

RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI



Rivista Quadrimestrale
SPECIAL ISSUE V (2024)

Rivista di diritti comparati

Rivista quadrimestrale

Special Issue V (2024)

DIREZIONE

Andrea Buratti – Università di Roma “Tor Vergata”
Alessandra Di Martino – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Cristina Fasone – LUISS Guido Carli
Giuseppe Martinico – Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa
Anna Mastromarino – Università di Torino
Oreste Pollicino – Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano
Giorgio Repetto – Università di Perugia
Francesco Saitto – Università degli studi di Roma “La Sapienza”
Raffaele Torino – Università Roma Tre

COMITATO SCIENTIFICO

Richard Albert (Texas University, Austin), Vittoria Barsotti (Univ. Firenze), Francesco Bilancia (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Bin (Univ. Ferrara), Giuseppe Bronzini (Corte di cassazione), Ermanno Calzolaio (Univ. Macerata), Paolo Carrozza † (Scuola Sant’Anna, Pisa), Marta Cartabia (Univ. Bocconi), Ginevra Cerrina Feroni (Univ. Firenze), Francesco Cerrone (Univ. Perugia), Roberto Conti (Corte di cassazione), Diego Corapi (Univ. Sapienza, Roma), Barbara De Donno (Luiss “Guido Carli”), Pasquale De Sena (Univ. Palermo), Giuseppe De Vergottini (Univ. Bologna), Giuseppe Franco Ferrari (Univ. Bocconi), Tommaso Edoardo Frosini (Univ. Suor Orsola Benincasa), Anna Gamper (Universität Innsbruck), Javier García Roca (Universidad Complutense de Madrid), Michele Graziadei (Univ. Torino), Peter Hay (Emory University), Nicola Lupo (Luiss “Guido Carli”), Elena Malfatti (Univ. Pisa), Miguel Poiarés Maduro (European University Institute), Giovanni Marini (Univ. Perugia), Francesco S. Marini (Univ. Roma Tor Vergata), Roberto Mastroianni (Univ. Napoli Federico II, Tribunale UE), Petros Mavroidis (Columbia University, NY; Université de Neuchâtel), Antonello Miranda (Univ. Palermo), Luigi Moccia (Univ. Roma Tre), Laura Montanari, (Univ. Udine), Massimo Papa (Univ. Roma Tor Vergata), Ernst Ulrich Petersmann (European University Institute), Valeria Piccone (Corte di Cassazione), Cesare Pinelli (Univ. Sapienza, Roma), Giovanni Pitruzzella (Univ. Palermo, Corte costituzionale), Marie-Claire Ponthoreau (Université de Bordeaux), Patricia Popelier (University of Antwerp), Paolo Ridola (Univ. Sapienza, Roma), Roberto Romboli (Univ. Pisa), Antonio Ruggeri (Univ. Messina), Alejandro Saiz Arnaiz (Universitat Pompeu Fabra), Roberto Scarciglia (Univ. Trieste), Robert Schütze (Durham University, Luiss “Guido Carli”), Francesco Viganò (Univ. Bocconi, Corte costituzionale)

REDAZIONE

Marco Bassini (Tilburg University) (Coordinatore), Nicola Cezzi (Università degli studi di Roma “La Sapienza”), Giovanni De Gregorio (Católica Global School of Law), Giacomo Delledonne (Scuola Universitaria Superiore Sant’Anna di Pisa), Claudio Di Maio (Università della Calabria), Silvia Filippi (Università di Perugia), Alessandro Francescangeli (Università di Roma “Tor Vergata”), Alessia Fusco (Università di Torino), Giampiero Gioia (Università degli studi di Roma “La Sapienza”), Umberto Lattanzi (Università Commerciale “L. Bocconi” - Milano)

SOMMARIO

I percorsi della solidarietà nello stato costituzionale: nuovi attori e problemi, tra Costituzione e politiche europee

a cura di Andrea Buratti

ANDREA BURATTI, *Introduzione. Effettività e attuazione del principio di solidarietà in Italia e in Europa*

[pp. 1-13]

CARLO COLAPIETRO, *L'effettività costituzionale del diritto alla salute nella dimensione multilivello*

[pp. 14-29]

DONATELLA MORANA, *Principio di solidarietà, diritto alla salute e obblighi vaccinali*

[pp. 30-47]

STEFANIA MABELLINI, *La solidarietà tra i territori alla prova del regionalismo differenziato*

[pp. 48-67]

PAOLO SCARLATTI, *Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale*

[pp. 68-88]

ANGELO CASU, *Brevi note in tema di salario minimo*

[pp. 89-102]

MIGUEL AZPITARTE SÁNCHEZ, *La solidaridad como problema constitucional. El ejemplo de la Unión*

[pp. 103-134]

DANIELA DOBRE, *La función del Banco Central Europeo en un contexto institucional sui generis*

[pp. 135-152]

GIUSEPPE ALLEGRI, *La protezione sociale dei lavoratori autonomi e intermittenti per un nuovo modello sociale europeo*

[pp. 153-172]

ALESSANDRO FRANCESCANGELI, *La solidarietà europea alla luce del Recovery Plan*

[pp. 173-220]

Il regolamento relativo alla procedura di valutazione dei contributi pubblicati nella *Rivista* e le *Norme editoriali* sono disponibili on line all'indirizzo www.diritticomparati.it/rivista

Editore: Andrea Buratti, Alessandra Di Martino, Cristina Fasone, Giuseppe Martinico, Anna Mastromarino, Oreste Pollicino, Giorgio Repetto, Francesco Saitto, Raffaele Torino

Coordinatore Editoriale: Serenella Quari

Sede: Via Roentgen, 1 – 20136 Milano / Via O. Raimondo, 18 – 00173 Roma

ISSN: 2532-6619

Introduzione.

Effettività e attuazione del principio di solidarietà in Italia e in Europa

Andrea Buratti

La solidarietà occupa da sempre una posizione peculiare nel novero dei principi e dei valori costituzionali.

Anzitutto, essa rappresenta un valore comune e caratterizzante delle Costituzioni del Novecento, profondamente avvinta al codice genetico del costituzionalismo moderno, in coerenza con la sua portata emancipativa e con le aspettative che questo ha da subito espresso, di liberazione dal bisogno e di aspirazione all'uguaglianza.

Marginalizzata ed oscurata nella parabola dello stato liberale, essa trova nuova linfa agli albori del Novecento, con l'affermazione della società di massa: le Costituzioni delle democrazie pluralistiche tendono ad offrire alla solidarietà lo statuto di principio costituzionale, concretamente declinata in una pluralità di strumenti giuridici, al cui centro si stagliano il principio di uguaglianza sostanziale, i diritti sociali, il principio di progressività fiscale, i doveri di solidarietà.

In continuità con questa radice feconda, e sospinta dalle culture politiche che animarono la stagione costituente, la Costituzione italiana recepisce ed enfatizza la vocazione solidarista dell'ordinamento, articolando il valore della solidarietà in una pluralità di principi, diritti e doveri, nonché declinando compiti della Repubblica alla rimozione delle cause della disuguaglianza e al miglioramento delle condizioni materiali di vita e della partecipazione degli individui alla società¹.

Al contempo, tuttavia, la solidarietà – e con essa molte delle sue articolazioni in termini di principi, diritti, doveri e compiti ascritti alla Repubblica – è confinata in una condizione anomala sotto il profilo della

¹ Cfr. V. Tamburrini, *La rilevanza della solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, in D. Morana (cur.), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, II ed., Napoli, 2023, p. 327 ss.; F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012; F. Giuffrè, *La solidarietà nell'ordinamento costituzionale*, Milano, 2002; A. Apostoli, *La svalutazione del principio di solidarietà. Crisi di un valore fondamentale per la democrazia*, Milano, 2012; S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014.

sua efficacia nella direzione del conseguimento degli ambiziosi obiettivi di trasformazione sociale prefigurati dalla Costituzione.

Prende così corpo nella dottrina giuridica la categoria della «programmaticità» delle norme costituzionali², che ha saputo offrire un inquadramento giuridico all'ambivalenza del principio di solidarietà. Se, da un lato, la categoria delle norme programmatiche apriva un varco alla garanzia dell'effettività dei principi solidaristici enunciati dalla Costituzione, prospettando percorsi inediti di attuazione, d'altro canto essa confinava queste disposizioni – non solo quelle contenenti compiti del legislatore, ma anche quelle da cui scaturiscono diritti soggettivi chiaramente enucleabili – in una condizione anomala e depotenziata, che ne procrastinava la piena concretizzazione.

Traspare, tra le righe di questa vicenda particolare, la storia complessiva del tradimento del progetto costituente. O quantomeno, se si vuole accedere a letture meno radicali, della curvatura assunta dal processo di attuazione della Costituzione verso esiti più tradizionali, in continuità con l'esperienza dello stato liberale e fascista, in antitesi alle promesse di trasformazione sociale espresse dalla Costituzione. Il modello sociale ed economico che ha connotato la storia repubblicana si è così andato evolvendo nel senso di una conferma delle relazioni sociali e dei modelli di produzione e distribuzione della ricchezza affermatasi durante la stagione dello stato liberale, e in buona sostanza in continuità con il ventennio fascista; mentre, più avanti, il processo di integrazione europea avrebbe imposto un ulteriore approfondimento del modello dell'economia di libero mercato, favorendo, a partire dagli anni '90, lo smantellamento di quel residuo di apparato di economia pubblica che d'altronde aveva oramai esaurito la sua funzione di sostegno alla crescita economica ed equa distribuzione delle risorse pubbliche³.

Sono queste le coordinate storiche entro cui si anima il dibattito giuridico sulla efficacia del principio di solidarietà e delle sue articolazioni pratiche in termini di diritti, doveri e compiti della Repubblica. Un dibattito che è risultato troppo spesso appiattito su di un piano bidimensionale, teso tra un orizzonte di aspettativa molto ambizioso – e tuttavia venato di nostalgia per una società che, nello spazio-tempo della società globale, non è più riproducibile – e una critica sferzante nei confronti degli agenti della

² Sulle norme programmatiche della Costituzione, v. A. D'Atena, *I principi e i valori costituzionali*, in Id., *Lezioni di diritto costituzionale*, Torino, 2018, p. 28 ss.

³ R. Nania, *Libertà economiche: impresa e proprietà*, in R. Nania – P. Ridola (cur.), *I diritti costituzionali*, Torino, 2006, p. 193 ss.

neutralizzazione dei principi politici della Costituzione, a cominciare dall'Unione Europea e dalle sue politiche⁴.

Tra le righe di un dibattito tanto polarizzato, è tuttavia possibile intercettare letture più complesse, le quali, pur tenendo per valide le elevate aspettative connesse all'attuazione della Costituzione, si sono dimostrate consapevoli delle trasformazioni della società e delle forme del lavoro, e più complessivamente della collocazione dell'Italia, dell'Europa e dell'Occidente nell'economia globale.

Si è così saputo scorgere e valorizzare nel processo di integrazione europea la tendenza alla protezione dei diritti dei cittadini e dei consumatori rispetto alle grandi concentrazioni di potere economico e alle fluttuazioni dell'inflazione, la strumentalità del contenimento dell'indebitamento rispetto alla solidarietà intergenerazionale, le positive inversioni di tendenza delle politiche europee sul fronte dei diritti dei lavoratori e della protezione dei modelli di *welfare*, e in definitiva la più comprensiva identificazione dei valori sociali ed economici prospettati nell'art. 3 del TUE, tra i quali rientrano anche «la coesione economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli stati membri»⁵. Mentre, a livello della pratica giuridica negli ordinamenti statali, sono state individuate le forme e i percorsi di applicazione del principio di solidarietà, che hanno sovente richiesto l'attivazione di canali giurisprudenziali, in uno sforzo, talora creativo, di concretizzazione dei principi costituzionali oltre l'intermediazione del legislatore.

È in questo scenario scientifico e culturale che ha preso vita il progetto di ricerca “Radici e percorsi della solidarietà nello stato costituzionale”, finanziato dall'Università degli Studi di Roma Tor Vergata.

Il progetto ha preso le mosse dalla constatazione che le trasformazioni economiche connesse alla globalizzazione determinano un approfondimento delle disuguaglianze nei Paesi ad economia capitalista. In

⁴ Per esempio A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa*, Laterza, Roma-Bari, 2023; A. Guazzarotti, *Crisi dell'euro e conflitto sociale: l'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Franco Angeli, Milano, 2016; M. Dani – A.J. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, 1/2020, p. 289 ss.

⁵ Lo ricorda assai efficacemente G. Martinico, *Sovranismo giuridico e Unione Europea: una introduzione*, in G. Martinico – L. Pierdominici (cur.), *Miserie del sovranismo giuridico. Il valore aggiunto del costituzionalismo europeo*, Castelvechi, Roma, 2023. Sul c.d. “pilastro sociale” europeo v. G. Bronzini (cur.), *Verso un Pilastro sociale europeo*, Fondazione Basso, Roma, 2018, nonché da ultimo M. Corti, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali: una svolta per l'Europa sociale*, in G. Martinico – L. Pierdominici (cur.), *Miserie del sovranismo giuridico*, cit., p. 128 ss.

questo scenario, al livellamento dei salari e alla precarizzazione del lavoro si associano fenomeni quali l'analfabetismo di ritorno, la disoccupazione e l'emersione di tensioni razziali nelle periferie urbane, la fatiscenza dei servizi scolastici e sanitari nelle aree meno sviluppate, il consolidamento del consenso attorno a movimenti populistici. Le disuguaglianze economiche pongono dunque sfide allarmanti per la dignità umana e per la stessa democrazia liberale. Si è pertanto voluto interrogare lo statuto costituzionale del principio di solidarietà, per comprendere quale portata precettiva esso sia in grado di esprimere, e attraverso quali canali e strumenti, nella direzione di una sua piena attuazione.

Il progetto si è realizzato attraverso momenti seminariali svoltisi tra l'Aprile del 2022 e il Settembre del 2023, che hanno coinvolto diversi studiosi, italiani e stranieri⁶, toccando una pluralità di temi: il significato della solidarietà nella storia del costituzionalismo moderno, il valore giuridico del dovere di solidarietà economica, politica e sociale enunciato nell'art. 2 Cost., l'effettività dei diritti sociali, il rapporto tra principio di solidarietà e diritto alla salute, anche alla luce della riforma dell'autonomia differenziata, le dimensioni della solidarietà in Europa, alla luce delle nuove politiche inaugurate nel pieno della pandemia.

Gli esiti di questi lavori di ricerca sono raccolti in questo fascicolo monografico, nel quale abbiamo scelto di dare spazio, in particolare, ai profili più attuali dell'attuazione del principio di solidarietà, tanto con riferimento al diritto interno quanto rispetto al diritto e alle politiche dell'Unione Europea.

Il filo rosso che attraversa il fascicolo è rappresentato dalla verifica dell'effettività del principio di solidarietà di fronte alle sfide più attuali del suo processo di attuazione.

La prima parte dei contributi si concentra su profili oggi emergenti dell'attuazione del principio di solidarietà nel diritto italiano.

Il saggio di Carlo Colapietro analizza il diritto alla salute, nella sua dimensione di diritto a prestazione, nel suo rapporto con il principio di equilibrio finanziario. Muovendo dalla definizione offerta dalla Corte costituzionale nella sent. 455 del 1990, ove il diritto alla salute venne per la

⁶ Oltre agli Autori dei saggi raccolti in questo fascicolo, hanno partecipato alla ricerca, con relazioni e contributi seminariali, Renato Balduzzi, Gianluca Bascherini, Marco Fioravanti, Giovanni Guzzetta, Luca Pirozzi, Giorgio Repetto, Angelo Schillaci e Valentina Tamburrini.

prima volta identificato come diritto “finanziariamente condizionato”⁷, Colapietro ricostruisce i percorsi successivi della giurisprudenza costituzionale per mettere in luce le modalità della valorizzazione giurisprudenziale dell’effettività del diritto alla salute. Sebbene, specie nel contesto della crisi finanziaria del 2008, la Corte costituzionale abbia avallato letture restrittive della portata del diritto alla salute a fronte dell’esigenza di contenimento della spesa pubblica – obiettivo, questo, assunto come prioritario e indisponibile, anche alla luce della costituzionalizzazione del principio del pareggio di bilancio⁸ – a partire dalla sent. n. 275 del 2016 viene inaugurata una nuova costruzione interpretativa, che inverte i termini del rapporto tra condizioni finanziarie e tutela del diritto, identificando un «nucleo invalicabile» di garanzie minime del diritto alla salute che non può essere condizionato nella sua «doverosa erogazione». Riecheggiano qui le note della sent. n. 10 del 2010, in tema di *social card*, ove la Corte aveva offerto una declinazione dei livelli essenziali di tutela dei diritti quali presidi volti ad «assicurare effettivamente la tutela di soggetti i quali, versando in condizioni di estremo bisogno, vantano un diritto fondamentale che, in quanto strettamente inerente alla tutela del nucleo irrinunciabile della dignità della persona umana, soprattutto in presenza delle peculiari situazioni sopra accennate, deve potere essere garantito su tutto il territorio nazionale in modo uniforme, appropriato e tempestivo»⁹. La giurisprudenza ora richiamata ha quindi confermato e consolidato il processo di definizione dei livelli essenziali di assistenza, che divengono ora la misura di un nucleo inderogabile del diritto alla salute, e attorno ai quali ruota, pertanto, la definizione della spesa sanitaria delle regioni (C. Cost., sent. n. 62 del 2020). Un esito che appare all’Autore assai più coerente con le premesse di valore della Costituzione rispetto alla precedente linea giurisprudenziale, appiattita sull’esigenza di stabilità finanziaria.

Con il saggio di Donatella Morana, il rapporto tra principio solidaristico e diritto alla salute non è analizzato sotto il profilo, prevalente nel lavoro di Colapietro, del diritto sociale alla salute, ma è invece osservato nel delicato ambito della dimensione negativa del diritto alla salute, intesa dunque come autodeterminazione individuale nelle scelte terapeutiche. Qui, infatti, la libertà individualistica di autodeterminazione incontra il limite

⁷ Su cui v. C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996.

⁸ L. Cost. n. 1/2012.

⁹ Su cui v. F. Saitto, *Quando la tutela della dignità, nell'emergenza economica, fonda la competenza statale*, in *Giur. Cost.*, 2010, p. 182 ss., e D. Morana, *I rapporti tra Parlamento e Corte costituzionale nella garanzia dei diritti sociali*, in *Amm. in cammino*, 2015.

dell'«interesse della collettività», vera e propria concretizzazione, sul versante del diritto alla salute, dei doveri inderogabili di solidarietà sanciti dall'art. 2 Cost. Il delicato bilanciamento tra i due termini è stato affrontato in più occasioni dalla Corte costituzionale, la cui giurisprudenza viene ricostruita per farne risaltare gli elementi di equilibrio, a partire, evidentemente, dallo scrutinio di proporzionalità. In questa prospettiva, Morana commenta la recente sent. n. 14 del 2023, in tema di obblighi vaccinali anti Covid-19 imposti al personale sanitario, per verificare la tenuta dei *test* di bilanciamento già approntati dalla Consulta nelle precedenti pronunce in materia. Il giudizio che se ne ricava è che la Corte abbia raggiunto un apprezzabile esito di contemperamento tra libertà individuale e interesse della collettività.

Stefania Mabellini prende in considerazione la tensione tra istanze di differenziazione territoriale e solidarietà economica nel quadro della coesione nazionale. Si tratta di un tema di crescente rilevanza nelle democrazie occidentali, a fronte dei frequenti movimenti autonomistici e secessionistici spesso motivati proprio da esigenze di conservazione di situazioni di vantaggio economico rispetto ad altre aree meno sviluppate del Paese, e che assume comunque una dimensione dirimente nel quadro dell'Unione Europea e delle sue politiche di coesione (sul punto torneranno poi i contributi di Azpitarte Sánchez e Francescangeli).

In questo scenario, Mabellini commenta in particolare il processo di attuazione del regionalismo differenziato in Italia, che attraversa una fase caratterizzata da dinamismo, a seguito dell'adozione del disegno di legge Calderoli, attualmente all'esame delle Camere. Esso intende dare forma al processo di attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost., anche nel tentativo di stemperare i profili di maggiore criticità che questo prospettava, proprio in termini di accentuazione delle divaricazioni tra i territori in merito alle risorse pubbliche destinate ai servizi fondamentali. In un'ottica di protezione della solidarietà interregionale si sono dunque ipotizzate garanzie procedurali e garanzie sostanziali: le prime garantiscono al Parlamento e alla Conferenza stato-regioni la possibilità di un intervento preliminare sulle intese, nonché poteri di indirizzo per predeterminare i contenuti dell'intesa prima del suo approdo alla fase parlamentare. Si stemperano così i dubbi evocati da un procedimento bilaterale, schiacciato sul confronto tra esecutivi, restituendogli una prospettiva di equilibrio con gli interessi nazionali. Le seconde proteggono l'esigenza di solidarietà territoriale e uguaglianza tra i cittadini imponendo la preliminare determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantite in modo uniforme sull'intero territorio nazionale, e dei relativi costi, in modo da

assicurare che le istanze di differenziazione, e le relative diverse distribuzioni delle risorse finanziarie, non ne pregiudichino l'omogenea fruizione a livello nazionale.

Il saggio di Paolo Scarlatti staglia il principio di solidarietà su di uno scenario più ampio, e prende in considerazione la nozione di vulnerabilità, elaborata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, e da lì riverberatasi nelle giurisprudenze di molte Corti nazionali, tra cui quella italiana¹⁰. Nel lavoro di Scarlatti, la nozione di vulnerabilità è analizzata nella sua funzione di strumento argomentativo che abilita le Corti allo sviluppo di una giurisprudenza creativa, capace di interloquire con le scelte dei legislatori e con le stesse coordinate dei bilanci degli stati per sagomare i diritti sociali sulle specifiche esigenze di tutela espresse da individui e gruppi svantaggiati: l'indeterminatezza intrinseca della nozione di vulnerabilità, aperta dunque ad applicazioni inedite e misurate sulla domanda dell'attore, è funzionale alla valorizzazione di un approccio casistico alla garanzia dell'effettività dei diritti sociali, suppletivo rispetto ai compiti di un legislatore che appare restio ad offrire tutele di sicurezza sociale a valenza generale.

In questo senso, la funzione statale di protezione dei soggetti vulnerabili, strettamente embricata con la tutela dell'intangibilità della dignità dell'uomo, si differenzia dalla protezione dei soggetti deboli, per come si è venuta qualificando nell'esperienza giuridica italiana, giacché è idonea a superare il perimetro dei soli diritti sociali per offrire garanzie che abbracciano l'identità e l'autodeterminazione delle persone e dei gruppi, raccogliendo sfide largamente diffuse nelle nostre società pluralistiche. Basti pensare al nesso strettissimo che intercorre tra vulnerabilità dell'ambiente e dell'ecosistema e solidarietà intergenerazionale, anche in questo caso raccolte prevalentemente dalle giurisprudenze nazionali e sovranazionali, e solo successivamente recepite a livello politico nella legislazione ordinaria e costituzionale¹¹.

Sono considerazioni che superano i confini del diritto nazionale e abbracciano linee di tendenza e strategie argomentative comuni alle Corti europee: basti pensare a come il canone della dignità umana, nella sua dimensione sociale, abbia influito sulla giurisprudenza in tema di diritti

¹⁰ P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, 2022.

¹¹ Ci si riferisce anzitutto alla sentenza clima del Tribunale Costituzionale federale tedesco, su cui v. A. Di Martino, *Intertemporalità dei diritti e dintorni: le scelte argomentative del Bundesverfassungsgericht nella sentenza sul clima e le interazioni con i processi democratici*, in questa Rivista, 2/2023.

sociali dei Tribunali costituzionali tedesco e portoghese¹², oltre che sulla già richiamata giurisprudenza della Corte italiana in tema di *social card*. Si conferma così la visione delle Corti quali protagoniste di un nuovo percorso di consolidamento dell'effettività dei diritti sociali, che si erge a baluardo dei valori del costituzionalismo del Novecento rispetto alle dinamiche imposte da logiche economiche.

Se ne può avere un'ulteriore conferma nel saggio di Angelo Casu, dedicato al lavoro sotto la speciale lente della dignità della retribuzione imposta dall'art. 36 Cost. Sebbene la garanzia della dignità del lavoro – vero e proprio architrave dell'impianto costituzionale¹³ – richiederebbe l'adeguamento della legislazione e dei controlli anche in ambiti diversi, a partire dalla sicurezza sul lavoro e dalle condizioni contrattuali, e con uno sguardo inclusivo delle tutele dei lavoratori autonomi, è evidente che l'adeguatezza del salario rispetto ad una vita dignitosa rappresenta il cuore del problema, specie in una fase di trasformazione dei modi della produzione della ricchezza nelle società occidentali. Come è ampiamente noto, in assenza di una legge di attuazione dell'art. 39 Cost., l'effettività del principio di proporzionalità e sufficienza del salario, nella prospettiva di assicurare al lavoratore una vita libera e dignitosa, è stata garantita dalla giurisprudenza, attraverso un metodo di attuazione del principio che fa perno sul riferimento agli indici desumibili dai contratti collettivi nazionali di categoria. La supplenza dei giudici ha così configurato un meccanismo che, se ha garantito una tenuta del principio costituzionale in un contesto di relazioni sindacali ordinati e improntate all'equo rispetto tra le parti, è oggi in grave crisi, a fronte di fenomeni di *dumping* contrattuale e più in generale della crescente indisponibilità delle parti datoriali a riconoscere quegli adeguamenti contrattuali che dovrebbero contrastare il fenomeno del lavoro povero. È così emersa con forza la domanda di un salario minimo, su cui si è sviluppato un dibattito politico molto acceso. In questo scenario sono intervenute peraltro delle recentissime pronunce della Cassazione, su cui il saggio di Casu si concentra, che hanno corretto il meccanismo giurisprudenziale di riferimento ai contratti collettivi ai fini della commisurazione del giusto salario, proprio allo scopo di espandere le

¹² G. Repetto, *The judicial use of human dignity in social rights issues. A European perspective*, in questa Rivista, 1/2022, p. 119 ss.

¹³ P. Ridola, *Dignità del lavoro, diritti dei lavoratori e libertà di iniziativa economica*, in corso di pubblicazione in *Dignità del lavoro e civiltà digitale. Atti del Convegno dell'Accademia Nazionale dei Lincei*, Roma, 24 febbraio 2023; R. Nania, *Riflessioni sulla "costituzione economica" in Italia: il "lavoro" come "fondamento", come "diritto", come "dovere"*, in Id. (cur.), *L'evoluzione costituzionale delle libertà e dei diritti fondamentali*, Torino, 2012, p. 327 ss.

potenziali fonti di definizione del salario a disposizione del giudice, in caso di contenzioso.

Un secondo gruppo di studi si interroga sul ruolo del principio di solidarietà nell'attuale fase di sviluppo del processo di integrazione europea.

Come già ricordato, è ampiamente condivisa l'opinione secondo cui debbano essere ricondotti al diritto dell'Unione i vincoli che, specie a partire dall'inizio degli anni '90 del secolo scorso, hanno condizionato la discrezionalità della politica statale nella definizione del proprio *welfare*. Una concezione appiattita sull'idea che l'Unione fosse stata costituita all'insegna di una cultura neoliberale, del tutto indifferente alla costruzione e al consolidamento della rete solidale delle società nazionali¹⁴. È apparso dunque inevitabile estendere la ricerca anche a questo ambito, sia per sottoporre a verifica la correttezza di questo assunto, sia per comprendere il senso delle più recenti politiche adottate durante la pandemia, per contenere gli effetti sociali della stessa¹⁵.

Va in questa direzione anzitutto il contributo di Miguel Azpitarte Sánchez, che ricostruisce il processo di integrazione europea attraverso la lente del rapporto tra diritto ed economia, evidenziando, in particolare, come la costruzione dell'unione monetaria implicasse inevitabilmente un corrispondente avanzamento dell'integrazione politica: traguardo, questo, che non fu perseguito al momento della creazione della moneta unica, ma divenuto indifferibile con la crisi finanziaria del 2008, che ha imposto all'Unione l'assunzione di compiti di direzione e controllo particolarmente stringenti dei bilanci nazionali.

In questo scenario, la crisi economica innescata dalla pandemia e l'esigenza di ingenti sostegni pubblici ad imprese, famiglie e lavoratori, hanno imposto un'inversione di tendenza sia rispetto al complesso di vincoli e procedure di controllo sui bilanci statali – concretizzatasi nella sospensione del patto di stabilità e crescita – sia rispetto alle prassi di gestione delle emergenze economiche, nella consapevolezza dei limiti dell'indirizzo di austerità finanziaria che aveva guidato le politiche di finanza

¹⁴ Questa visione di un'integrazione europea appiattita su canoni neoliberisti è efficacemente contestata da C. Kaupa, *The Pluralist Character of the European Economic Constitution*, London, 2016.

¹⁵ A. Apostoli, *La declinazione del principio di solidarietà nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in D. De Lungo – F.S. Marini (cur.), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Torino, 2023; D. Natali, *Diritti sociali nel post-pandemia: le prospettive di superamento del neoliberismo*, in G. Martinico – L. Pierdominici (cur.), *Miserie del sovranismo giuridico*, cit., p. 147 ss.

pubblica adottate negli anni della crisi dei debiti sovrani (2010-2011). Azpitarte Sánchez ne discute, commentando in particolare il Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento e del Consiglio, del 12 febbraio 2021, che ha istituito il meccanismo per la ripresa e la resilienza, e che rappresenta il perno del nuovo paradigma: «El Reglamento de Recuperación y Resiliencia prevé que, al menos la mitad aproximada del montante se distribuya mediante ayudas financieras no reembolsables. Esto es una importante novedad, que separa este instrumento de los utilizados en la crisis de 2008 y lo acerca a los principios que articulan el resto de los fondos sociales. No menos relevantes son los criterios de reparto, que adoptan un marcado cariz redistributivo».

Emerge così il problema politico della solidarietà: nel momento in cui le politiche finanziarie dell'Unione cominciano a definire percorsi di armonizzazione dei bilanci pubblici non solo nella direzione della protezione della stabilità della moneta unica, ma anche nella direzione di una redistribuzione di risorse tra aree dell'Unione, per compensare gli squilibri esistenti nella società e combattere le disuguaglianze, si sollevano le resistenze degli attori istituzionali e politici volte a proteggere i poteri decisionali delle istituzioni democraticamente legittimate a livello statale, e riemergono visioni restrittive dell'integrazione europea. Le sentenze del Tribunale costituzionale federale tedesco sul MES, seguite da diverse altre di segno convergente, così come la proliferazione dei movimenti antieuropeisti, sono segnali che muovono nella stessa direzione, di freno al rafforzamento del processo di integrazione. Come costruire un'Unione più solidale in mancanza di una comunità politica che esprima una solidarietà radicata nei sentimenti e praticata nella quotidianità? Si colloca qui, secondo Azpitarte Sánchez, il principale ostacolo al compimento di un'integrazione europea più solidale.

Su questo sfondo di trame e problemi si muovono gli approfondimenti di Daniela Dobre, Giuseppe Allegri e Alessandro Francescangeli.

Il primo scritto approfondisce il ruolo della Banca Centrale Europea e la sua funzione di presidio della coesione economica interterritoriale. Se, da un lato, la Banca centrale è edificata dai Trattati nell'obiettivo prioritario di garantire la sua indipendenza dalla politica degli stati membri, è altresì vero che sulla BCE sono finite per ricadere aspettative molto esigenti in termini di contributo ad una politica di redistribuzione delle risorse tra Paesi dell'Unione, in prospettiva solidaristica e di coesione. Dobre analizza gli strumenti tecnico-finanziari attraverso i quali la BCE può effettivamente contribuire a rafforzare la coesione economica territoriale nell'Unione, ma

mette in guardia sui rischi del consolidamento di un ruolo suppletivo di un organo che dovrebbe rimanere tecnico e di mero supporto a dinamiche politiche, democraticamente legittimate e responsabili.

Il contributo di Giuseppe Allegri prende le mosse dalla valorizzazione delle politiche sociali e del lavoro nell'Unione Europea, che ha trovato un momento di accelerazione con l'adozione, nel 2017, del Pilastro europeo dei diritti sociali, per concentrarsi, in particolare, su uno dei fronti più attuali e innovativi delle politiche sociali europee, quello relativo alla protezione sociale dei lavoratori autonomi e intermittenti. Comparto in rapida e costante crescita in tutta Europa, il lavoro autonomo e atipico è destinato a svilupparsi ulteriormente, a causa di trasformazioni epocali delle condizioni delle economie occidentali, e specie a fronte del trasferimento sulle piattaforme di vasti segmenti di mercato. Questa rapida transizione mette in evidente difficoltà i sistemi nazionali di protezione sociale, che nelle democrazie più attente alle esigenze di protezione sociale si erano sviluppate, nella massima parte dei casi, con riferimento al contesto del lavoro subordinato, e talora limitatamente ad esse¹⁶. Qui, lo spazio per un processo di armonizzazione dei diritti nazionali, nella direzione dello sviluppo di un diritto europeo armonizzato della protezione sociale dei lavoratori ispirati a criteri di universalismo. La Raccomandazione del Consiglio¹⁷, del 2019, che Allegri discute, sembra recepire questa sfida, e invertire la rotta rispetto alla tradizionale ritrosia con cui l'Unione ha guardato al proprio coinvolgimento in questo ambito.

Il terzo scritto analizza nel dettaglio la declinazione del principio di solidarietà nel diritto e nelle politiche dell'Unione. Muovendo dalla ricostruzione della natura polisemica della nozione di solidarietà, che è stata declinata anche in termini «competitivi», cioè coerenti con le dinamiche di un'economia di libero mercato e in una dimensione strumentale rispetto al corretto funzionamento di quest'ultima, Francescangeli commenta problematicamente l'adesione dell'Unione al valore della solidarietà, ritenendo piuttosto prevalenti logiche di integrazione basate sui valori del mercato. Un approccio che secondo l'Autore era presente, *in nuce*, già nel momento fondativo dell'integrazione, ma che si sarebbe progressivamente sviluppato nel tempo. Ciò si riverbera nell'incompiutezza dell'asserita svolta post-pandemica, che ad avviso di Francescangeli non può essere apprezzata

¹⁶ Sia consentito rinviare a A. Buratti, *La protezione sociale dei liberi professionisti tra pubblico e privato*, in CNEL, *XXIV Rapporto mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, Roma, 2022, p. 131 ss.

¹⁷ Raccomandazione (2019/C 387/01) del Consiglio dell'8 novembre 2019 sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi.

in termini di compimento dei valori solidaristici, giacché restano prevalenti, invece, metodi tipici dell'approccio vincolistico che l'Unione esercita nei confronti delle economie pubbliche nazionali, a partire dal sistema della condizionalità. Il *Recovery Plan* pertanto, lungi dall'essere letto nei termini di una svolta solidaristica dell'Unione, rappresenta piuttosto un nuovo modello di sviluppo dell'economia capitalista, coerente con le trasformazioni dei processi industriali nelle economie avanzate, cui gli Stati membri sono chiamati a conformarsi. Enfatizzando i dubbi già espressi da Azpitarte Sánchez, la lettura di Francescangeli invita dunque a contenere l'ottimismo sulla presunta svolta solidaristica delle politiche europee.

Abbozzando qui alcune conclusioni, mi sembra che dalla lettura dei contributi raccolti in questo fascicolo si evincano due tendenze di sicuro rilievo.

La prima – che appare comune a molte delle democrazie occidentali – ha a che fare con gli attori e gli strumenti dell'attuazione del principio di solidarietà e dei diritti sociali: gran parte degli studi qui raccolti fanno emergere il ruolo vieppiù crescente della giurisprudenza nella protezione dei diritti sociali e della dignità sociale, e, di converso, la recessività delle prestazioni di integrazione politica della solidarietà nelle forme tipiche dello stato di legislazione novecentesco.

La seconda coinvolge il piano delle politiche europee, dove sono in corso delle transizioni nella direzione del consolidamento dello stato sociale che certamente innovano la tradizionale indifferenza del legislatore europeo per questo settore. Una tendenza che si coglie in modo ancor più vivido se si pensa che il *Recovery* si inserisce in un contesto più ampio, caratterizzato da una varietà di strumenti normativi e azioni, a cominciare dalla direttiva sul salario minimo¹⁸ e dalla raccomandazione sulla protezione sociale dei lavoratori autonomi¹⁹. Anche in questo caso siamo in presenza di primi passi, che certamente non possono sovvertire assetti radicati di tradizioni giuridiche del diritto del lavoro e della previdenza sociale; ma si tratta pur sempre di segnali molto innovativi di uno sguardo nuovo al modello di crescita della società nel suo complesso.

Entrambe queste tendenze muovono nella direzione della valorizzazione del principio di solidarietà, sovente intercettando pressanti domande che promanano dalla società. Al contempo, entrambe le tendenze

¹⁸ Direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea.

¹⁹ Raccomandazione (2019/C 387/01), cit.

suscitano interrogativi di portata più ampia: se la risposta giurisprudenziale può effettivamente offrire una tutela ad istanze di riconoscimento e autodeterminazione espresse da settori e gruppi minoritari della società, risulta invece difficile immaginare una risposta di natura casistica in grado di impostare processi di piena attuazione del principio di solidarietà, giacché questi richiedono una visione generale dell'impostazione dei rapporti sociali – dalla contribuzione fiscale alle prestazioni sanitarie, dalla tutela del lavoro all'equità intergenerazionale, dal sostegno alla povertà alla programmazione di una sistema educativo inclusivo ed efficace – nonché l'allestimento dei relativi apparati pubblici. Sul fronte delle politiche europee, non v'è dubbio che si scorgono segnali incoraggianti di inversione della strategia di recente perseguita dall'Unione. E tuttavia, permangono molti dubbi circa la reale impostazione solidaristica del *Recovery Plan*: non si tratta tanto di stigmatizzare la già segnalata continuità con i modelli di condizionamento delle economie nazionali coniati nell'ambito e all'indomani della crisi finanziaria del 2008, giacché di per sé la condizionalità non è un metodo incompatibile con esiti solidaristici e redistributivi delle politiche fiscali e sociali, ed anzi, rappresenta l'inevitabile contraltare, in termini di garanzia della coesione tra aree territoriali molto differenti, della condivisione di quote sempre maggiore di risorse finanziarie²⁰; si tratta, piuttosto, di rimarcare le persistenti difficoltà del percorso di edificazione di un'identità comunitaria delle società europee, e la conseguente timidezza con cui prendono forma i tentativi di rafforzare il bilancio comune dell'Unione ed i più coraggiosi propositi di armonizzazione dei sistemi di *welfare*.

Andrea Buratti – Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università di Roma Tor Vergata (buratti@juris.uniroma2.it)

²⁰ V. per esempio le condivisibili considerazioni di A. Baraggia, *La condizionalità come strumento di governo negli Stati composti*, Torino, 2023.

L'effettività costituzionale del diritto alla salute nella dimensione multilivello*

Carlo Colapietro

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Breve *excursus* sull'origine del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato. – 3. L'elemento finanziario come antifatto, ovvero oggetto di diretto bilanciamento con il diritto alla salute. – 4. Il cambio di passo con la sentenza n. 275 del 2016 e la più recente giurisprudenza costituzionale in materia di Lea. – 5. Le (corrette) regole nella formazione dei bilanci (allocazione e utilizzo delle risorse sanitarie) e la sinergica cooperazione dei soggetti coinvolti nell'erogazione dei Lea. – 6. La crisi dello Stato sociale e la necessità della riscoperta delle ragioni sottese ai sistemi di *welfare*: il collegamento tra sicurezza sociale e democrazia costituzionale. – 7. Conclusioni interlocutorie.

1. Introduzione

Nell'ambito del più generale – e sempre attuale – tema dell'effettività dei diritti sociali, l'effettività del diritto alla salute rappresenta anch'esso un *ever green* della riflessione costituzionalistica. E, anzi, si può dire che forse è proprio rispetto a questo diritto che la dottrina e la giurisprudenza si sono maggiormente interrogate sul difficile compito, per i poteri pubblici, di conciliarne la garanzia con le esigenze di bilancio.

È naturale che, parlandosi di diritti sociali e di effettività, occorra riguardare il diritto alla salute (un aggregato di differenti situazioni soggettive)¹ dall'angolo visuale del diritto di ciascun individuo a ricevere prestazioni sanitarie. A tal proposito, è stato ben rappresentato che l'«art. 32 Cost. è uno dei più complessi dell'edificio costituzionale, sia per la sfera assai ampia di materie che coinvolge (...), sia per la varietà di situazioni giuridiche in esso ricomprese e prefigurate»².

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ Cfr. B. Caravita, *Art. 32*, in V. Crisafulli – L. Paladin (a cura di), *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, 1990, p. 215.

² B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, in *Diritto e società*, 1984, p. 22 ss.

Dunque, se è vero che i diritti, tutti – e, quindi, anche le libertà negative – hanno un costo, è altrettanto vero che sono i *diritti a prestazione* quelli che entrano maggiormente in conflitto con le esigenze di bilancio e di contenimento della spesa pubblica. E, fra questi, sicuramente una posizione, suo malgrado, di rilievo è ricoperta dal diritto alla salute, come diritto a prestazioni ovvero diritto sociale di ricevere le cure³, la cui tutela deve essere assicurata da «tutti gli apparati pubblici»⁴.

Non a caso, la possibilità di conciliare l'inviolabilità dei diritti sociali con la loro dipendenza dalle risorse economiche si rinviene per la prima volta nella sentenza della Corte costituzionale n. 455 del 1990, proprio in tema di diritto alla salute, in cui ricorre la nozione di *diritti "sociali condizionati"* (ma sul punto si ritornerà tra brevissimo)⁵.

È opinione piuttosto diffusa, infatti, che il diritto alla salute risulta «essere un angolo di visuale privilegiato per un'indagine circa l'incidenza delle risorse finanziarie sui diritti sociali»⁶.

Del resto, come è stato fatto notare, lo stesso Costituente non poteva che essere consapevole «del difficile rapporto tra effettività dei diritti e risorse»⁷.

Nell'art. 32 Cost. è già presente una disciplina tra questi due interessi costituzionali⁸, poiché «delimitando la discrezionalità del legislatore secondo

³ Cfr. sul punto, *ex multis*, D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, IV ed., Torino, 2021, p. 91 ss.; R. Balduzzi, *Salute* (diritto alla), in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, *passim*; M. Luciani, *Salute* (diritto alla), *Dir. cost.*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991; B. Pezzini, *Il diritto alla salute: profili costituzionali*, in *Diritto e società*, 1983; R. Ferrara, *Salute* (diritto alla), in *Dig. disc. Pubbl.*, XIII, Torino, 1997.

⁴ B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., 23.

⁵ Su cui si rinvia a C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, Padova, 1996, p. 370.

⁶ Così S. Barbareschi, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute*, in *federalismi.it*, 2018, p. 3; cfr. altresì B. Pezzini, *Diritto alla salute e dimensione della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, in R. Balduzzi (a cura di), *Cittadinanza, corti e salute*, Padova, 2007, p. 211 ss.

⁷ D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, in *Osservatorio AIC*, 2013, p. 11.

⁸ Così ancora B. Caravita, *La disciplina costituzionale della salute*, cit., p. 23 s., il quale sottolinea come questa disposizione abbia una «particolare efficacia rispetto alle ipotesi di ristrutturazione-smantellamento dei servizi sanitari». Sull'attuazione, in senso estensivo, di tale previsione da parte della legge n. 833/1978, si veda F. Minni – A. Morrone, *Il diritto alla salute nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in *Rivista AIC*, III, 2013, p. 9; V. Crisafulli, *In tema di emotrasfusioni obbligatorie*, in *Dir. Soc.*, 1982, p. 569; G. Corso, *I diritti sociali*

un ordine di priorità», riconosce, sì, il diritto di tutti alle prestazioni per la tutela della salute, ma prevede per i soli indigenti la gratuità delle cure.

Dalla disposizione costituzionale si ricava, pertanto, e piuttosto chiaramente, che, sebbene permanga un margine di garanzia della discrezionalità del legislatore nello stabilire i confini della nozione di indigenza, è precluso allo stesso legislatore ogni intervento «volto a “preferire” la posizione dei non indigenti rispetto a quella degli indigenti nell’allocazione delle risorse» per il diritto alle prestazioni sanitarie⁹.

Quanto appena rilevato porta con sé un’ulteriore conseguenza – rilevante per quanto si dirà più avanti – ossia che anche «in fasi di contrazione della spesa sanitaria, il legislatore dovrebbe», comunque sia, garantire non solo «l’accesso a cure gratuite», ma assicurare un più ampio sistema di garanzia delle prestazioni sanitarie «per le fasce più deboli della popolazione»¹⁰.

2. Breve excursus sull’origine del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato

Vediamo, quindi, come si è venuto configurando il diritto alla salute nel nostro ordinamento costituzionale e come è emerso ed è stato inteso il suo carattere finanziariamente condizionato, così da poter porre le basi per delle riflessioni sulle più recenti posizioni della Corte costituzionale in tema di Livelli essenziali di assistenza.

In una prima fase, l’ordinamento si è mosso nel senso di riconoscere al diritto alla salute la natura di diritto “primario e fondamentale”, che esige, di conseguenza, una “piena ed esaustiva tutela”¹¹.

Impostazione di ordine costituzionale, questa, che è il frutto dell’attuazione legislativa del diritto alla salute operato con la legge istitutiva

nella Costituzione italiana, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 1981, p. 759 ss.; F. Roversi Monaco – C. Bottari, *Il Servizio Sanitario Nazionale*, Milano, 1979, p. 3.

⁹ Su cui si veda anche L. Carlassare, *L’art. 32 Cost. e il suo significato*, in R. Alessi (a cura di), *L’ordinamento sanitario: l’amministrazione sanitaria italiana*, Vicenza, 1967, p. 116.

¹⁰ D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell’effettività*, cit., p. 11.

¹¹ Vedi, *ex pluribus*, Cost., 27 ottobre 1988, n. 992; nonché, Cost., 26 luglio 1979, n. 88; Cost., 30 giugno 1986, n. 184; Cost., 18 dicembre 1987, n. 559; Cost., 3 novembre 1988, n. 1011; Cost., 19 giugno 1990, n. 298; Cost., 22 giugno 1990, n. 307. Cfr. inoltre F. Bocchini, *Il ruolo della giurisdizione nell’attuazione delle sentenze additive di prestazione della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2020, p. 6.

del Sistema sanitario nazionale¹², che con i suoi principi di globalità delle prestazioni e uniformità su tutto il territorio nazionale, nonché universalità dei destinatari, non solo ha rappresentato una profonda innovazione ordinamentale, ma ha assunto, altresì, la funzione di lente attraverso la quale guardare l'ambito di estensione della stessa previsione costituzionale espressa dall'art. 32 Cost.

Come è stato efficacemente messo in evidenza da Massimo Luciani, in tal modo il diritto costituzionale alle prestazioni sanitarie viene identificato come «il diritto ad avere cure pagate in prevalenza con il pubblico denaro»; lettura avallata dalla stessa giurisprudenza costituzionale, la quale, pur se mossa da ammirevoli intenti, ha appiattito la distinzione tra «la dimensione economica e quella personalistica del diritto ad essere curato, desumendo dalla posizione soggettiva del diritto alla salute conseguenze economiche e patrimoniali che non sono logicamente connesse»¹³.

Questa dimensione, oltremodo estesa, del diritto alle prestazioni sanitarie non poteva che avere un impatto sulla finanza pubblica e così già a partire dagli anni '80 del secolo scorso il legislatore prima, e la Corte costituzionale poi, si sono mossi nel senso di contenere la forza espansiva – e il connesso ampliamento incontrollato della spesa pubblica – del diritto in questione.

Ed è sulla base di questi presupposti fattuali che vede la luce l'attuale conformazione del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato, sebbene, quando tale conformazione del diritto alla salute è venuta alla luce, essa non aveva la caratterizzazione che è emersa nei giorni a noi più vicini.

Come è noto, è con la già citata sentenza n. 455 del 1990, pronuncia “manifesto”, che la Corte costituzionale ha fissato i caratteri del diritto alla salute – e più in generale dei diritti di prestazione – come diritti finanziariamente condizionati.

Pur ribadendo il carattere di «diritto primario e fondamentale che (...) impone piena ed esaustiva tutela», il Giudice delle leggi mette in evidenza che il diritto alle prestazioni sanitarie è, però, un diritto costituzionale condizionato dall'attuazione che il legislatore ordinario ne dà attraverso il bilanciamento dell'interesse tutelato da quel diritto con gli altri interessi costituzionalmente protetti.

¹² L. 23 dicembre 1978, n. 833 (su cui si veda *supra*).

¹³ M. Luciani, *Salute. I) Diritto alla salute - Diritto costituzionale*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, p. 8 ss.

Ed inoltre – ed è questo il passaggio di maggior interesse – l'attuazione risente dei «limiti oggettivi che lo stesso legislatore incontra nella sua opera di attuazione in relazione alle risorse organizzative e finanziarie di cui dispone al momento». Ciò, se non vale certo a degradare la primazia del diritto in questione, comporta altresì che la sua attuazione debba avvenire «gradualmente a seguito di un ragionevole bilanciamento con altri interessi o beni che godono di pari tutela costituzionale e con la possibilità reale e obiettiva di disporre delle risorse necessarie per la medesima attuazione».

Come è stato da più parti riconosciuto in dottrina, la presa di posizione della Corte ha portato con sé due problemi, di ordine teorico e pratico.

Da un lato, riconoscere che l'attuazione del diritto costituzionale è condizionato alle risorse disponibili mette in secondo piano il profilo, logicamente pregiudiziale, della doverosità del reperimento di tali risorse¹⁴.

Dall'altro, seppur nella pronuncia in esame «il tema delle risorse finanziarie rimane esterno al bilanciamento vero e proprio tra interessi costituzionali»¹⁵ – essendo elemento che incide solo sul versante della gradualità dell'attuazione – con la scelta argomentativa compiuta dalla Corte si è instillato il germe per il diretto bilanciamento tra gli interessi sottesi al diritto alla salute e quelli finanziari.

3. L'elemento finanziario come antifatto, ovvero oggetto di diretto bilanciamento con il diritto alla salute

Su tali basi, la crisi finanziaria, iniziata nel 2008 e acuitasi con la crisi del debito sovrano apparsa nel 2010, e la conseguente introduzione del principio del pareggio di bilancio in Costituzione hanno reso concreto il rischio, pure paventato in dottrina, che l'enfatizzazione del carattere finanziariamente condizionato del diritto alla salute, e dei diritti sociali in genere, avrebbe elevato il “dato” finanziario a vero e proprio principio, o (a seconda dell'idea che si ha del bilanciamento), se si vuole, a interesse, direttamente bilanciabile e in grado di definire il contenuto delle prestazioni¹⁶.

¹⁴ Così D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, cit., p. 102.

¹⁵ S. Barbareschi, *Tecniche argomentative della Corte costituzionale e tutela dei diritti sociali condizionati. Riflessioni a partire dal diritto alla salute*, cit., p. 11.

¹⁶ Cfr. in questo senso, B. Pezzini, *Diritto alla salute e dimensioni della discrezionalità nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 217.

Rilevanti, in tal senso, sono alcune pronunce costituzionali nel contenzioso Stato-regioni, con le quali il Giudice delle leggi ha affermato che la spesa sanitaria deve necessariamente essere compatibile con «la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario» (Corte cost., 18 marzo 2005, n. 111) e che occorre, quindi, evitare l'aumento incontrollato della spesa sanitaria (Corte cost., 13 giugno 2008, n. 203), realizzando un bilanciamento tra l'esigenza di eguaglianza connessa al godimento del diritto alla salute, da soddisfare nella «misura più ampia possibile», e quella di riduzione della spesa sanitaria, al fine di renderla compatibile con la citata limitatezza delle disponibilità finanziarie (Corte cost., 29 aprile 2010, n. 149)¹⁷.

Di questo filone appena richiamato sicuramente emblematica è la sentenza 27 luglio 2011, n. 248, nella quale si afferma che la configurazione del diritto alla salute come diritto alle prestazioni sanitarie “finanziariamente condizionato” comporta che «l'esigenza di assicurare l'universalità e la completezza del sistema assistenziale nel nostro Paese si è scontrata, e si scontra ancora attualmente, con la limitatezza delle disponibilità finanziarie che annualmente è possibile destinare, nel quadro di una programmazione generale degli interventi di carattere assistenziale e sociale, al settore sanitario».

Se le esigenze finanziarie assurgono ad «antefatto», che, in quanto tale, può essere soltanto oggetto di constatazione» o ancor peggio essere elemento che venga direttamente posto in bilanciamento con il diritto alla salute, si corre il rischio di schiacciare la «dimensione normativa della tutela della salute (il suo *dover essere*) su dati di carattere eminentemente effettuale»¹⁸.

In tal senso, occorre considerare che il bilancio o, meglio, le risorse (e le connesse esigenze) finanziarie, non possono mai essere considerate quale valore, principio, né quale realtà di fatto data, ma rappresentano semplicemente i mezzi dell'agire statale, e, pertanto, non dovrebbero essere bilanciate – né dal legislatore né dalla Corte costituzionale – non solo con i diritti, ma neanche con i principi fondamentali del nostro ordinamento, primo fra tutti il principio di uguaglianza¹⁹.

¹⁷ Sul punto si rinvia a D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit., p. 7.

¹⁸ Così ancora D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, cit., p. 101.

¹⁹ Cfr. in proposito L. Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, in *Diritto e Società*, 2017, p. 154.

Anche perché, «le risorse di bilancio disponibili [...] non sono veramente un dato, bensì una variabile indipendente», in quanto esse «sono così elevate che il problema sta assai meno nel loro totale che non – appunto – nella loro distribuzione tra i vari impieghi. La questione, allora, non è se vi siano o meno le risorse per soddisfare adeguatamente il diritto alla salute, ma se vi sia o meno la volontà politica di destinare a questo impiego le somme necessarie, distogliendole da altre utilizzazioni»²⁰.

4. Il cambio di passo con la sentenza n. 275 del 2016 e la più recente giurisprudenza costituzionale in materia di Lea

Significativamente la stessa Corte costituzionale, compiendo un importante cambio di rotta rispetto ad alcune sue precedenti decisioni, qui pure richiamate, riconosce, nell'ormai celebre sentenza 16 dicembre 2016, n. 275²¹, che «una volta normativamente identificato, il nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo il diritto [alla salute] non può essere finanziariamente condizionato in termini assoluti e generali», perché «è la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (corsivo nostro).

Tale decisione può considerarsi a buon diritto come la presa d'atto (o forse la riacquisita consapevolezza), ad opera dello stesso Giudice delle leggi, che, nel rapporto tra diritti sociali ed esigenze di bilancio, la centralità spetta ai primi, mentre le seconde (ossia le esigenze di bilancio) devono avere un ruolo servente.

²⁰ Sul punto, efficacemente, ancora L. Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, cit., che richiama M. Luciani, *I livelli essenziali delle prestazioni in materia sanitaria tra Stato e Regioni*, in E. Catelani – G. Cerrina Feroni – M. C. Grisolia (a cura di), *Diritto alla salute tra uniformità e differenziazione. Modelli di organizzazione sanitaria a confronto*, Torino, 2011, p. 14.

²¹ Su cui, *amplius*, A. Apostoli, *I diritti fondamentali "visti" da vicino dal giudice amministrativo. Una annotazione a "caldo" della sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *Forum di Quaderni costituzionali*, 11 gennaio 2017; L. Madau, *È la garanzia dei diritti incomprimibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione*. Nota a Corte cost. n. 275/2016, in *Osservatorio AIC*, 2017; A. Longo, *Una concezione del bilancio costituzionalmente orientata: prime riflessioni sulla sentenza della Corte costituzionale n. 275 del 2016*, in *federalismi.it*, 2017.

Ciò, «altro non significa se non affermare il primato dei diritti sulle ragioni economiche»²².

Non a caso, già molto tempo prima era stato autorevolmente evidenziato che i limiti allo smantellamento dello Stato sociale non possono che essere individuati nel combinato delle singole disposizioni costituzionali con le statuizioni concernenti l'invulnerabilità dei diritti della persona (art. 2 Cost.) e il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, comma 2, Cost.)²³.

Quando si parla dell'effettività del diritto alla salute e del condizionamento che questo subisce ad opera delle esigenze finanziarie, non si può non far riferimento all'altra grande tematica dei Livelli essenziali di assistenza (Lea).

In primo luogo, perché i Lea costituiscono la «clausola di sintesi»²⁴ della tutela del diritto alla salute, mediante il contemperamento tra il principio di globalità delle prestazioni e dell'appropriatezza dell'erogazione, da un lato, e delle esigenze finanziarie, dall'altro²⁵.

In secondo luogo (e in ragione della particolare connotazione ora ricordata), perché la giurisprudenza costituzionale che si è formata attorno ad essi si è dovuta confrontare proprio con il problema di contemperare la garanzia dell'effettività con le risorse finanziarie disponibili, fornendo indicazioni di assoluto rilievo.

Soffermando l'attenzione su tempi a noi più vicini, la giurisprudenza costituzionale – vincolando la spesa destinata ai Lea e lo stesso legislatore al prioritario finanziamento di questa – ha sottratto tali prestazioni al

²² Così ancora L. Pace, *I vincoli di spesa e le esigenze di bilancio nelle dinamiche della spesa farmaceutica. Profili di costituzionalità*, cit., p. 152.

²³ Cfr. B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione*, Padova, 1984, p. 76 ss.

²⁴ Per utilizzare l'efficace espressione di C. Di Costanzo, *Allocazione delle risorse e tutela della salute nella giurisprudenza costituzionale*, in *dirittifondamentali.it*, 2021, p. 22. Sul punto si vedano anche le riflessioni E. Cavasino, *Perché costruire il diritto alla salute come "diritto a prestazione" rende le forme normative dell'uguaglianza dipendenti dal limite economico-finanziario e ridimensiona l'effetto garantistico del "contenuto minimo essenziale"*, in www.gruppodipisa.it, 2012, p. 16 ss.; L. Durst, *Orientamenti giurisprudenziali e dottrinali sul concetto di essenzialità delle prestazioni e del diritto alla salute come diritto finanziariamente condizionato*, in R. Nania (a cura di), *Attuazione e sostenibilità del diritto alla salute*, Roma, 2013, p. 53; L. Cuocolo, *A rebours, la tutela della salute tra Regioni e Stato*, in *Quad. reg.*, 2005, p. 92 ss.

²⁵ C. Di Costanzo, *Allocazione delle risorse e tutela della salute nella giurisprudenza costituzionale*, cit., p. 28.

condizionamento della disponibilità economica, ergendo in tal modo i Lea a presidio di un nucleo di garanzie costituzionali indefettibili²⁶.

La Corte lo afferma chiaramente nella sentenza del 10 aprile 2020, n. 62, nella quale si legge che «mentre di regola la garanzia delle prestazioni sociali deve fare i conti con la disponibilità delle risorse pubbliche, dimensionando il livello della prestazione attraverso una ponderazione in termini di sostenibilità economica, tale ponderazione non può riguardare la dimensione finanziaria e attuativa dei Lea, la cui necessaria compatibilità con le risorse è già fissata attraverso la loro determinazione in sede normativa».

In tal modo il Giudice delle leggi ha chiarito che, una volta che il legislatore abbia esercitato la propria discrezionalità politica nella determinazione dei livelli essenziali, devono ritenersi «illegittime tutte le riduzioni di spesa che limitano *ex post* l'erogazione delle prestazioni»²⁷.

In altri termini, se «la tutela del diritto alla salute è [il] precipitato dell'effettività del suo finanziamento», l'erogazione dei Lea non può che assurgere a «limite intrinseco a qualsiasi riduzione di spesa».

5. Le (corrette) regole nella formazione dei bilanci (allocazione e utilizzo delle risorse sanitarie) e la sinergica cooperazione dei soggetti coinvolti nell'erogazione dei Lea

Posto, pertanto, che la tutela della salute si snoda su due livelli di governo, quello statale e quello regionale, «da determinazione, il finanziamento e l'erogazione dei Lea – sono ancora parole della Corte – compongono un sistema articolato il cui equilibrio deve essere assicurato “dalla sinergica coerenza dei comportamenti di tutti i soggetti coinvolti nella sua attuazione” (sentenza n. 62 del 2020)»²⁸.

In tal senso, la garanzia dei Lea non solo costituisce «un vincolo costituzionalmente ineludibile per i compilatori dei bilanci pubblici»²⁹, ma impone, nel rispetto del principio di leale collaborazione, «una visione teleologica e sinergica della dialettica finanziaria tra questi soggetti, in quanto

²⁶ Cfr., in senso analogo, F. Masci, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, in *Forum di Quaderni Costituzionali*, 2020, p. 112.

²⁷ Ancora F. Masci, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, cit., p. 114.

²⁸ Cfr. Cost., 24 aprile 2020, n. 72, punto 3.1 del *Considerato in diritto*.

²⁹ Così sempre F. Masci, *I LEA non sono assoggettabili ad alcun vaglio di sostenibilità economico-finanziaria: un trend giurisprudenziale in consolidamento*, cit., p. 115.

coinvolgente l'erogazione di prestazioni riconducibili al vincolo di cui all'art. 117, secondo comma, lettera m), Cost.»³⁰.

Senza entrare nei tortuosi meandri dei principi di contabilità pubblica di cui la richiamata giurisprudenza costituzionale fa applicazione e volendo concentrare l'attenzione sulle ricadute che tali affermazioni hanno in tema di erogazioni delle prestazioni sanitarie ricomprese nei Lea, dalle pronunce qui prese in considerazione emerge la necessità di un sistema di regole che, nel rispetto delle competenze reciproche, disciplini i rapporti di collaborazione tra lo Stato e le regioni. Ciò «al fine di realizzare una gestione della funzione sanitaria pubblica efficiente e capace di rispondere alle istanze dei cittadini coerentemente con le regole di bilancio, le quali prevedono la separazione dei costi “necessari”, inerenti alla prestazione dei Lea, dalle altre spese sanitarie, assoggettate invece al principio della sostenibilità economica»³¹.

Quanto appena riportato per il legislatore regionale sta a significare il divieto «di interferire nella determinazione dei Lea, la cui articolata disciplina entra automaticamente nell'ordinamento regionale afferente alla cura della salute, e di differirne in blocco l'efficacia»³². Ciò con la conseguenza che «dal quadro normativo sull'esatta determinazione ed erogazione dei Lea e sui relativi principi contabili si ricava [...] l'impossibilità di destinare risorse correnti, specificamente allocate in bilancio per il finanziamento dei Lea, a spese, pur sempre di natura sanitaria, ma diverse da quelle quantificate per la copertura di questi ultimi»³³.

Ferma la preclusione per le regioni sottoposte a piano di rientro all'erogazione di prestazioni non obbligatorie – le quali prestazioni, in una condizione di risorse contingentate, porrebbero anche il problema della copertura delle spese non necessarie³⁴ – certo non è impedito alle altre regioni «di erogare livelli di tutela più elevati, ossia ulteriori, rispetto a quelli da esso stabiliti, purché le risorse a ciò destinate ricevano una evidenziazione distinta rispetto a quelle afferenti ai Lea»³⁵.

³⁰Vedi Cost., 12 luglio 2017, n. 169, punto 9.3.2 del *Considerato in diritto*.

³¹Così Cost., 10 aprile 2020, n. 62, punto 4.3 del *Considerato in diritto*.

³²Sul punto v. ancora Cost., 24 aprile 2020, n. 72, punto 4.1 del *Considerato in diritto*.

³³Cfr. Cost., 25 giugno 2021, n. 132, punto 2.2.3 del *Considerato in diritto*.

³⁴In proposito v. due recenti pronunce della Consulta: Cost., 25 luglio 2022, n. 190 e Cost., 30 giugno 2022, n. 161.

³⁵In tal senso si esprime proprio Cost., 25 luglio 2022, n. 190, al punto 7.1 del *Considerato in diritto*.

Affermazione, quest'ultima, che è ribadita anche di recente e che è altresì un punto fermo nella giurisprudenza costituzionale e, si potrebbe dire, nelle dinamiche proprie del riparto di competenze legislative tra Stato e regioni, secondo l'assunto pacifico che nelle materie di competenze esclusiva statale alle regioni è precluso soltanto operare deroghe *in peius* e non anche adoperarsi per l'innalzamento degli *standard* di tutela.

Da ultimo, occorre ricordare un aspetto innovativo di questa giurisprudenza, che merita sicuramente attenzione. Il riferimento è alla possibilità (del resto, già ammessa dall'art. 30 del d. lgs. 23 giugno 2011, n. 118), per le regioni che gestiscono in maniera virtuosa ed efficiente le risorse correnti destinate alla garanzia dei Lea e conseguono la qualità delle prestazioni erogate e i risparmi nel bilancio, di «mantenere i risparmi ottenuti e destinarli a finalità sanitarie più ampie [...] rispetto ai Lea, già adeguatamente garantiti»³⁶.

È un'affermazione importante, questa, perché mi pare che, mediante essa, il Giudice delle leggi abbia voluto mettere in evidenza che la corretta applicazione delle regole di bilancio non può e non deve essere intesa quale sistema volto ad imbrigliare le finalità di tutela connesse all'erogazione delle prestazioni sanitarie, posto che con l'erogazione dei soli livelli essenziali di assistenza non possono certo ritenersi esaurite le esigenze di tutela connesse al diritto alla salute.

In altri termini, è necessario che, fin dove possibile, l'ordinamento, a tutti i suoi livelli, sia animato da una costante tensione verso il riconoscimento di sempre maggiori forme di tutela.

Pur se non può disconoscersi, infatti, che l'effettiva e duratura garanzia dei diritti sociali, e per ciò che interessa, del diritto alla salute, non possano che passare attraverso un'accorta gestione delle risorse finanziarie, non deve mai dimenticarsi che queste ultime, e con esse le regole contabili, sono mezzo e non fine dell'agire statale, a tutti i suoi livelli.

6. La crisi dello Stato sociale e la necessità della riscoperta delle ragioni sottese ai sistemi di welfare: il collegamento tra sicurezza sociale e democrazia costituzionale

Ciò che si nasconde dietro la rigorosa, manichea invocazione del rispetto dei vincoli di bilancio e della tirannia delle esigenze finanziarie è il sentimento di sfiducia verso lo Stato sociale o, ancor più pericolosamente,

³⁶ Così Cost., 25 giugno 2021, n. 132, punto 2.2.4 del *Considerato in diritto*.

la lucida volontà di «sostanziale Demontage»³⁷ di quest'ultimo, secondo una logica che vuole assoggettare le regole della vita sociale alle logiche di mercato e rendere così recessivo il principio di solidarietà, sul quale, invece, si sono costruite le avanzate democrazie del secondo Novecento.

È una visione pericolosa, questa, che deve essere contrastata.

Lo Stato sociale, la connessa garanzia dei diritti sociali e fra essi del diritto alle prestazioni sanitarie, non devono e non possono essere avvertiti come un anacronistico peso mal tollerato. E neppure può essere vissuto con rassegnata accettazione il vertiginoso aumento delle disuguaglianze.

Deve, infatti, essere contrastato il sentimento di disillusione e, ancor di più, il sentimento di fastidio che è sorto attorno alle conquiste sociali del costituzionalismo del Novecento.

Sono purtroppo ancora attualissime le riflessioni che lo scrivente avanzò quasi trenta anni fa, citando Nicolò Lipari³⁸: la nostra è sicuramente, e nel complesso (soprattutto rispetto ai nostri giorni) una società più avanzata e più ricca, ma altresì più disordinata e ingiusta. Così, oggi, il problema diventa nuovamente quello di difendere le conquiste introdotte dal costituzionalismo del secondo dopoguerra, con la consapevolezza che la crisi dello Stato sociale va a toccare le ragioni di fondo che hanno sostenuto lo sviluppo della democrazia e, anzi, rischia di rovesciare le stesse ragioni costituzionali della democrazia.

Bisogna essere consapevoli, infatti, che la crisi di effettività dei diritti deve essere declinata «in termini di crisi istituzionale, di crisi nella capacità di governo delle politiche sociali e fiscali, di crisi dei processi decisionali chiamati a monitorare i bisogni sociali e a dare risposte corrispondenti a tali bisogni; ed ancora, come crisi nella democraticità degli “strumenti” (e delle formule organizzative) chiamati a realizzare politiche di redistribuzione e più in generale ad inverare le amplissime finalità di eguaglianza sostanziale che gravano sulla Repubblica ai sensi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione italiana»³⁹.

La difesa dello Stato sociale non deve essere letta come una difesa della degenerazione del modello, ossia dello Stato assistenziale, corporativo e clientelare.

³⁷ B. Caravita, *Oltre l'eguaglianza formale. Un'analisi dell'art. 3, comma 2, della Costituzione*, cit., p. 75 ss.

³⁸ Sia consentito rinviare a C. Colapietro, *La giurisprudenza costituzionale nella crisi dello Stato sociale*, cit., p. 391.

³⁹ Così le lucide considerazioni di D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit., p. 3.

Deve essere chiaro, infatti, che affermare l'importanza del sistema di sicurezza sociale non significa rimpiangere un modello che debba coprire gli squilibri strutturali della società, operando come sostegno assistenzialistico al mantenimento ed all'allargamento dei consumi.

I mali che hanno caratterizzato il sistema di *welfare* nel nostro Paese non devono, infatti, essere la giustificazione per negarne l'importanza e proporre, in una prospettiva tutta ideologica, il suo superamento.

La necessità di garantire la sicurezza sociale – che è l'essenza del sistema di *welfare* – deve essere mantenuta ferma, come un caposaldo degli ordinamenti costituzionali odierni, e, semmai, rilanciata. Di questa necessità ha dato prova il COVID-19, la sua incidenza sui sistemi sanitari e sulla popolazione.

L'emergenza epidemiologica ha confermato che nell'ambito della sicurezza sociale la logica che deve guidare le scelte dei pubblici poteri non può essere quella di mercato e, più in generale, di mera efficienza (ossia del mero rapporto costi/benefici).

La sfida che preme sui sistemi di sicurezza sociale è, del resto, sempre la stessa: ricercare soluzioni che consentano di coniugare solidarietà ed efficienza, nella consapevolezza che un esteso sistema di sicurezza sociale non si pone in contraddizione con lo sviluppo economico, come hanno cercato di affermare le logiche neoliberiste degli ultimi decenni, ancora dure a morire, ma anzi che fra mercato e *welfare* si configura un rapporto di complementarità, piuttosto che di contraddizione⁴⁰.

Si deve, poi, essere consapevoli che la sicurezza sociale e le connesse politiche attive volte ad implementarla possono fungere da *moltiplicatore di risorse*⁴¹. Certo, perché ciò non riproduca la logica assistenziale e

⁴⁰ Al riguardo si può richiamare l'ancora attuale pensiero di B. Caravita, *L'Italia al tempo del coronavirus: rileggendo la Costituzione italiana*, in *federalismi.it*, 2020, ix, secondo cui «di fronte a letture del tessuto costituzionale europeo che volessero individuare nella “stabilità dei prezzi”, prevista dall'art. 3, comma 3, TUE, un valore fondante delle politiche europee, superiore agli altri principi comuni, tale da impedire, per paura di innescare meccanismi inflativi, politiche espansive della spesa, noi dovremmo iniziare a rivendicare, come abbiamo fatto nel caso Taricco, i doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale, richiamati dall'art. 2, e il limite dell'utilità sociale posto all'iniziativa economica privata dall'art. 41, come tratti caratterizzanti della nostra identità costituzionale, che possono operare come controlimiti rispetto alla normazione dell'Unione».

⁴¹ Per far questo occorre passare da un *welfare* redistributivo ad un *welfare* generativo, da “costo” ad “investimento sociale” per generare bene comune: su tale proposta di nuovi scenari di *welfare* su cui investire si rinvia a T. Vecchiato, *Verso nuovi diritti e doveri sociali: la sfida del welfare generativo*, in *Diritto e Società*, 2014, p. 153 ss.; E. Rossi, *La*

spendacciona dei ruggenti anni '80 del secolo scorso, è necessario selezionare accuratamente le prestazioni ed erogarle in modo efficiente. Ed in questo senso si muovono, seppur a volte non sempre proficuamente, le indicazioni della più recente giurisprudenza costituzionale, soprattutto quella riguardante le spese regionali *extra* Lea.

La capacità di riuscire a conciliare le politiche sociali con le risorse economiche sono la sfida a cui sono da sempre chiamati i sistemi di sicurezza sociale. Ciò, in considerazione del fatto che se, da un lato, i diritti sociali sono diritti condizionati alle risorse collettive, dall'altro lato, è soltanto garantendone l'effettività, o un certo grado di effettività, che si misura la fedeltà non solo al sistema dello Stato sociale, ma anche al valore di solidarietà di un determinato ordinamento, che è il valore fondante lo Stato sociale di cui gli odierni ordinamenti democratici, come il nostro, sono espressione.

Occorre tener presente, poi, che vi è un "condizionamento" reciproco tra i diversi diritti, pur aventi struttura e natura diversa. Pertanto, «la mancata soddisfazione dei bisogni sociali più elementari ma fondamentali, l'accentuarsi delle disparità in fatto, che palesano l'inadeguatezza o il fallimento degli interventi volti a realizzare una minore disparità sociale, l'assenza di risposta alle domande plurali di inclusione sociale (delle fasce più deboli), incidono anzitutto sulla dignità della persona, limitano le concrete opportunità di scelta del soggetto, per poi condizionare il godimento dei diritti di cittadinanza in senso ampio, di tutti i diritti»⁴².

7. Conclusioni interlocutorie

Muovendo da queste considerazioni generali sulla centralità della sicurezza sociale nelle logiche delle democrazie costituzionali, non si può che concludere rilevando come ispiri certamente un sentimento di fiducia la rinnovata consapevolezza a livello europeo della centralità della garanzia dell'equità nell'accesso ai servizi sanitari e la riscoperta dell'art. 168 TFUE, il quale, al par. 1, garantisce «un elevato livello di protezione della salute

sostenibilità del welfare al tempo della crisi. Una proposta, ibidem, p. 1 ss. e, se si vuole, C. Colapietro, Alla ricerca di un Welfare state "sostenibile: il Welfare "generativo", ibidem, p. 19 ss.

⁴² Così ancora D. Morana, *I diritti a prestazione in tempo di crisi: istruzione e salute al vaglio dell'effettività*, cit., p. 3.

umana» nelle politiche e nelle attività dell'Unione, la cui azione «si indirizza al miglioramento della sanità pubblica»⁴³.

In questa rinnovata, ed a lungo auspicata, attenzione verso le ragioni della solidarietà⁴⁴ e nel conseguente accantonamento del «“fondamentalismo di mercato”»⁴⁵, non si è solo sospeso il Patto di stabilità e crescita, ma l'Unione europea è intervenuta anche attivamente sul piano normativo.

Il riferimento è naturalmente al Regolamento UE/2021/522, che istituisce un programma d'azione dell'Unione in materia di salute per il periodo 2021-2027 e al Regolamento UE/2021/241 del Parlamento Europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021, con il quale si introduce il dispositivo per la ripresa e la resilienza (*Recovery Fund*), al fine di garantire, soprattutto nei momenti di crisi, «l'accessibilità e la capacità dei sistemi sanitari e di assistenza»⁴⁶.

Si tratta di una presa di posizione europea, che ha portato, come è noto, all'adozione del Piano nazionale di ripresa e resilienza, che può sicuramente rappresentare un'importante occasione anche per migliorare il livello qualitativo del diritto alle prestazioni sanitarie.

A questo punto, spetta alle istituzioni nazionali cogliere l'occasione offerta da questa rinnovata attenzione per lo Stato sociale, facendo tesoro degli errori del passato.

ABSTRACT: The article addresses the effectiveness of the right to health considering the evolving jurisprudence of the Italian Constitutional Court: from its recognition as a fundamental right of paramount importance, demanding comprehensive protection, to the acknowledgment of its financially conditioned nature, and culminating in the Constitutional

⁴³ Cfr. M. Cosulich, *Equità va cercando...Il Servizio sanitario nazionale, strumento di attuazione dell'art. 32 Cost.*, in *Corti supreme e salute*, 2022, p. 209.

⁴⁴ Sul fatto che la stagione pandemica abbia consentito di riportare al centro del dibattito politico e sociale il tema della solidarietà, si rinvia al recente volume collettaneo C. Colapietro, S. Barbareschi – A. Giubilei (a cura di), *La solidarietà al tempo della pandemia*, Napoli, 2022, *passim*.

⁴⁵ L. Chieffi, *Equità nella salute e nei servizi sanitari tra politiche europee e interventi statali*, in *Corti supreme e salute*, 2022, p. 189.

⁴⁶ Cfr. il *Considerando* n. 15.

Carlo Colapietro

L'effettività costituzionale del diritto alla salute nella dimensione multilivello

Court's recent shift, reaffirming the precedence of fundamental rights over economic considerations. The Court has indeed established, on the one hand, that the State has the obligation to procure the necessary resources to guarantee the irreducible core of the right to health, as determined by the legislator through the Essential Levels of Assistance (Lea). On the other hand, it underlines that the protection of health cannot be confined to ensuring essential levels, emphasizing that the judicious management of financial resources should serve as a means rather than an end to state action. In light of the widespread of welfare state dissatisfaction, the rediscovery of Article 168 of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFUE) by European institutions is to be welcomed.

KEYWORD: diritto alla salute – diritti sociali – diritto finanziariamente condizionato – Lea – Stato sociale.

Carlo Colapietro - Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso il Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi Roma Tre (carlo.colapietro@uniroma3.it)

Principio di solidarietà, diritto alla salute e obblighi vaccinali *

Donatella Morana

SOMMARIO: 1. Solidarietà e diritto alla salute: l'interesse della collettività come limite (solidaristico) alla libertà di cura. – 2. Il versante “patologico”: solidarietà ed equo ristoro dei pregiudizi alla salute derivanti da vaccinazione obbligatoria (o anche meramente raccomandata). – 3. Solidarietà suggerita e solidarietà obbligata: gradualità e bilanciamento tra dimensione individuale e dimensione collettiva. – 4. La giurisprudenza costituzionale sugli obblighi vaccinali anti-Covid (con particolare riguardo alla sent. n. 14/2023) e il ruolo polivalente della solidarietà.

1. Solidarietà e diritto alla salute: l'interesse della collettività come limite (solidaristico) alla libertà di cura

Nella disciplina costituzionale del diritto alla salute il principio di solidarietà assume un peso notevole, che va ben oltre la connotazione in senso sociale del medesimo diritto. È di immediata percezione, infatti, che nel profilo prestazionale di quest'ultimo possa considerarsi addirittura immanente una proiezione solidaristica che giustifica e orienta il programma costituzionale per la sua tutela. Anche quello alla salute, insomma, non sfugge alla giustificazione ultima dei diritti sociali, le cui radici costituzionali travalicano il principio di eguaglianza sostanziale dell'art. 3, comma 2, per estendersi ai principi affermati nell'art. 2 Cost.¹

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ In proposito, v. P. Grossi, *Qualche riflessione per una corretta identificazione e sistemazione dei diritti sociali*, in Id., *Il diritto costituzionale tra principi di libertà e istituzioni*, II ed., Padova, 2008, p. 13 ss., spec. 20 ss., il quale, dopo aver ricordato che nel motto rivoluzionario del 1789 i principi di libertà e di uguaglianza «si coniugavano per la prima volta con quello *sociale* della *fraternité*», aggiunge che «nonostante ciò, non può disconoscersi che il cammino della fraternità sia stato molto più lento, faticoso ed incerto rispetto a quello della libertà e dell'uguaglianza». Sulle implicazioni della solidarietà come risvolto della fraternità v., tra gli altri, F. Pizzolato, *Il principio costituzionale di fraternità. Itinerario di ricerca a partire dalla Costituzione italiana*, Roma, 2012, spec. p. 120 ss., e S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 20 ss. Sulle diverse accezioni di solidarietà cfr. V. Tamburrini,

Per converso, a un esame superficiale potrebbe apparire meno evidente la connessione tra la posizione di libertà in ordine alla salute di ciascuno (anch'essa garantita dall'art. 32 Cost.) e il rilievo assunto da esigenze di solidarietà costituzionalmente protette. Tale connessione, tuttavia, non solo sussiste, ma vi è anzi ragione di affermare che il legame che congiunge solidarietà e salute discende in via diretta dalla pari protezione che la Costituzione assegna tanto alla dimensione individuale quanto a quella collettiva del bene-salute: la coesistenza di queste due declinazioni sul piano della tutela costituzionale può senz'altro leggersi (anche) come riconoscimento di un limite di matrice solidaristica al godimento della libertà di cura.

In altre parole, senza dubbio l'art. 32 Cost. garantisce la pretesa del singolo di assumere decisioni in ordine alla propria salute, al proprio benessere psico-fisico, alle scelte terapeutiche che lo riguardano, delineando così uno spazio di libertà che in più occasioni la giurisprudenza costituzionale ha riconosciuto come diritto di «autodeterminarsi» nella scelta delle terapie². Ma tale spazio di libertà non è sconfinato e può essere circoscritto proprio per tutelare la salute come interesse della collettività, attraverso l'imposizione in via legislativa di trattamenti sanitari determinati, nel rispetto delle garanzie dettate dall'art. 32, comma 2, Cost. È del resto a questa esigenza di tutela dell'interesse della collettività alla salute che devono ricondursi gli obblighi vaccinali variamente introdotti dal legislatore nel corso degli anni, inclusi quelli finalizzati, da ultimo, a contrastare il contagio da SARS-CoV-2 in regime di emergenza pandemica.

Nel contesto della salvaguardia costituzionale della salute, dunque, il principio di solidarietà assume una fisionomia specifica, presidiando in questo ambito l'interazione tra le libere scelte dell'individuo e i bisogni collettivi di protezione e fungendo da criterio regolatore della loro

La rilevanza della solidarietà nell'ordinamento costituzionale, in D. Morana (a cura di), *I diritti costituzionali in divenire. Tutele consolidate e nuove esigenze di protezione*, II ed., Napoli, 2023, p. 327 ss., cui si rinvia anche per una bibliografia ragionata che tiene conto dei numerosi contributi dottrinali dedicati al principio di solidarietà nell'ordinamento costituzionale italiano.

² V. ad es. Corte cost. ord. n. 207/2018 e sent. n. 242/2019 (in tema di fine vita). Il ricorso alla nozione di “autodeterminazione” in riferimento alle scelte individuali sulla salute e sulle cure non è tuttavia privo di ambiguità e non ha mai pienamente convinto chi scrive, in ragione dell'opacità, se non della confusione, che esso introduce nella distinzione concettuale tra libertà (di salute) e autonomia (in ordine alla propria salute), e dunque tra libertà di cura ed esercizio di potere giuridico nelle relazioni di cura: su tale distinzione cfr., se si vuole, D. Morana, *La salute nella Costituzione italiana. Profili sistematici*, Milano, 2002, p. 128 ss.

interdipendenza fattuale ma anche delle ipotesi di reciproca contrapposizione. È questa logica solidaristica a consentire, per un verso, che a certe condizioni possa essere compressa la piena libertà del singolo di curarsi (e soprattutto di non curarsi), attraverso la previsione dell'obbligo di sottoporsi a un determinato trattamento in ragione di un interesse "superindividuale" in ambito sanitario. Ma è sempre la stessa logica a vietare, per altro verso, che la compressione della sfera individuale possa spingersi fino a imporre il deterioramento della salute del singolo in nome della protezione della salute collettiva, in una sorta di inaccettabile sacrificio della persona sull'altare di ciò che è utile per la società³.

Insomma, la solidarietà sottesa alla disciplina dell'art. 32 Cost. segue un *moto bidirezionale* e opera a beneficio tanto dell'individuo quanto della collettività, fornendo la bussola per ricercare il punto di stabilità tra il diritto dell'*uno* e l'interesse dei *molti* in tema di salute e assicurando, di conseguenza, che la dialettica tra essi non sia di ostacolo, in termini assoluti, a una loro congiunta tutela. In questo senso, non pare inesatto rilevare che il principio di solidarietà, per il modo in cui esso viene declinato in relazione alla garanzia costituzionale della salute, consista essenzialmente in una *regola di equilibrio* tra le molteplici posizioni giuridiche che la fattispecie complessa dell'art. 32 Cost. si propone di salvaguardare.

Alla luce di quanto appena osservato, ben si comprende la ragione per cui la solidarietà, essendo in questo settore strutturalmente preordinata ad assicurare l'equilibrio tra esigenze di tutela diversificate, non possa in nessun caso essere brandita al fine di demolire il carattere individualistico della libertà attribuita a ciascun soggetto in relazione alla propria salute. Si vuole intendere che alla stregua del canone solidaristico trovano piena comprensione le forme di limitazione costituzionalmente ammesse del diritto di libertà del singolo; ma ciò non equivale affatto a consentire che il richiamo a generali (o generici) obiettivi solidaristici possa determinare un mutamento della *natura individualistica* di quel diritto, la quale non viene intaccata neppure dalle restrizioni che la libertà di cura può legislativamente subire al solo fine di proteggere la salute collettiva. In sostanza, il principio

³ Stando ad un costante orientamento della giurisprudenza costituzionale, infatti, un trattamento sanitario può legittimamente imporsi ai sensi dell'art. 32 Cost. quando esso sia «diretto non solo a migliorare o a preservare lo stato di salute di chi vi è assoggettato, ma anche a preservare lo stato di salute degli altri» e sempre che esso non cagioni effetti avversi sullo stato di salute del destinatario, «salvo che per quelle sole conseguenze, che, per la loro temporaneità e scarsa entità, appaiano normali di ogni intervento sanitario e, pertanto, tollerabili» (in questi termini già Corte cost., sent. n. 307/1990).

di solidarietà in relazione alla disciplina della salute opera unicamente nelle modalità e per le finalità con cui esso è accolto nel contesto normativo dell'art. 32 Cost., come fattore di equilibrio appunto, senza che esso possa divenire un veicolo di complessiva *funzionalizzazione* della libertà del soggetto in ordine alla sua salute, né configurare in capo alla persona un indeterminato ed esteso dovere di curarsi o di tenersi in buona salute⁴.

A conferma di quanto si è ora rilevato, può essere del resto sufficiente porre mente alla circostanza che, ai sensi dell'art. 32, comma 2, Cost., per essere legittimi i trattamenti sanitari obbligatori – oltre a presentare gli ulteriori requisiti desumibili dalla stessa disposizione costituzionale – debbono essere anche *determinati*⁵. L'utilizzo di questo aggettivo implica, per quanto qui più interessa sottolineare, che la finalità di solidarietà (peraltro specificamente individuabile nell'esclusivo scopo di difendere la salute collettiva) non può essere perseguita svuotando di contenuto la libertà di cura o assoggettandola in via strutturale agli interessi della comunità: al contrario, la richiesta determinatezza del trattamento vale a qualificare l'imposizione, solidaristicamente giustificata, come puntuale e specifica eccezione rispetto al regime costituzionale, per il resto immutato, che assicura al soggetto libertà nelle scelte relative alla propria salute⁶.

⁴ Nella prospettiva preferibile, dunque, il contenuto della libertà di salute e l'intensità delle relative limitazioni devono essere comunque individuati sulla base dell'art. 32 Cost. e non già attraverso il richiamo ad indefiniti e generici doveri solidaristici desumibili dall'art. 2 Cost. che si imporrebbero, *ex se*, al diritto alla salute dell'individuo. Sulla natura individualistica del diritto alla salute come diritto di libertà sia consentito rinviare a D. Morana, *La salute come diritto costituzionale*, IV ed., Torino, 2021, p. 43 ss.

⁵ In base all'art. 32, comma 2, Cost., infatti, il legislatore può qualificare come obbligatori soltanto «singoli trattamenti sanitari», e comunque non «in modo polivalente, cioè per scopi cumulati o indifferenziati»: così già P. Barile, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, 1984, p. 385. Sulla determinatezza degli obblighi vaccinali, anche in relazione alla profilassi anti-Covid, v. P. Veronesi, *L'eccezione alla regola: il caso dei trattamenti sanitari obbligatori*, in *Osservatorio AIC*, n. 6, 2021, p. 226 ss., spec. p. 231 ss.

⁶ Sul carattere necessariamente *determinato* di ogni trattamento sanitario obbligatorio ai sensi dell'art. 32, comma 2, si è soffermata da ultimo Corte cost., sent. n. 25/2023, in tema di profilassi vaccinali rivolte al personale militare, sottolineando come «la previsione di un obbligo di profilassi vaccinale che non specifichi per quale scopo (ovvero per prevenire l'infezione da quale malattia) la somministrazione è pretesa non può che rendere “indeterminato” il trattamento sanitario imposto», fino a vanificare «quel carattere di precisione che la stessa Assemblea costituente ha inteso imprimere nella riserva di legge *ex art. 32 Cost.*». Sulla decisione v. L. Pace, *Le vaccinazioni obbligatorie per i militari: fra elencazione legislativa e controllo di ragionevolezza scientifica. Osservazioni alla sentenza n. 25 del 2023*, in *Nomos*, 1, 2023, p. 1 ss., nonché, se si vuole, anche per talune osservazioni critiche sulla relativizzazione della riserva di legge dell'art. 32 Cost. affermata ed argomentata dalla Corte

2. *Il versante “patologico”: solidarietà ed equo ristoro dei pregiudizi alla salute derivanti da vaccinazione obbligatoria (o anche meramente raccomandata)*

La consapevolezza del ruolo giocato dal principio di solidarietà in rapporto alla disciplina costituzionale del diritto alla salute si è consolidata anche grazie ad una corposa giurisprudenza costituzionale dedicata ai danni derivanti da trattamenti sanitari imposti ai sensi dell’art. 32, comma 2, Cost. È del 1990 la prima, notissima decisione mediante la quale la Corte costituzionale ha chiarito che le conseguenze gravemente pregiudizievoli (benché *ex ante* valutate come improbabili) che la salute di un soggetto subisce a séguito di un trattamento sanitario obbligatorio (in quel caso, la vaccinazione antipoliomelittica) debbano essere in qualche modo “compensate” da un successivo specifico intervento di sostegno, consistente nel rimedio di un «equo ristoro del danno patito» da attribuirsi al soggetto destinatario del trattamento⁷.

A ben vedere, il riconoscimento di tale «equo ristoro» non è altro che una doverosa conseguenza di quel legame di solidarietà che connette l’individuo alla collettività già nel momento genetico dell’imposizione dell’obbligo di cura, quando cioè – come si è sopra osservato – la solidaristica esigenza di tutelare la salute della collettività rende legittima la scelta del legislatore di limitare lo spazio di “autodeterminazione terapeutica” altrimenti garantito a ogni persona. Proprio perché è *ex ante* incompatibile con il sistema costituzionale richiedere «il sacrificio della salute di ciascuno per la tutela della salute degli altri», deve escludersi che l’ordinamento possa girarsi dall’altra parte quando in concreto, *ex post*, si determinino malauguratamente conseguenze pregiudizievoli a carico della salute di taluno per effetto di un trattamento obbligatorio cui si è sottoposto⁸. In questa ipotesi, «un corretto bilanciamento fra le due indicate dimensioni del valore della salute – e lo stesso spirito di solidarietà (da

nella medesima pronuncia, D. Morana, *Il vaccino à la carte: l’indebolimento della riserva di legge dell’art. 32 Cost. in una pronuncia sugli obblighi vaccinali (indeterminati) nell’ordinamento militare*, in *Giur. cost.*, n. 1, 2023, p. 269 ss.

⁷ Corte cost., sent. n. 307/1990.

⁸ Per riprendere le parole utilizzate dalla Corte nella sent. n. 118/1996, «sarebbe contrario al principio di giustizia, come risultante dall’art. 32 della Costituzione, alla luce del dovere di solidarietà stabilito dall’art. 2, che il soggetto colpito venisse abbandonato alla sua sorte e alle sue sole risorse o che il danno in questione venisse considerato come un qualsiasi evento impreveduto al quale si sopperisce con i generali strumenti della pubblica assistenza».

ritenere ovviamente reciproca) fra individuo e collettività che sta a base dell'imposizione del trattamento sanitario – implica il riconoscimento [...] di una protezione ulteriore a favore del soggetto passivo del trattamento»⁹.

In questa materia, peraltro, si è potuta registrare una certa prontezza del legislatore nel fare tesoro delle puntualizzazioni offerte dalla giurisprudenza costituzionale. La legge n. 210/1992 – attuando doverosamente il principio costituzionale fatto valere dalla Corte un paio di anni prima – ha infatti disposto il diritto all'indennizzo a tutti i soggetti danneggiati da complicanze di tipo irreversibile derivanti da qualsivoglia vaccinazione obbligatoria (oltre che da trasfusioni e somministrazione di emoderivati).

A sua volta, la successiva giurisprudenza costituzionale, chiamata più volte a pronunciarsi sul raggio di operatività della legge n. 210/1992, ne ha ulteriormente ampliato l'ambito di efficacia, includendovi anche una pluralità di vaccinazioni (non obbligatorie ma) meramente raccomandate¹⁰. È interessante notare che in questa attività compiuta dalla Corte di progressiva estensione dell'indennizzo anche ad ipotesi di vaccinazioni non legislativamente imposte, è proprio il principio di solidarietà a fungere (correttamente) da catalizzatore. Ad avviso della Corte, infatti, alla base tanto degli obblighi vaccinali disposti con legge quanto delle campagne istituzionali che promuovono l'adesione volontaria ad alcune misure profilattiche, deve riscontrarsi la «coesistenza tra dimensione individuale e quella collettiva della disciplina costituzionale della salute nonché il dovere di solidarietà che lega il singolo alla collettività, ma anche la collettività al singolo»¹¹. In questa condivisibile prospettiva, il dovere di solidarietà della

⁹ Ancora Corte cost., sent. n. 307/1990.

¹⁰ Cfr. Corte cost., sentt. nn. 27/1998 (sulla vaccinazione antipoliomelittica, in un momento in cui la stessa non aveva carattere obbligatorio), 417/2000 (sulla vaccinazione anti-epatite B), 107/2012 (sulla vaccinazione – raccomandata – contro morbillo, rosolia e parotite), 268/2017 (sulla vaccinazione anti-influenzale), 118/2020 (sulla vaccinazione anti-epatite A), e da ultimo 181/2023 (sulla vaccinazione contro il papillomavirus HPV). Con riguardo alla giurisprudenza costituzionale in tema di equo indennizzo per danno da vaccinazione raccomandata cfr., se si vuole, D. Morana, *Obblighi e raccomandazioni in tema di vaccinazioni, tra discrezionalità legislativa ed estensione del diritto all'equo indennizzo (in nota a Corte cost., sent. 118/2020)*, in *Osservatorio AIC*, 1, 2021, p. 233 ss.; sulla recente Corte cost., sent. n. 35/2023, in tema di termini di decorrenza per la richiesta di indennizzo, cfr. V. Desantis, *Osservazioni sulla pienezza del diritto alla salute e sull'indennizzo da vaccino ex art. 3 della l. n. 210/1992*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2023, p. 19 ss.

¹¹ Così Corte cost., sent. n. 118/1996, nonché le successive sentt. nn. 27/1998 e 432/2000. Sul rilievo della solidarietà in tale giurisprudenza cfr. V. Tamburrini, *I doveri costituzionali di solidarietà in campo sociale: profili generali e risvolti applicativi con particolare riferimento alla tutela della salute*, in *Ianus - Diritto e Finanza*, 18, 2018, p. 25 ss., spec. p. 35 ss.

collettività nei riguardi del singolo non viene meno quando la scelta di sottoporsi al trattamento sanitario sia frutto di una consapevole e libera adesione ad una raccomandazione proveniente dalle autorità sanitarie competenti.

Più in generale, sempre nella giurisprudenza costituzionale si è registrata la tendenza ad affievolire, sotto molteplici profili, la diversità di regime tra obbligo e raccomandazione in ordine alle campagne vaccinali. In particolare, collocandosi all'interno di una prospettiva per così dire pragmatica, la Corte ha avuto occasione di osservare che «nell'orizzonte epistemico della pratica medico-sanitaria la distanza tra raccomandazione e obbligo è assai minore di quella che separa i due concetti nei rapporti giuridici. In ambito medico, raccomandare e prescrivere sono azioni percepite come egualmente doverose in vista di un determinato obiettivo» (così Corte cost., sent. n. 5/2018).

Il merito principale delle posizioni giurisprudenziali considerate è di aver sottolineato quel che si è sopra definito moto bidirezionale della solidarietà in rapporto alla tutela della salute. All'interno dell'assetto costituzionale, insomma, al comportamento solidaristico del singolo che accetta in via di fatto di restringere la sua libertà terapeutica, deve corrispondere il dovere solidaristico della collettività, la quale (sia pure nei termini di certo non ripristinatori dell'indennizzo) ha il compito di farsi carico di ogni grave pregiudizio alla salute che il singolo subisca in conseguenza di quel suo comportamento. Alla luce del principio di solidarietà non può assumere alcuna particolare rilevanza la circostanza che il soggetto si sia sottoposto al trattamento perché giuridicamente vincolato oppure perché, confidando nelle autorità sanitarie, abbia voluto seguirne le raccomandazioni: anzi, la logica solidaristica che sorregge il riconoscimento dell'indennizzo deve semmai agire in maniera se possibile rafforzata proprio nel caso in cui la scelta del soggetto sia maturata al di fuori di una imposizione propriamente detta. Sarebbe infatti irragionevole riservare a coloro che hanno aderito alle raccomandazioni delle autorità sanitarie pubbliche «un trattamento peggiore rispetto a quello riconosciuto a quanti abbiano ubbidito ad un precetto»: vi è in ultima analisi un «patto di solidarietà tra individuo e collettività» – sono ancora parole della Corte costituzionale¹² – che non può essere tradito quando l'ordinamento

¹² Corte cost., sent. n. 268/2017 (in tema di menomazioni permanenti derivanti dalla vaccinazione antinfluenzale).

persegue finalità di tutela della salute con politiche sanitarie meno intrusive ma non per questo meno efficaci e rilevanti per la collettività.

3. Solidarietà suggerita e solidarietà obbligata: gradualità e bilanciamento tra dimensione individuale e dimensione collettiva.

A partire da quanto si è appena finito di osservare, merita qualche considerazione ulteriore il ruolo che il principio di solidarietà può essere chiamato a svolgere non solo “a valle” ma già “a monte”, nel momento cioè in cui si tratti di decidere se l’interesse della collettività alla salute possa essere efficacemente perseguito anche soltanto attraverso la raccomandazione di determinati trattamenti, senza quindi la necessità di ricorrere ad una loro configurazione in via obbligatoria.

In particolare, una volta che si sia in condizione di scorgere in filigrana la *ratio* (anche) solidaristica sottostante all’ordito normativo dell’art. 32 Cost., dovrebbe essere più agevole fornire una lettura suscettibile di gradualità delle dinamiche tra individuo e collettività in esso prefigurate. Si vuole intendere che il principio di solidarietà ben si presta ad una attuazione nella quale gli strumenti tipici della imperatività giuridica si pongano in certo modo come *extrema ratio* rispetto ad altre modalità di intervento che siano comunque in grado di pervenire al risultato desiderato. Da questo punto di vista, non sembra inesatto ritenere che l’individuazione degli obiettivi rimessi allo svolgimento del principio di solidarietà debba coerentemente accompagnarsi a un andamento progressivo nel grado di invasività degli interventi pubblici impiegati. La solidarietà, cioè, evoca anzitutto un *vincolo sociale* nel raggiungimento di determinati risultati, che può e deve divenire anche *vincolo propriamente giuridico* qualora ciò si renda indispensabile per il conseguimento dello scopo. Se si condivide questo rilievo, pare corretto trarne che l’attuazione del principio di solidarietà si contraddistingua per una vocazione strutturalmente sussidiaria¹³.

All’interno di quest’ordine di idee, è da ritenersi preferibile che la finalità di tutelare la salute collettiva *ex art. 32 Cost.* venga perseguita, ove possibile, secondo un approccio *propriamente solidaristico e dunque graduale*, configurando legislativamente l’obbligatorietà di un trattamento sanitario solo laddove risultino (o è ragionevole prevedere che risultino) inappropriati

¹³ Sul rapporto tra solidarietà e sussidiarietà v. B. Pezzini, *Dimensioni e qualificazioni nel sistema costituzionale di solidarietà*, in B. Pezzini - C. Sacchetto (a cura di), *Il dovere di solidarietà*, Milano, 2005, p. 91 ss.

o insufficienti gli interventi di sollecitazione della popolazione alla profilassi, finalizzati a ottenere un utile grado di adesione spontanea ad essa.

Non si intende con ciò disconoscere che, in tema di trattamenti sanitari necessari alla protezione della salute collettiva, vada ricondotta alla discrezionalità del legislatore la scelta tra obbligo e raccomandazione, sempre nell'ovvio rispetto dei parametri fissati all'art. 32 Cost. La sussistenza di tale discrezionalità è, del resto, ampiamente riconosciuta anche nella giurisprudenza costituzionale. Si consideri, tra le altre, la già citata sent. n. 5/2018, nella quale la Corte ritiene che spetti appunto al legislatore la decisione sulle modalità più efficaci per contrastare le malattie infettive, «potendo egli selezionare talora la tecnica della raccomandazione, talaltra quella dell'obbligo, nonché, nel secondo caso, calibrare variamente le misure, anche sanzionatorie, volte a garantire l'effettività dell'obbligo»¹⁴.

Tuttavia, nella stessa giurisprudenza costituzionale si sottolinea come non si sia in presenza di una discrezionalità “piena”, poiché il legislatore è tenuto a esercitarla «alla luce delle diverse condizioni sanitarie ed epidemiologiche, accertate dalle autorità preposte», nonché «delle acquisizioni, sempre in evoluzione, della ricerca medica, che debbono guidare il legislatore nell'esercizio delle sue scelte in materia»¹⁵. In sostanza, i dati scientifici ed epidemiologici rappresentano un fattore destinato a condizionare e limitare la volontà normativa del decisore pubblico. Sicché, può osservarsi, l'introduzione di un obbligo legislativo riguardante una profilassi vaccinale può essere ritenuto il mezzo più adeguato per proteggere la salute collettiva quando dai dati in questione emerga che la sollecitazione mediante raccomandazione non è sufficiente (o quanto meno non lo è nell'immediato) a conseguire gli obiettivi vaccinali considerati ottimali: in definitiva, uno sviluppo di matrice sussidiaria nella tipologia di interventi

¹⁴ Sull'alternativa obbligo/raccomandazione nella sent. 5/2018 della Corte costituzionale cfr. D. Coduti, *La disciplina sulle vaccinazioni obbligatorie alla prova di forma di Stato e forma di governo*, in *Rivista AIC*, 3, 2018, p. 605 ss., C. Magnani, *I vaccini e la Corte costituzionale: la salute tra interesse della collettività e scienza nelle sentenze 268 del 2017 e 5 del 2018*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 4, 2018, G. Pascuzzi, *Vaccini: quale strategia?*, in *Foro it.*, 2018, I, p. 737 ss., L. Pedullà, *Vaccinazioni obbligatorie e dovere di solidarietà costituzionale (alla luce della sent. n. 5 del 2018 della Corte cost.)*, in *Forum di Quaderni Costituzionali - Rassegna*, 9, 2018, C. Salazar, *La Corte costituzionale immunizza l'obbligatorietà dei vaccini*, in *Quad. cost.*, 2018, p. 465 ss.

¹⁵ Ancora Corte cost., sent. n. 5/2018; su tale profilo della decisione cfr. A. Iannuzzi, *L'obbligatorietà delle vaccinazioni a giudizio della Corte costituzionale fra discrezionalità del legislatore statale e valutazioni medico-statistiche*, in *ConsultaOnline*, 1, 2018, p. 87 ss.

pubblici dispiegati pare essere quello più aderente alla natura del principio di solidarietà.

Da questo punto di vista può ritenersi che le scelte operate dal decisore pubblico in relazione alla vaccinazione anti-Covid non si discostino eccessivamente dal descritto modello¹⁶, nonostante la presenza di alcuni passaggi non del tutto lineari e talvolta opachi all'interno del percorso di discussione politica che a tali scelte ha condotto¹⁷.

V'è comunque da ricordare che, com'era perfino ovvio attendersi, le misure per il contrasto alla pandemia hanno fatto emergere in modo accentuato le difficoltà del contemperamento tra diritto individuale e interesse della collettività alla salute¹⁸. D'altro canto, l'eccezionalità della crisi pandemica era quasi inevitabilmente destinata ad amplificare e drammatizzare l'ordinaria dialettica tra profilo individuale e versante collettivo; inoltre, il devastante incedere del virus, soprattutto nella fase iniziale, accompagnato da una comunicazione da parte dei soggetti pubblici e dei media non sempre adeguata e spesso disorientante, talvolta strumentalizzata anche per finalità di propaganda politica, ha determinato livelli di allarme e di tensione nell'opinione pubblica nettamente più elevati che in qualunque altra circostanza recente e meno recente¹⁹.

In questo contesto tutt'altro che sereno, l'opzione iniziale seguita dal legislatore è stata, com'è noto, quella di configurare in termini obbligatori la

¹⁶ In questa prospettiva può leggersi anche la modifica legislativa tesa ad introdurre la previsione di un equo indennizzo per danno da vaccinazione anti-Covid meramente raccomandata, sulla quale cfr. S. Penasa, *Il pezzo mancante del patto di solidarietà tra persona e collettività? Riflessioni a partire dalla recente estensione dell'equo indennizzo alle vaccinazioni raccomandate anti SARS-CoV-2*, in *Osservatorio AIC*, 4, 2022, p. 84 ss.

¹⁷ V. A. Ruggeri, *La vaccinazione contro il Covid-19 tra autodeterminazione e solidarietà*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2021, p. 170 ss.

¹⁸ Sulle problematicità del contemperamento tra dimensione individuale e dimensione collettiva della tutela della salute durante l'emergenza pandemica v., tra gli altri, C. Iannello, *Le «scelte tragiche» del diritto a tutela della salute collettiva. L'irragionevolezza di una vaccinazione obbligatoria generalizzata per il Sars-Cov-2*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, p. 129 ss., e C. D'Orazi, *Se è legittimo imporre il vaccino contro il Covid-19, fra autodeterminazione e necessità*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, p. 1 ss.

¹⁹ Spunti interessanti sul rapporto tra informazione, comunicazione istituzionale e obblighi vaccinali in V. De Santis, *Esitazione vaccinale, disinformazione e fake news nella società digitale*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2022, p. 210 ss.; v. anche L. Moroni, *L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 tra legittimità e notizie false*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2023, p. 138 ss., per considerazioni sull'effettiva spontanea adesione della popolazione alla profilassi (raccomandata) anti-Covid, in una logica di solidarietà che si collega immediatamente al principio personalista dell'art. 2 Cost.

vaccinazione anti-Covid esclusivamente per alcune categorie di soggetti (ad iniziare dai medici e dal personale sanitario) particolarmente esposte al contatto con le fasce di cittadini medicalmente più bisognosi e fragili, o comunque impegnate in attività in cui maggiore è il rischio di diffusione del contagio²⁰; solo successivamente l'obbligatorietà del vaccino è stata estesa alla generalità delle persone ultracinquantenni²¹.

La scelta legislativa di imporre la vaccinazione solo ad alcune categorie o gruppi in ragione dell'attività svolta non integra di per sé un'illegittima compressione della libertà di cura dei destinatari dell'obbligo, accertato il carattere della misura sanitaria proporzionatamente finalizzato a soddisfare l'esigenza di tutela della salute collettiva. Del resto, la previsione dell'obbligatorietà di un trattamento sanitario in ragione dell'attività svolta (stabilendola, dunque, solo per alcune figure professionali) non ha rappresentato una novità per l'ordinamento²²: si pensi, ad esempio, agli accertamenti sulla sieropositività all'HIV, resi obbligatori per lo svolgimento di tutte quelle attività suscettibili di arrecare un serio rischio di contagio a danno di soggetti terzi²³.

²⁰ In particolare, l'art. 4 del d.l. n. 44/2021 (convertito in l. n. 76/2021) ha introdotto l'obbligo della profilassi vaccinale anti-Covid per gli esercenti le professioni sanitarie e gli operatori di interesse sanitario «che svolgono la loro attività nelle strutture sanitarie, sociosanitarie e socio-assistenziali, pubbliche e private, nelle farmacie, parafarmacie e negli studi professionali»; il successivo d.l. n. 122/2021 (sostituito dalla l. n. 133/2021, di conversione del d.l. n. 111/2021) ha esteso l'obbligo vaccinale a tutti i lavoratori «comunque impiegati» in strutture residenziali, sociosanitarie e socio-assistenziali. Il d.l. n. 172/2021, convertito in l. n. 3/2022, ha poi disposto l'estensione dell'obbligatorietà della profilassi vaccinale anche a ulteriori categorie, tra cui, in aggiunta ai tirocinanti di area sanitaria, il personale della scuola, il personale del comparto difesa, sicurezza e soccorso pubblico e il personale dell'amministrazione penitenziaria operante negli istituti penitenziari. Il d.l. n. 1/2022, convertito in l. n. 18/2022, da ultimo, ha incluso nel novero dei soggetti obbligati – oltre alla generalità degli *over-50*: v. nota seguente – il personale delle università, delle istituzioni di alta formazione artistica, musicale e coreutica e degli istituti tecnici superiori, nonché quello dei Corpi forestali delle Regioni a statuto speciale.

²¹ Col d.l. n. 1/2022, convertito in l. n. 18/2022. Sull'estensione dell'obbligo vaccinale introdotta col d.l. n. 1/2022 v. A. Molfetta, *L'estensione dell'obbligo vaccinale anti SARS-CoV-2 tra fissazione delle categorie prioritarie e mutamenti di prospettiva: alcune questioni costituzionalistiche a margine del decreto-legge n. 1 del 2022*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2022, p. 179 ss.

²² In questo senso vedi anche R. Romboli, *Obbligo di vaccinazione anti Covid e principi costituzionali: a proposito del d.l. n. 44/2021*, in *Quad. cost.*, 3, 2021, p. 673 ss.

²³ Cfr. Corte cost., sent. 218/1994, in cui la Corte, dopo aver ricondotto alla nozione di trattamento sanitario di cui all'art. 32, c. 2, Cost., gli accertamenti comprendenti prelievi ed analisi, ha osservato, tra l'altro, come «le attività che, in ragione dello stato di

Con riguardo alla restante popolazione, invece, si è seguita la strada della raccomandazione (o, se si preferisce, del *nudging*): una raccomandazione certamente pressante (e resa ancora più pressante in seguito al varo della disciplina relativa al c.d. *green pass*)²⁴, ma comunque portata avanti senza introdurre, in senso proprio, un trattamento sanitario obbligatorio generalizzato (se non, come detto, a partire da un certo momento, per gli *over-50*).

Il quadro delle scelte legislative in tema di vaccinazione anti-Covid, che pure non è andato esente da critiche, notoriamente, in una parte dell'opinione pubblica, pare tuttavia nel complesso non allontanarsi troppo, come accennato, da una corretta interpretazione del principio di solidarietà nell'ambito della protezione costituzionale della salute, se non altro per il tentativo di dare spazio a un approccio improntato alla gradualità e alla differenziazione nella regolazione della profilassi vaccinale²⁵.

4. La giurisprudenza costituzionale sugli obblighi vaccinali anti-Covid (con particolare riguardo alla sent. n. 14/2023) e il ruolo polivalente della solidarietà

La legislazione introduttiva dell'obbligo di vaccinazione anti-Covid a carico di determinate categorie di soggetti è stata sottoposta, nell'ultimo

salute di chi le svolge, rischiano di mettere in pericolo la salute dei terzi, possono essere espletate solo da chi si sottoponga agli accertamenti necessari per escludere la presenza di quelle malattie infettive o contagiose, che siano tali da porre in pericolo la salute dei destinatari delle attività stesse. Non si tratta quindi di controlli sanitari indiscriminati, di massa o per categorie di soggetti, ma di accertamenti circoscritti sia nella determinazione di coloro che vi possono essere tenuti, costituendo un onere per poter svolgere una determinata attività, sia nel contenuto degli esami. Questi devono essere funzionalmente collegati alla verifica dell'idoneità all'espletamento di quelle specifiche attività e riservati a chi ad esse è, o intende essere, addetto».

²⁴ Sul punto cfr. A. Poggi, *Green pass, obbligo vaccinale e le scelte del Governo*, in *federalismi.it*, 21, 2021, p. 4 ss., e F. Rigano – M. Terzi, «*Certificazioni verdi COVID-19*» e obbligo vaccinale: appunti di legittimità costituzionale, in *Osservatorio AIC*, 5, 2021, p. 146 ss., nonché V. De Santis, *Dalla necessità dell'obbligo vaccinale alla realtà del green pass*, in *Nomos*, 3, 2021, p. 1 ss.; di *green pass* come strumento per l'introduzione di un obbligo vaccinale indiretto parla, ad es., I. Spadaro, *Green pass in Italia e all'estero, tra garanzie costituzionali e obbligatorietà vaccinale indiretta*, in *federalismi.it*, 29, 2021, p. 51 ss.

²⁵ Sulle scelte compiute dal legislatore per fronteggiare l'emergenza pandemica, tra misure obbligatorie e politiche di raccomandazione e persuasione, alla luce del principio di solidarietà, v. Q. Camerlengo – L. Rampa, *Solidarietà, doveri e obblighi nelle politiche vaccinali anti Covid-19*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, p. 199 ss.

anno, al vaglio della giurisprudenza costituzionale²⁶. Escludendo l'illegittimità delle norme scrutinate, la Corte ha ampiamente valorizzato, anche in tale occasione, proprio il legame tra principio di solidarietà e protezione costituzionale della salute.

In particolare, è la sent. n. 14/2023 a soffermarsi diffusamente su alcuni profili del rapporto tra dimensione individuale e dimensione collettiva del diritto alla salute. Oggetto preponderante di questa decisione è l'obbligo vaccinale anti SARS-CoV-2 imposto al personale sanitario dal citato d.l. n. 44/2021²⁷, nonché la correlata previsione della sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie come conseguenza dell'inadempimento dell'obbligo²⁸.

²⁶ In particolare, la Corte si è pronunciata in tema di vaccinazioni anti-Covid con le sentt. nn. 14, 15 e 16 del 2023 e da ultimo con le sentt. nn. 156/2023 e 171/2023. Per un'analisi di tale giurisprudenza (e segnatamente delle prime tre pronunce del 2023), v. G. Fontana, *Gli obblighi vaccinali anti SARS-COV-2 secondo la Corte costituzionale, tra dati scientifici, discrezionalità legislativa e "non irragionevolezza"*, in *Giur. cost.*, 1, 2023, p. 431 ss., C. Iannello, *La ratio dell'obbligo vaccinale nella recente giurisprudenza costituzionale*, in *Dirittifondamentali.it*, 2, 2023, p. 43 ss., M. Massa, *Dati scientifici e discrezionalità politica nella legislazione sugli obblighi vaccinali*, in *Corti supreme e salute*, 1, 2023, p. 1 ss., S. Troilo, *L'obbligo di vaccinazione contro il Covid-19 nel bilanciamento fra i diritti e i doveri costituzionali*, in *Consulta OnLine*, 2, 2023, p. 705 ss., nonché N. Viceconte, *Gli obblighi vaccinali al tempo dell'emergenza. Il vaccino contro il SARS-CoV-2 alla prova della Corte costituzionale*, in *Corti supreme e salute*, 2, 2023, p. 177 ss.. V. anche L. Busatta, *Giustizia costituzionale e obblighi vaccinali: alla Corte l'occasione, in cinque tempi, per consolidare il proprio orientamento*, in *Osservatorio costituzionale*, 4, 2023, p. 111 ss. (dove il riferimento nel titolo ai "cinque tempi" è dovuto alla considerazione anche delle sentt. nn. 25 e 35 del 2023, le quali – come già osservato: v. *supra* note nn. 6 e 10 – non riguardano però i vaccini anti-Covid).

²⁷ Tra i profili della disciplina censurati dall'autorità giudiziaria rimettente si collocava anche quello della mancata esclusione dell'«onere di sottoscrizione del consenso informato nel caso di vaccinazione obbligatoria», sul quale tuttavia non ci si sofferma in questa sede. Per un'analisi critica della legittimità della scelta legislativa di richiedere il consenso informato in relazione all'obbligo vaccinale v. G. Guzzetta, *Obbligo vaccinale e consenso informato. Profili problematici e aporie logiche*, in *Giur. it.*, 10, 2022, p. 2292 ss., nonché, con riferimento alla sent. 14/2023, A. Iannuzzi, *Vaccinazioni obbligatorie, dati scientifici e consenso informato: a margine delle sentenze n. 14 e 15 del 2023 della Corte costituzionale*, in *Nomos*, 2, 2023, p. 1 ss.; più in generale, sull'incompatibilità tra obbligo di cura disposto *ex lege* e consensualità del trattamento sanitario, v., se si vuole, D. Morana, *A proposito del fondamento costituzionale per il "consenso informato" ai trattamenti sanitari: considerazioni a margine della sentenza n. 438/2008 della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 4970 ss., in nota a Corte cost., sent. n. 438/2008, nonché Id., *La salute come diritto costituzionale*, cit., p. 162 ss.

²⁸ Nella sent. n. 14/2023 la Corte afferma che tale sospensione dall'esercizio delle professioni sanitarie (sia in ragione della sua durata, sia in ragione della sua intensità) «non riveste natura sanzionatoria» e rappresenta una scelta del legislatore proporzionata e ben

La dichiarazione di infondatezza con cui la Corte ha risolto la questione costituisce un epilogo in gran parte scontato: la giurisprudenza costituzionale sul rapporto tra evidenze scientifico-sperimentali e discrezionalità del legislatore, tra scienza e regolazione normativa, tra scienza e diritto alla salute, è ormai talmente consolidata da aver offerto una sponda sicura e di pronta spendibilità anche nella valutazione di una disciplina adottata in un periodo di emergenza pandemica.

Quanto appena rilevato non significa però che la decisione sia priva di significativi spunti di interesse. Due precisazioni contenute nella sent. n. 14/2023 richiamano anzitutto l'attenzione.

In un primo passaggio, la Corte sottolinea la *transitorietà* necessaria, inevitabile, di ogni scelta legislativa che si basi su conoscenze medico-scientifiche, dal momento che i risultati della ricerca evolvono continuamente e, pertanto, le decisioni normative che si basano su di essi (*a fortiori* quando sono decisioni impositive) debbono connotarsi per un'analogia e corrispondente dinamicità. Si tratta di una puntualizzazione che, letta alla luce del principio di solidarietà come criterio ordinatore della dialettica tra individuo e collettività in tema di tutela della salute, esalta quella gradualità e quella *elasticità* che devono ritenersi intrinseche all'attuazione del principio stesso. In altri termini, la visione solidaristica richiede che le prese

calibrata rispetto alla finalità di riduzione della circolazione del virus. Su quest'ultimo profilo tornerà poi ampiamente la sent. n. 15/2023, in relazione alla questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la successiva previsione legislativa che ha disposto, per il periodo di sospensione dall'attività lavorativa, l'interruzione della retribuzione e di altri compensi o emolumenti, pronunciandosi per la non fondatezza anche in relazione agli artt. 4 e 35 Cost. In tale ultima pronuncia, la Corte costituzionale sottolinea, tra l'altro, come il «sacrificio del diritto dell'operatore sanitario» (derivante dall'inosservanza dell'obbligo vaccinale) deve essere letto in chiave meramente *sinallagmatica*: se la vaccinazione è elevata dalla legge a requisito essenziale per l'esercizio della professione, il datore di lavoro, messo a conoscenza dell'inosservanza, è tenuto ad adottare i provvedimenti di sospensione dal servizio e dalla retribuzione, in piena sintonia con l'obbligo di sicurezza impostogli *ex lege*. Sulla sent. n. 15/2023, nell'ambito di un dibattito assai articolato anche per i profili giuslavoristici coinvolti, cfr., *ex multis*, C. Della Giustina, *L'obbligo di vaccinazione per particolari categorie di lavoratori: una doppietta di legittimità costituzionale. Dal diritto del lavoro al diritto costituzionale*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2, 2023, p. 305 ss.; G. Cerrina Feroni, *Obblighi vaccinali, conseguenze del mancato assolvimento e Costituzione. Una lettura critica delle sentenze della Corte costituzionale n. 14 e 15 del 2023*, in *Dirittifondamenti.it*, 2, 2023, p. 245 ss.; v. anche, sulla problematica esclusione di una componente sanzionatoria delle misure disposte dal legislatore, E. Aureli, *Tre sentenze per mettere fine alla discussione sulla legittimità del vaccino contro il Covid. Le sentenze 14, 15, 16 del 2023 e la problematica prassi dell'anticipo del contenuto delle pronunce nei comunicati stampa della Corte*, in *BioLaw Journal - Rivista di BioDiritto*, 3, 2023, p. 207 ss., spec. p. 220 ss.

di posizione legislative basate su dati scientifici, attraverso le quali si comprime la libertà di salute della singola persona per difendere l'interesse alla salute della comunità, siano soggette a una incessante osservazione o, se si vuole, *manutenzione*. Lo scopo di questo ininterrotto controllo è accertare che l'imposizione conservi l'iniziale carattere di necessità e non possa (ancora) essere utilmente sostituita da strumenti meno invasivi della libertà del soggetto. Soltanto a questa condizione il trattamento imposto mantiene la sua legittimazione di obbligo di solidarietà in chiave sussidiaria.

Il secondo passaggio della sent. n. 14/2023 meritevole di essere evidenziato in via preliminare è quello in cui la Corte chiarisce che i dati medico-scientifici su cui deve basarsi il legislatore sono quelli elaborati e forniti dalle autorità tecnicamente competenti: dati «che non possono perciò essere sostituiti da fonti diverse, ancorché riferibili a “esperti” del settore». Dunque, il decisore normativo è tenuto a svolgere la sua azione «all'interno di un'area di attendibilità scientifica, alla luce delle migliori conoscenze raggiunte in quel momento storico, quali definite dalle autorità medico-scientifiche istituzionalmente preposte». Precisazione, quest'ultima, quanto mai opportuna, anche in chiave prospettica, quale orientamento per il legislatore futuro che sia chiamato ad affrontare nuove emergenze sanitarie.

Nello spazio disegnato dai due argini concettuali di cui si è appena detto, la decisione in esame svolge il sindacato di costituzionalità utilizzando, come accennato, acquisizioni oramai consolidate sul piano giurisprudenziale per valutare se il trattamento sanitario imposto sia contraddistinto da un corretto bilanciamento tra tutela individuale e tutela collettiva della salute, nel rispetto dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità. A questo riguardo, dopo aver ribadito che l'art. 32 Cost. «postula il necessario contemperamento del diritto alla salute del singolo (anche nel suo contenuto negativo di non assoggettabilità a trattamenti sanitari non richiesti o non accettati) con il coesistente diritto degli altri e quindi con l'interesse della collettività» (ossia il contemperamento tra «le due declinazioni, individuale e collettiva, del diritto alla salute»), la Corte rileva come l'imposizione di un trattamento sanitario, incluso l'obbligo vaccinale, trovi giustificazione in quel principio di solidarietà che rappresenta la «base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente», specificando che è proprio l'interesse della collettività alla salute menzionato nel primo comma dell'art. 32 Cost. a porsi in questa materia come diretta espressione di quel principio, in un sostanziale rapporto da *species a genus*.

La valorizzazione dell'impronta solidaristica della disciplina costituzionale in ambito sanitario è operata dalla sent. n. 14/2023 anche in rapporto al sindacato di costituzionalità, come sempre orientato a verificare

che il bilanciamento tra dimensione individuale e dimensione collettiva del diritto alla salute risulti *non irragionevole e non sproporzionato* rispetto alla finalità perseguita (tenuto conto della situazione pandemica e delle risultanze scientifiche disponibili su efficacia e sicurezza dei vaccini). Nel caso di specie, la Corte ritiene appunto che, nel compiere la scelta impositiva, il legislatore abbia adottato una decisione compatibile con i parametri così ricostruiti: sia la valutazione delle condizioni di fatto in cui la scelta è stata adottata, sia le indicazioni scientifiche prodotte dalle autorità sanitarie poste alla base dell'imposizione, infatti, vengono considerate convergenti nel senso della ragionevolezza e della proporzionalità dell'obbligo vaccinale rivolto ai sanitari.

Sul punto, ciò che qui più interessa sottolineare ancora è come l'argomentazione della Corte, nel considerare la situazione di fatto in cui l'obbligo è maturato e la peculiarità delle condizioni epidemiologiche di quel periodo (condizioni definite peculiari proprio per la gravità e la imprevedibilità del decorso), si soffermi diffusamente sulla posizione dirimente che, nel rapporto tra obblighi vaccinali e libertà di cura, è occupata dalla solidarietà. Quest'ultima viene individuata come fondamento costituzionale su cui poggia «la compresenza di diritti e doveri», viene identificata (nel suo dispiegamento «orizzontale») quale elemento «che lega ciascun membro della comunità agli altri consociati» e viene considerata – si è già notato – come la “matrice” dell'interesse della collettività di cui all'art. 32 Cost., il quale rappresenta «la declinazione nel campo della tutela alla salute dei doveri di solidarietà di cui all'art. 2 Cost.».

Ma in cosa consiste l'interesse della collettività alla salute (e dunque qual è il raggio di azione del principio di solidarietà) nel caso sottoposto all'attenzione della Corte? In relazione a questo interrogativo emerge un profilo non sempre valorizzato nella giurisprudenza costituzionale in materia di profilassi vaccinale. Nella sent. n. 14/2023 si osserva che l'interesse della collettività alla salute implicato dalla vaccinazione non si esaurisce nel frenare la gravità del contagio da Covid-19 *sic et simpliciter*: a integrare quell'interesse, infatti, è anche la finalità di ridurre gli effetti rovinosi prodotti dalla diffusione del virus sulla capacità delle strutture sanitarie di offrire risposte appropriate e tempestive alla domanda di salute dei consociati affetti da patologie diverse dal SARS-CoV-2 ma che egualmente necessitano di cure e assistenza.

Da questo punto di vista, è merito della Corte aver mostrato la fallacia dell'argomento polemico, che è stato talvolta utilizzato durante la seconda fase delle campagne vaccinali, secondo il quale il vaccino, non impedendo al soggetto vaccinato di contrarre il Covid-19, da un lato non lo proteggeva

nella sua salute (individuale) e dall'altro lato non impediva il diffondersi del contagio, e pertanto sarebbe stato inidoneo a formare oggetto di un legittimo obbligo ai sensi dell'art. 32 Cost.

È vero che nella sent. n. 14/2023 l'argomentazione è tutta incardinata sull'obbligo rivolto al personale sanitario e sulle attività che esso è chiamato a svolgere all'interno delle strutture di cura, trattandosi della categoria più esposta al contagio (sia passivo che attivo, con il rischio per i pazienti più fragili). Ma resta il fatto che il beneficio atteso dal vaccino (e dunque l'interesse tutelato attraverso la sua imposizione) viene rintracciato nella riduzione percentuale della complessiva circolazione del virus, accertata attraverso la diminuzione del numero dei contagiati, del numero dei casi ricoverati e dell'entità dei decessi associati al Covid. E la ridotta circolazione del virus è circostanza determinante per evitare l'interruzione dei servizi sanitari (essenziali) rivolti all'intera collettività e ripristinare la continuità nell'erogazione delle cure a tutti. L'obbligo di vaccinazione anti-Covid per il personale sanitario, insomma, tutela l'interesse collettivo alla salute anche perché contribuisce a superare lo stato di stress del sistema sanitario nel suo complesso, chiamato ad affrontare sia le richieste di assistenza domiciliare, sia l'enorme incremento dei ricoveri con conseguente congestione delle strutture ospedaliere e dei reparti intensivi, sia la diminuzione di personale a causa del contagio, appunto, tra le categorie dei professionisti sanitari.

Altrettanto persuasivo è, infine, che la sent. n. 14/2023 abbia respinto l'assunto secondo cui, in luogo dell'obbligo vaccinale, si sarebbe potuto richiedere ai sanitari, con pari utilità e minore invasività, di effettuare test diagnostici dell'infezione (ossia tamponi). Una simile scelta alternativa, oltre a determinare costi insostenibili e un intollerabile sforzo per il sistema sanitario (tanto a livello logistico-organizzativo quanto per l'impiego di personale), non sarebbe stata praticabile con profitto, dal momento che «l'esito del test non è immediatamente disponibile rispetto al momento della sua effettuazione: esso, pertanto, nasce già "obsoleto", posto che l'esito può essere già stato superato da un contagio sopravvenuto nel frattempo, con il fisiologico rischio della presenza nei luoghi di cura di soggetti inconsapevolmente contagiati». In definitiva quindi, l'obbligo vaccinale per i sanitari ha una «valenza multipla» (evidenziata già nella relazione illustrativa del d.-l. n. 44/2021: salvaguarda l'operatore, protegge i pazienti dal contagio in ambiente assistenziale, difende l'operatività dei servizi sanitari e la qualità delle prestazioni erogate, contribuisce a perseguire gli obiettivi di sanità pubblica) che ne esclude il carattere non sproporzionato e lo rende preferibile rispetto alle soluzioni ritenute alternative (ma che in realtà alternative non sono, proprio perché prive della stessa valenza *multitasking*).

Donatella Morana

Principio di solidarietà, diritto alla salute e obblighi vaccinali

Può osservarsi, conclusivamente, che in questo approccio della giurisprudenza costituzionale sembra essere operante una rinnovata consapevolezza della stretta connessione intercorrente tra l'effettività del diritto alla salute (sia come libertà di cura sia come pretesa nell'accesso alle cure) e l'organizzazione dei servizi sanitari: connessione che deve essere tenuta presente tanto nell'ordinarietà degli interventi a tutela della salute quanto nelle fasi di emergenza sanitaria, senza peraltro che da ciò possa derivare una erronea concezione funzionalizzata della libertà di cura individuale. Nello stesso tempo (e non è un merito secondario) una simile impostazione è in grado di mostrare, altresì, come siano altrettanto multiple e polivalenti anche le direzioni verso le quali esplica i suoi effetti il principio di solidarietà sottostante alla disciplina dell'art. 32 Cost.

ABSTRACT: The aim of this paper is to examine the role of solidarity in relation to the constitutional protection of health. The main object of analysis is the solidaristic reasoning behind both the legislative impositions of health treatments, including compulsory vaccinations, and the compensation to be awarded in case of serious and permanent injuries resulting from vaccination (even when it is merely recommended). More generally, then, the principle of solidarity is reconstructed as a polyvalent factor of gradualness and balancing in the relationship between each individual's health freedom (i.e., freedom to choose his or her treatment) and the healthcare needs of the community. Finally, certain aspects of anti-Covid19 vaccine legislation and the resulting constitutional case-law are analyzed from this perspective.

KEYWORDS: principio di solidarietà – diritto alla salute – interesse collettivo alla salute – vaccinazione obbligatoria anti-Covid19 – giurisprudenza costituzionale

Donatella Morana – Professoressa ordinaria di Istituzioni di Diritto pubblico nell'Università di Roma Tor Vergata (morana@uniroma2.it)

La solidarietà tra i territori alla prova del regionalismo differenziato *

Stefania Mabellini

SOMMARIO: 1. La solidarietà interterritoriale tra regionalismo speciale.... – 2. ... e regionalismo differenziato. – 3. I livelli essenziali delle prestazioni: chiave o limite del regionalismo differenziato? – 4. La solidarietà tra i territori nel d.d.l. “Calderoli”.

1. La solidarietà interterritoriale tra regionalismo speciale...

È un dato di fatto che l’assetto regionale accolto dalla Costituzione implichi disuguaglianze tra i cittadini. D’altronde, la presenza delle autonomie regionali – e l’accettazione del policentrismo legislativo che ne deriva – naturalmente presuppone, in qualche misura, una differenziazione di strumenti e discipline normative, tanto da potersi concludere che «in uno Stato fondato sulle autonomie le differenze di disciplina su base territoriale sono un evento normale»¹.

Ed è altrettanto assodato che in qualsiasi ordinamento decentrato la ineliminabile tensione tra uniformità e differenziazione debba essere contenuta entro un «tasso di disuguaglianza accettabile»². Come osservato, infatti, «non si può rinunciare ad un minimo di uguaglianza di prestazioni senza rinunciare contemporaneamente all’unità politica»³.

Ebbene, non v’è dubbio che, su questo punto, il regionalismo differenziato previsto dall’art. 116, co. 3, Cost. ponga una sfida quanto mai audace, non solo per le dimensioni quantitative e qualitative dell’autonomia che può essere riconosciuta alle Regioni ordinarie – e, stando al tenore

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ Così, G. Mor, *Norme penali nelle materie regionali: il monopolio statale deve essere rivisto*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 1703 ss. Come osserva G. Falcone *Modello e transizione nel nuovo Titolo V della Parte seconda della Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 258, «proprio in quanto potestà regionale [...] essa istituzionalmente crea *disuguaglianza*».

² Così, G. Rossi – A. Benedetti, *La competenza legislativa statale esclusiva in materia di livelli essenziali*, in *Lav. pubbl. amm.*, suppl. al fasc. n. 1, 2002, p. 22 ss.

³ Cfr., J.J. González Encinar, *Lo Stato federale “asimmetrico”: il caso spagnolo*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, Padova, 1997, p. 74.

testuale, solo di esse⁴ –, ma anche per il procedimento che, a tale attribuzione differenziata, mette capo⁵.

Ci si riferisce al modello del negoziato bilaterale, che, fin qui applicato in relazione alle Regioni speciali, è destinato ad espandersi – se non a generalizzarsi – per effetto del regionalismo differenziato.

Un modello operativo il cui impatto di sistema non va sottovalutato, poiché la portata degli effetti degli accordi bilaterali conclusi tra lo Stato e una singola Regione non si esaurisce affatto alle due parti negoziali, ma produce inevitabilmente conseguenze indirette su tutte le altre⁶.

Basti considerare la questione della partecipazione al sistema di solidarietà fiscale nazionale da parte delle Regioni speciali, che godono, come noto, di uno specifico regime finanziario⁷ improntato al «principio secondo il quale i tributi erariali rimangono per la maggior parte sul

⁴ Cfr., in questo senso, A. Ruggeri, *Neoregionalismo, dinamiche della normazione, diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, 25 ottobre 2002, p. 19 ss.; Id., *Forma e sostanza dell'“adeguamento” degli statuti speciali alla riforma costituzionale del Titolo V (notazioni preliminari di ordine metodico-ricostruttivo)*, in *Le Regioni*, 2003, p. 361 ss.; A. Morrone, *Il regionalismo differenziato Commento all'art. 116, co. 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, p. 155 ss.; A. D'Atena, *A proposito della clausola di asimmetria*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2020, p. 317 ss.; Id., *Diritto regionale*, V ed., 2022, p. 308 ss.; E. Gianfrancesco, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, in *www.giurcost.org*, I, 2020, p. 41 ss. *Contra*, v., D. Galliani, *All'interno del Titolo V: le “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” di cui all'art. 116.3 Cost. riguardano anche le Regioni a Statuto speciale?*, in *Le Regioni*, 2003, p. 423 ss., M. Cecchetti, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, in *www.federalismi.it*, 13 dicembre 2002, p. 1 ss. È appena il caso di osservare che il comma 2 dell'art. 11 del d.d.l. n. 615 c.d. “Calderoli”, approvato in Senato, con riferimento alle Regioni a Statuto speciale e alle Province autonome di Trento e di Bolzano, si limita a ribadire l'applicazione dell'articolo 10 della l. cost. n. 3 del 2001. Tuttavia, la relazione illustrativa afferma che «sino all'adeguamento dei rispettivi Statuti» anche le Regioni a Statuto speciale e le province autonome «possono concludere intese per acquisire nuove competenze nelle materie indicate dall'articolo 116, terzo comma, della Costituzione». Su questo aspetto, criticamente, v., F. Pallante, *Il ddl Calderoli in tema di regionalismo differenziato. Una lettura critica*, in *Il Piemonte delle autonomie*, 2, 2023, p. 33 ss.

⁵ Per un approfondito inquadramento del processo di differenziazione, cfr., L. Violini, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l'attuazione dell'art. 116, III comma, Cost.*, Torino, 2021.

⁶ Emblematicamente, la Corte costituzionale nella sent. n. 220 del 2021, riprendendo la precedente n. 83 del 2019, afferma che «le norme incidenti sull'assetto finanziario degli enti territoriali “non possono essere valutate in modo ‘atomistico’, ma solo nel contesto della manovra complessiva, che può comprendere norme aventi effetti di segno opposto sulla finanza delle Regioni e degli enti locali”».

⁷ Sul «privilegio finanziario» assicurato alle Regioni speciali, v., L. Antonini, *L'assetto finanziario delle autonomie speciali e i vincoli di sistema*, in *www.ipof.it*, 1-2, 2016, p. 5.

territorio a cui sono riferibili»⁸. Partecipazione che la stessa legislazione attuativa del “federalismo fiscale” (la l. n. 42 del 2009)⁹, ha sostanzialmente rimesso al confronto bilaterale con lo Stato, sembrando quasi escludere che per le Regioni speciali la perequazione «comporti (...) un obbligo», ed anzi «lasciando nello stesso tempo balenare la promessa che possa realizzarsi attraverso un loro mero “concorso agli obiettivi di perequazione e di solidarietà”»¹⁰. Cosicché, come affermato dalla Corte costituzionale, il principio pattizio è assunto «quale strumento indefettibile, anche sotto il profilo procedurale, nella disciplina delle relazioni finanziarie tra Stato e autonomie speciali»¹¹, nonché “criterio guida” «per realizzare il necessario

⁸ Sent. n. 155 del 2015, su cui v., A. D’Atena, *Diritto regionale*, cit., p. 281 ss. Cfr., inoltre, E. Buglione, *Aspetti finanziari della specialità delle Regioni a statuto differenziato*, in A. Ferrara – G.M. Salerno (a cura di), *Le nuove specialità nella riforma dell’ordinamento regionale*, Milano, 2003, p. 213 ss.

⁹ L’art. 27, co. 1, della l. n. 42 del 2009, che pure prevede il concorso delle Regioni speciali e delle Province autonome «al conseguimento degli obiettivi di perequazione e di solidarietà ed all’esercizio dei diritti e doveri da essi derivanti, nonché al patto di stabilità interno e all’assolvimento degli obblighi posti dall’ordinamento comunitario», ne subordina la previsione al «rispetto degli statuti speciali», disponendo che essa debba avvenire «secondo criteri e modalità stabiliti da norme di attuazione dei rispettivi statuti, da definire, con le procedure previste dagli statuti medesimi». La Corte costituzionale ha, al riguardo, affermato che l’art. 27 ponga una riserva di competenza in favore delle norme di attuazione degli Statuti speciali per l’integrazione della disciplina del regime finanziario delle Regioni speciali (sent. n. 71 del 2012).

¹⁰ Così, C. Pinelli, *Sull’assetto della finanza delle Regioni a statuto speciale*, in *Giur. cost.*, 2012, p. 3654, per il quale inoltre, il principio pattizio non potrebbe più «considerarsi un Moloch inattaccabile». Come opportunamente osserva S. Bilardo, *La prospettiva statale sul coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria. Armonizzazione delle regole contabili, patto di stabilità e perequazione*, in R. Toniatti – F. Guella (a cura di), *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale*, Trento, 2014, p. 59, «[l]a questione è quindi quella di realizzare un sistema di regolazione delle modalità di partecipazione delle Regioni speciali al meccanismo nazionale di perequazione, che permetta di conservare un’autonomia differenziata senza che questa sia percepita come un privilegio sul piano finanziario».

¹¹ In questi termini la sent. n. 155 del 2015. Ciò non toglie che la Corte costituzionale ritenga applicabili alle Regioni speciali i principi di coordinamento della finanza pubblica (v., tra le tante, sentt. nn. 353 del 2004, 169 del 2007, 82, 117, 176, 238 del 2015, 241 del 2018). Emblematica la sent. n. 40 del 2016, in cui la Corte costituzionale afferma che per l’applicazione alle Regioni speciali dei principi di coordinamento della finanza pubblica «merita certo di essere privilegiata la via dell’accordo, ma, in casi particolari, il principio desunto dall’art. 27 della legge 5 maggio 2009, n. 42 (Delega al Governo in materia di federalismo fiscale, in attuazione dell’articolo 119 della Costituzione), può essere derogato dal legislatore statale». Sull’oscillazione del regime delle Regioni speciali tra omologazione e differenziazione v., A. D’Atena, *La specialità regionale tra deroga ed omologazione*, in *www.ipof.it*, 1-2, 2016, p. 1 ss.; Id., *Diritto regionale*, cit., p. 281 ss.

bilanciamento tra le ragioni di salvaguardia delle autonomie speciali, quelle di realizzazione del federalismo solidale e quelle di tutela degli equilibri di bilancio, intesi questi ultimi come riferiti sia alle singole autonomie che al sistema della finanza pubblica allargata»¹².

2. ... e regionalismo differenziato

All'ampliamento delle competenze reso possibile dall'art. 116, co. 3, Cost. si perviene, dunque, ricorrendo al sistema pattizio, il quale rappresenta il perno del procedimento di accesso al regionalismo differenziato¹³. Il risultato a cui si perviene è, come osservato, che «i due circuiti di autonomia», quello ordinario e quello speciale, «non si configurano più come rette parallele prive di punti di contatto, ma come elementi di un sistema fluido, nel quale, nonostante la persistenza di elementi distintivi innegabili, i confini tra le due figure tendono a confondersi»¹⁴.

Ma non è tutto. Le trattative bilaterali tra lo Stato e la Regione richiedente – ben al di là del ruolo meramente consultivo o propositivo assegnato alle Commissioni paritetiche per l'attuazione degli Statuti speciali – assumono un carattere deliberativo¹⁵ e si estendono a comprendere viepiù l'attribuzione di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia, concernenti le materie” – sulle quali, invece, tuttora le Regioni speciali non

¹² Così, ancora la sent. n. 155 del 2015, che afferma, peraltro, l'esigenza che, in linea di principio, le Regioni speciali contribuiscano alla realizzazione dei vincoli di perequazione e di solidarietà. Cfr., T. Cerruti, *Le Regioni speciali fra perequazione e coordinamento della finanza pubblica*, in *www.rivistaic.it*, 1, 2017, p. 1 ss.

¹³ Come rilevato da G. Falcon, *Il regionalismo differenziato alla prova, diciassette anni dopo la riforma costituzionale*, in *Le Regioni*, 2017, p. 630, «ciò che rimane caratteristico del meccanismo istituzionale dell'art. 116, terzo comma, è, più che la delimitazione del suo ambito alle specifiche materie in esso indicate, la sua logica *differenziale*. Esso abilita il legislatore statale, attraverso il meccanismo procedurale rinforzato, a legiferare per singole Regioni. Il suo senso consiste nell'individualizzare il rapporto tra lo Stato e ciascuna Regione destinataria, nel creare una relazione di specie che si innesta in quella di genere. Esso consente una *legge speciale* per ciascuna Regione che abbia la volontà di richiederlo e la forza – e augurabilmente i requisiti sostanziali, pur non codificati – necessari per ottenerla; evidenzia il “confronto competitivo” tra Stato e Regioni, C. Buzzacchi, *Il modello di differenziazione dell'art. 116 Cost.: quando l'asimmetria degenera in disuguaglianza*, in *Democrazia e Diritto*, 2023, p. 23 ss.

¹⁴ Così, A. D'Atena, *Le trasformazioni della specialità regionale, le leggi statutarie e la forma di governo*, in *www.rivistaic.it*, 3, 2023, p. 111.

¹⁵ Cfr., A. D'Atena, *A proposito della clausola di asimmetria*, cit., p. 325 ss.

sono ammesse ad incidere se non con funzione consultiva¹⁶ –, accogliendo così uno dei tratti più caratterizzanti, ma anche più delicati¹⁷, dell'esperienza regionale spagnola e approdando ad una sostanziale deroga negoziata del riparto costituzionale¹⁸.

Vero è che l'ampliamento di competenze che, stando al tenore testuale del disposto, “può” essere attribuito tramite il regionalismo differenziato – lungi dall'essere un atto dovuto – ha carattere facoltativo¹⁹ ed è, in definitiva, rimesso ad una decisione politica delle Camere²⁰, le quali – nella fase delle trattative – non dovrebbero considerarsi tenute a negoziare su ogni richiesta proveniente dalle Regioni o a motivare i punti di dissenso e le divergenze con la Regione, sulla falsariga dei modelli collaborativi. Modelli, questi ultimi, che incidono, invece, sull'esercizio di competenze di cui sono già titolari le Regioni²¹.

Vero è, dunque, che l'effettiva condizione di autonomia che potrebbe essere riconosciuta alle Regioni richiedenti altro non è che il risultato – non predeterminato in base alla disciplina costituzionale²² – della negoziazione

¹⁶ Ci si riferisce al fatto che in relazione agli Statuti speciali non sia prevista la costituzionalizzazione del principio dell'intesa e della natura pattizia degli Statuti stessi, nonostante i due tentativi operati, in questo senso, con le riforme costituzionali del 2005 e del 2016 (l. cost. recante «Modifiche alla Parte II della Costituzione», pubblicata in G.U. n. 269 del 18 novembre 2005 e l. cost. recante: «Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione», pubblicata in G.U. n. 88 del 15 aprile 2016), entrambe concluse con l'esito negativo dei rispettivi referendum costituzionali (25-26 giugno 2006, 4 dicembre 2016).

¹⁷ Cfr., A. D'Atena, *Pedagogia spagnola e tedesca per le riforme italiane*, in *Rass. parl.*, 2007, p. 419 ss.

¹⁸ Cfr., M. Cecchetti, *La differenziazione delle forme e condizioni dell'autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit., p. 7, che individua nella legge ex art. 116, co. 3 Cost. uno «strumento “negoziato” per l'introduzione di deroghe in senso ampliativo dell'autonomia di una singola Regione».

¹⁹ Su tale “modello facoltativo”, cfr., C. Buzzacchi, *Uniformità e differenziazione nel sistema delle autonomie*, Milano, 2003, p. 144.

²⁰ Cfr., già in questo senso, M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, in *www.federalismi.it*, 6, 2019, p. 8 ss.

²¹ Cfr., in questo senso, ancora M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., p. 8 ss.

²² V., su questo punto, con riferimento all'esperienza spagnola, G. Rolla, *L'evoluzione dello Stato regionale in Italia: tra crisi del regionalismo omogeneo e aspirazioni a un'autonomia asimmetrica dei territori*, in *Le Regioni*, 2019, p. 181.

politica tra lo Stato e la singola Regione ordinaria che aspira alla differenziazione.

Tuttavia, non può sottovalutarsi la duplice conseguenza che ne deriva. Da un lato, in base al principio cooperativo, la legge statale prevista dall'art. 116, co. 3, Cost. non potrebbe discostarsi dall'intesa conclusa con la Regione²³; dall'altro, il regime differenziato, una volta attribuito, non sarebbe unilateralmente reversibile, essendo, la sua modifica, improntata al medesimo principio pattizio e alle medesime forme previste nell'art. 116, co. 3, Cost.²⁴.

Ebbene, è verosimile che, rimettendo il regime finanziario delle Regioni differenziate ad accordi bilaterali, si ripropongano in relazione a queste ultime le medesime criticità – già osservate a proposito delle Regioni speciali – per la realizzazione di una programmazione finanziaria unitaria, con effetti anche sulla salvaguardia delle esigenze perequative.

Un rischio tutt'altro che ipotetico, come risulta evidente dall'esame delle intese preliminari concluse, nella XVII Legislatura, dalle Regioni Lombardia, Veneto ed Emilia-Romagna, le quali, ancorché con percorsi non sempre coincidenti, hanno interrotto il lungo periodo di ibernazione²⁵

²³ Per il rilievo che l'intesa «si attegga a norma interposta, la violazione della quale ridonda in violazione dell'art. 116, comma 3, Cost.», A. D'Atena, *Diritto regionale*, cit., p. 385; Id., *L'art. 116, u.c., Cost. alla prova dell'applicazione. Profili procedurali*, in *Rass. parl.*, 2018, p. 185 ss. V., anche, R. Toniatti, *L'autonomia regionale ponderata: aspettative ed incognite di un incremento delle asimmetrie quale possibile premessa per una nuova stagione costituzionale del regionalismo italiano*, in *Le Regioni*, 2017, p. 656 ss., per il quale «la previa intesa è qualificabile quale fattore che condiziona la legittimità costituzionale della legge rinforzata: la "legge approvata (...) sulla base di intesa fra lo Stato e la regione interessata" indica la distinzione fra i due atti ma postula l'identità del rispettivo contenuto in relazione a quelle norme sulle quali si è formata una volontà consensuale fra lo Stato – attraverso il Governo – e la Regione».

²⁴ Cfr., A. D'Atena, *A proposito della clausola di asimmetria*, cit., p. 327 ss. Sulla possibilità di prevedere una clausola che disponga un termine di efficacia del regime differenziato, v., M. Cecchetti, *Attuazione della riforma costituzionale del Titolo V e differenziazione delle Regioni di diritto comune*, cit., 21 ss.; A. D'Atena, *L'art. 116, u.c., Cost. alla prova dell'applicazione. Profili procedurali*, cit., p. 192 s.; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., p. 37; G. Tarli Barbieri, *Verso un regionalismo differenziato o verso un regionalismo confuso? Appunti sulla (presunta) attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost.*, in *www.osservatoriosullefonti.it*, 2, 2019, p. 30 ss. La provvisorietà delle intese è disposta anche dal d.d.l. "Calderoli" (art. 7, co. 1).

²⁵ Rileva che l'art. 116, co. 3, Cost. da «cenerentola del Titolo V potrebbe avviarsi a diventare presto la principessa, con una sorte che trasformerebbe un regime eccezionale nella nuova linfa dell'intero sistema dei rapporti tra Stato e Regioni», F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 2017, p. 690 ss.

dell'art. 116, co. 3, Cost., suscitando, peraltro, l'interesse anche di altre Regioni²⁶.

Infatti, tali bozze di intese (febbraio 2019)²⁷ rimettevano ad una Commissione paritetica tra lo Stato e la singola Regione la esatta definizione delle materie e del finanziamento delle funzioni, in un momento successivo all'approvazione della legge rinforzata da parte del Parlamento²⁸, che sarebbe stata ridotta, in definitiva, ad un "testo vuoto"²⁹.

Ad ogni modo, sul percorso di accesso al regionalismo differenziato, si registra nel corso della XVIII Legislatura, un cambiamento di rotta, che – in sintonia con alcuni precedenti tentativi³⁰ – presuppone l'opportunità di una legge di attuazione dell'art. 116, co. 3, Cost.³¹. Si è così giunti, dapprima,

²⁶ Nella XVIII Legislatura hanno formalizzato la volontà di avviare il percorso per conseguire ulteriori forme di autonomia le Regioni Piemonte, Lazio, Liguria, Toscana, Umbria, Marche e Campania (v., Senato della Repubblica, Servizio studi, *Verso un regionalismo differenziato: le Regioni che non hanno sottoscritto accordi preliminari con il Governo*, Dossier n. 45). Cfr. E. Gianfrancesco, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, cit., p. 47, per il quale non pare «incompatibile con il modello costituzionale la prospettiva di un accesso ampio delle Regioni italiane al modello della differenziazione, nel senso di un'utilizzazione da parte di un numero consistente od al limite di tutte le Regioni ordinarie».

²⁷ Per un analitico esame dei testi degli accordi conclusi nel 2018 e del 2019, cfr., F. Pallante, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, in www.federalismi.it, 6, 2019, p. 1 ss.; Id., *Ancora nel merito del regionalismo differenziato: le nuove bozze di intesa tra Stato e Veneto, Lombardia ed Emilia-Romagna*, in www.federalismi.it, 20, 2019, p. 1 ss.

²⁸ Cfr., R. Bin, *L'insostenibile leggerezza dell'autonomia "differenziata": allegramente verso l'eversione*, in www.forumcostituzionale.it, 16 marzo 2019, per il quale è ravvisabile un «aspetto eversivo» in queste intese, poiché «[i]nvece di presentare al voto delle Camere l'indicazione analitica delle "maggiori competenze" riconosciute alla singola regione richiedente, in deroga all'assetto generale fissato dalla Costituzione, si limita a rinviare il "riempimento" del trasferimento nelle singole materie ad atti successivi. A farlo in seguito saranno infatti dei decreti del Presidente del Consiglio dei ministri, il cui testo sarà concordato in una inedita commissione paritetica».

²⁹ ... per riprendere l'espressione di A. Lucarelli, *Regionalismo differenziato e incostituzionalità diffuse*, in *Diritto Pubblico Europeo Rassegna online*, 2, 2019, p. 8.

³⁰ Su cui, si veda, V.P. Grossi, *L'evoluzione del ruolo della legge quadro nel sistema dell'art. 116, co. 3, Cost.: posizioni dottrinarie e funzione politica*, in www.ipof.it, 2, 2023, p. 49 ss.

³¹ Sul tema, cfr., F. Pizzetti, *Le intese per l'attuazione dell'art.116*, in www.forumcostituzionale.it, 10 dicembre 2001; A. Morrone, *Il regionalismo differenziato Commento all'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *Federalismo fiscale*, 2007, p. 154, per il quale «l'opportunità di una legge generale pare giustificata da una ragione essenziale. Evitare, come dimostra l'esperienza delle intese con le confessioni diverse dalla cattolica, procedure e discipline diversificate almeno nei nodi essenziali e generali. In definitiva, proprio il

alla elaborazione di una bozza di legge quadro, la c.d. “Bozza Boccia”³², poi, nella successiva Legislatura, alla presentazione di un nuovo disegno di legge c.d. “Calderoli”, approvato dal Senato il 23 gennaio 2024³³.

Il testo, pur recuperando l’esperienza precedente³⁴ – come dimostra la scelta di “scongellare” gli accordi preliminari già sottoscritti dalle Regioni Veneto, Lombardia, Emilia-Romagna (art. 11, co. 1) – segna, rispetto ad essa, significativi profili di discontinuità, non soltanto in relazione al procedimento da seguire per l’elaborazione dell’intesa (art. 2)³⁵.

Tale disciplina legislativa “attuativa” dell’art. 116, co. 3, Cost. persegue, infatti, un più deciso tentativo di mitigare la logica bilaterale. Per un verso, essa prevede il parere – ancorché non vincolante – della Conferenza unificata sullo schema di intesa preliminare negoziato tra lo

maggior tasso di autonomia che attraverso il regionalismo differenziato viene iniettato nel sistema costituzionale richiede prestazioni in termini di unità»; R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, in *www.rivistaaic.it*, 4, 2019, p. 260 ss., per il quale (pag. 264) al fine di «predisporre un iter comune a tutte le Regioni, sottraendole così alla tirannia o al consenso della maggioranza di turno, una legge che ponesse pochi principi procedurali riguardanti soprattutto i presupposti per potere procedere con le richieste potrebbe rappresentare un elemento di garanzia per il principio di unità della Repubblica»; A. Patroni Griffi, *Regionalismo differenziato e uso congiunturale delle autonomie*, in *Diritto Pubblico Europeo, Rassegna online*, 2, 2019, p. 29 ss.; A. Morelli, *Fonti e procedimenti dell’asimmetria*, in *www.federalismi.it*, 5, 2020, p. 84 ss.; nonché, in senso critico, B. Caravita, *La Costituzione dopo la riforma del Titolo V. Stato, Regioni e autonomie fra Repubblica e Unione europea*, Torino, 2002, p. 144, M. Cecchetti, *La differenziazione delle forme e condizioni dell’autonomia regionale nel sistema delle fonti*, cit., p. 9; F. Pallante, *Il ddl Calderoli in tema di regionalismo differenziato. Una lettura critica*, cit., p. 32 ss.; Id., *Le molteplici criticità del DDL Calderoli*, in *Democrazia e Diritto*, 2023, p. 94 ss. Per una ricostruzione dettagliata della genesi dell’idea di una legge di attuazione dell’art. 116, co. 3, Cost., v., S. Mangiameli, *Editoriale, Errori e mancata attuazione costituzionale. A proposito di regionalismo e regionalismo differenziato*, in *www.dirittiregionali.it*, 1, 2023, p. 27 ss.

³² Bozza trasmessa dal Ministro per gli Affari regionali alla Conferenza Stato-Regioni, pubblicata dalla rivista *Roars* l’11 novembre 2019. In seguito, il disegno di legge, recante “Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata di cui all’articolo 116, terzo comma, Cost.” è stato inserito dal Governo nella nota di aggiornamento al DEF 2020 tra quelli collegati alla manovra di bilancio.

³³ A.S. n. 615, “Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario ai sensi dell’articolo 116, terzo comma, della Costituzione”, assegnato il 26 aprile 2023 alla Commissione Affari Costituzionali del Senato, che ha apportato alcuni emendamenti al testo di iniziativa del Governo.

³⁴ Problematicamente, v., G. Tarli Barbieri, *Profili della differenziazione regionale*, in *Le Regioni*, 2023, p. 63 ss. Sul cammino verso la differenziazione ripreso nel 2017, v., L. Violini, *Una forma di Stato a regionalismo differenziato? Percorsi e argomenti per l’attuazione dell’art. 116, III comma, Cost.*, cit., p. 89 ss.

³⁵ Cfr. G. Tarli Barbieri, *Profili della differenziazione regionale*, cit., p. 70 ss.

Stato e la singola Regione (art. 2, co. 4), per l'altro sottrae alla negoziazione tra le parti alcuni spazi di decisione, predeterminandoli in via generale³⁶.

Ebbene, sul fronte dei rapporti tra Parlamento e Governo, non sembra irragionevole che il primo, con legge, tracci le coordinate procedurali entro cui il secondo è tenuto a muoversi, né manca, in Costituzione, un titolo idoneo a fondare tale competenza legislativa statale³⁷.

Quanto ai limiti di contenuto, qualche perplessità potrebbe suscitare il fatto che la legge pretenda di condizionare le trattative politiche tra Governo e Regione e, ancorché solo di riflesso, la successiva legge statale “sulla base di intesa”³⁸, ritenendosi, pertanto, preferibile la via – tutt'altro che inutile³⁹ – degli atti di indirizzo delle Camere⁴⁰, a cui, in effetti, lo stesso

³⁶ Come osserva A. Sterpa, *Quale, delle tante autonomie? Una lettura differente del “regionalismo differenziato”*, in *www.ipof.it*, 1, 2023, p. 68, pare che «sulla “legge di attuazione” del regionalismo differenziato si siano proiettate tutte le esigenze politiche di gestione delle scelte in materia di “ulteriore autonomia” trasformando una legge inizialmente proposta solamente per dare ordine procedurale nel luogo di risoluzione anticipata dei conflitti politici che possono emergere nella fase di redazione delle intese».

³⁷ Ci si riferisce alla competenza esclusiva in materia di organi dello Stato (art. 117, co. 2, lett. f, Cost.), messa in evidenza da A. D'Atena, *A proposito della clausola di asimmetria*, cit., p. 332.

³⁸ V., S. Pajno, *Il regionalismo differenziato tra principio unitario e principio autonomista: tre problemi*, in *www.federalismi.it*, 5, 2020, p. 129, per il quale «senz'altro meritevole è inoltre l'intento di costruire una cornice comune alle diverse iniziative di differenziazione, anche se da questo punto di vista appare assai dubbia la possibilità, per le disposizioni in esame, di vincolare in qualsiasi modo il contenuto della differenziazione, posto che in ogni caso il regime autonomistico particolare troverà la sua disciplina nella legge approvata ex art. 116, terzo comma, Cost., la quale evidentemente nessun impedimento giuridicamente efficace potrà trovare in una precedente legge ordinaria». Dubita della possibilità che la legge di attuazione possa «porre principi vincolanti i contenuti dell'intesa, tali contenuti, al più, potranno costituire punti di riferimento per il Governo, ma non tali da viziare l'intesa e la legge di recepimento della stessa»: G. Tarli Barbieri, *Profili della differenziazione regionale*, cit., 70.

³⁹ Da un lato, infatti, l'inutilità è scongiurata dal fatto che il Parlamento resta pur sempre il *dominus* della successiva approvazione della legge “sulla base di intesa” e non è inverosimile che lo scostamento del Governo dai suoi indirizzi preliminari possa determinare l'esito negativo della deliberazione nelle Camere. Dall'altro, l'allineamento dell'intesa agli indirizzi preventivamente espressi dal Parlamento giustificerebbe un legittimo affidamento in capo alla Regione stessa sull'adozione da parte delle Camere della legge di attribuzione del regime differenziato, secondo dinamiche più tipicamente cooperative.

⁴⁰ Cfr., L. Violini, *I procedimenti per l'attuazione del regionalismo differenziato: luci e ombre dell'art. 116, comma 3, della Costituzione*, in *www.ipof.it*, 1, 2019, p. 8 ss.; R. Dickmann, *Note in tema di legge di attribuzione di “ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia” ai sensi dell'art.*

d.d.l. “Calderoli” fa ampio ricorso nelle fasi di elaborazione delle singole intese⁴¹.

Ad ogni buon conto, sul fronte delle materie negoziabili, il d.d.l. “Calderoli”, nel testo approvato in Senato, si limita a prevedere – più che altro, forse, per contenere le «richieste “totalitarie”»⁴² da parte delle Regioni – che «al fine di tutelare l’unità giuridica ed economica» il Presidente del Consiglio dei Ministri possa «limitare l’oggetto del negoziato ad alcune materie individuate dalle Regioni nell’atto di iniziativa» (art. 2, co. 2). Non si spinge, quindi, a condizionare l’oggetto del negoziato tra le parti escludendo preventivamente alcune materie, nonostante sia evidente che le materie “differenziabili” *ex* art. 116, co. 3, Cost., non siano «“tutte uguali”»⁴³, tanto che la effettiva cessione di alcune di queste si presenterebbe problematica per la tenuta del principio unitario (si pensi alle “norme generali sull’istruzione”, alla “tutela dell’ambiente, dell’ecosistema e dei beni culturali”, alle “grandi reti di trasporto e di navigazione”).

Inoltre, sul fronte dei limiti sostanziali al negoziato, sembrerebbe non illegittima la previsione contenuta nel d.d.l. “Calderoli”, nel testo approvato in Senato, la quale stabilisce che, all’avvio del negoziato, il Presidente del Consiglio dei Ministri «[tenga] conto del quadro finanziario» della Regione richiedente (art. 2, co. 1). Del resto, lo Stato non manca di titoli competenziali in materia. Basti considerare il “coordinamento della finanza pubblica e del sistema tributario”, di cui all’art. 117, co. 3, Cost., materia bensì di competenza concorrente – e quindi apparentemente non esclusa dalla differenziazione *ex* art. 116, co. 3, Cost. –, ma, come osservato,

116, terzo comma, Cost., in *www.federalismi.it*, 5, 2019, p. 4 ss.; A. D’Atena, *A proposito della clausola di asimmetria*, cit., p. 322 ss.; nonché, anche se in relazione alla eventuale non approvazione della legge sulla base di intesa da parte del Parlamento, F. Cortese, *La nuova stagione del regionalismo differenziato: questioni e prospettive, tra regola ed eccezione*, in *Le Regioni*, 2017, p. 707.

⁴¹ Problematicamente, su tale partecipazione del Parlamento al procedimento tramite l’approvazione di atti di indirizzo sugli schemi di intesa preliminari, Astrid, *Paper 93, L’autonomia regionale “differenziata” e la sua attuazione: questioni di procedura e di metodo*, in *astrid-online.it*, 2023, p. 22 ss.

⁴² Così, A. D’Atena, *A proposito della clausola di asimmetria*, cit., 330, che ne evidenzia l’«indiscutibile elemento di squilibrio del sistema». Cfr., R. Bifulco, *I limiti del regionalismo differenziato*, cit., p. 265 ss.; E. Gianfrancesco, *L’attuazione dell’art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, cit., p. 46 ss.

⁴³ Così, G. Tarli Barbieri, *Profili della differenziazione regionale*, cit., p. 66.

«strutturalmente non devolvibil[e]», in quanto caratterizzata da «una struttura che richiede intrinsecamente un coordinamento centrale»⁴⁴.

Ne potrebbe derivare l'effetto di scoraggiare la richiesta del regime differenziato da parte delle Regioni commissariate o in piano di rientro, per le quali esso potrebbe rappresentare, come si osserva, un «espedito per risolvere la difficoltà»⁴⁵ economica in cui versino. Si tratta, a ben guardare, del tentativo di recuperare una forma di condizionalità finanziaria, che aveva invero trovato più opportuno accoglimento nella riforma costituzionale c.d. «Renzi-Boschi», la quale intendeva integrare l'art. 116 Cost. ponendo, come presupposto per l'accesso della Regione alla differenziazione, la «condizione di equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio».

3. I livelli essenziali delle prestazioni: chiave o limite del regionalismo differenziato?

Sul fronte dei limiti al regionalismo differenziato indicati dal d.d.l. «Calderoli», la questione centrale è, però, quella dei livelli essenziali delle prestazioni⁴⁶, definiti dalla Corte costituzionale come «*standard* strutturali e qualitativi di prestazioni che, concernendo il soddisfacimento di diritti civili e sociali, devono essere garantiti, con carattere di generalità, a tutti gli aventi diritto»⁴⁷.

Non è una novità, d'altro canto, che la salvaguardia dell'unitarietà della cittadinanza sia il nodo più delicato del regionalismo differenziato e che in questo contesto, giochi un ruolo particolarmente rilevante la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni che garantiscono i

⁴⁴ Così, M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., p. 13.

⁴⁵ Cfr., V. Antonelli, *Regionalismo sanitario. Verso una sanità a macchia di leopardo?*, in *sanita24.ilsole24ore.com*, 13 febbraio 2019. Cfr., inoltre, sul punto, G. Tarli Barbieri, *Profili della differenziazione regionale*, cit., p. 58 ss.; E. Gianfrancesco, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, cit., p. 47, nt. 62, il quale sottolinea la «difficile ammissibilità di un accesso alla stessa negoziazione di un'intesa ex art. 116, terzo comma, Cost., per Regioni in regime di commissariamento ex art. 120, secondo comma, Cost.».

⁴⁶ Cfr., A. Sterpa, *Quale, delle tante autonomie? Una lettura differente del "regionalismo differenziato"*, cit., p. 71, per il quale «da definizione dei LEP non costituisce una condizione giuridica necessaria per l'attuazione dell'art. 116 Cost.; ne è divenuta in ogni caso condizione politica».

⁴⁷ Così, tra le altre, le sentt. nn. 387 del 2007, 50 e 168 del 2008, 322 del 2009, 121 del 2014.

diritti civili e sociali su tutto il territorio nazionale⁴⁸, i quali, come già affermato dalla Corte costituzionale⁴⁹, si indirizzano anche nei confronti delle Regioni speciali.

Non può farsi a meno di rilevare che, nell'ottica del superamento dei persistenti divari territoriali, l' "imprescindibilità" del processo di definizione e finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni sia stata, nell'ultimo ventennio, più volte enfatizzata⁵⁰ e ancora di recente ribadita dalla Corte costituzionale⁵¹, che, peraltro, continua a «valutare negativamente il perdurante ritardo dello Stato nel definire i LEP, i quali indicano la soglia di spesa costituzionalmente necessaria per erogare le prestazioni sociali di natura fondamentale, nonché "il nucleo invalicabile di garanzie minime" per rendere effettivi tali diritti»⁵².

Difatti, come osservato, «il ritardo nella definizione dei LEP rappresenta un ostacolo non solo alla piena attuazione dell'autonomia

⁴⁸ Sull'esigenza di salvaguardare l'unitarietà della "cittadinanza sociale" dal rischio della frammentazione, che potrebbe, in ipotesi, derivare da un processo di decentramento attuato senza «rete», M. Luciani, *A mo' di conclusione: le prospettive del federalismo in Italia*, in A. Pace (a cura di), *Quale, dei tanti federalismi?*, cit., p. 259; C. Pinelli, *I livelli essenziali delle prestazioni*, in *Riv. giur. Mezz.*, 2018, p. 771, per il quale la clausola dei livelli essenziali esprime «un'istanza non aggirabile e non fungibile di armonizzazione e temperamento fra i due principi supremi dell'eguaglianza e del pluralismo autonomistico, rispettivamente sanciti dagli artt. 3 e 5 della Costituzione». Sul punto, v., la sent. Corte cost. n. 88 del 2003, in cui si riconosce, nella competenza contenuta nella lett. *m*), «un fondamentale strumento per garantire il mantenimento di una *adeguata uniformità di trattamento sul piano dei diritti di tutti i soggetti*, pur in un sistema caratterizzato da un livello di autonomia regionale e locale decisamente accresciuto».

⁴⁹ In questo senso, v., sentt. nn. 203 del 2012 e 121 del 2014.

⁵⁰ Si vedano, tra le più recenti, le sentt. nn. 62 del 2020, 220 del 2021, 142 del 2021.

⁵¹ Sent. n. 71 del 2023.

⁵² Sent. n. 220 del 2021, che richiama espressamente le già citate nn. 62 del 2020 e 142 del 2021. V., inoltre, la sent. n. 65 del 2016, nella quale, richiamando la precedente n. 273 del 2013, la «Corte osserva (...) che non erra la Regione ricorrente nel sottolineare l'utilità della determinazione, da parte dello Stato, ai sensi dell'art. 117, secondo comma, lettera *m*), Cost., dei livelli essenziali delle prestazioni per i servizi concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale». Tale intervento «offrirebbe, infatti, alle Regioni un significativo criterio di orientamento nell'individuazione degli obiettivi e degli ambiti di riduzione delle risorse impiegate, segnando il limite al di sotto del quale la spesa – sempreché resa efficiente – non sarebbe ulteriormente comprimibile». Cfr., C. Buzzacchi, *LEA, costi, fabbisogni e copertura finanziaria: le categorie di riferimento per la finanza regionale presente e in corso di differenziazione*, in *www.dirittiregionali.it*, 3, 2019; Id., *Il sistema di finanziamento delle Regioni ad autonomia differenziata nel quadro dell'art. 119 Cost.: il federalismo asimmetrico come variabile di quello simmetrico*, in *www.giurcost.org* (*Liber amicorum per Pasquale Costanzo*), 31 ottobre 2019.

finanziaria degli enti territoriali, ma anche al pieno superamento dei divari territoriali nel godimento delle prestazioni inerenti ai diritti sociali»⁵³.

Per di più, è sottesa, nella determinazione dei livelli essenziali, la «necessaria correlazione» con la perequazione finanziaria⁵⁴. Infatti, nella differenza tra il costo delle prestazioni da erogare⁵⁵ e le risorse fiscali dell'ente risiede una delle ragioni che giustificano l'accesso ai meccanismi perequativi individuati nell'art. 119 Cost.⁵⁶.

D'altronde, i meccanismi perequativi, alimentati, al pari dei tributi, dalla fiscalità, ne condividono appieno la *ratio* redistributiva⁵⁷, rappresentando un fondamentale strumento per bilanciare l'istanza autonomistica con gli obiettivi di eguaglianza sostanziale sottesi al disposto dell'art. 117, co. 2, lett. *m*), Cost.⁵⁸. In questa prospettiva, i fondi perequativi

⁵³ Così, ancora la n. 220 del 2021.

⁵⁴ Così, C. Pinelli, *Sull'assetto della finanza delle Regioni a statuto speciale*, cit., p. 3653.

⁵⁵ È appena il caso di ricordare che il superamento del criterio della spesa storica in favore di quello del fabbisogno standard era previsto già dalla l. 42 del 2009, in materia di federalismo fiscale (art. 8, comma 1). Cfr., A. Brancasi, *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale*, in *Diritto pubblico*, 2002, p. 926 ss. il quale rileva che «[m]ediante la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni viene esercitato un potere conformativo che condiziona le politiche di settore, anche quelle altrui, e che costringe altri enti ad affrontare determinati costi, ponendo così il problema delle risorse di cui questi hanno la disponibilità e della sufficienza di tali risorse».

⁵⁶ V., sul punto, A. Brancasi, *Uguaglianze e disuguaglianze nell'assetto finanziario di una Repubblica federale*, cit., p. 927, il quale sottolinea che «la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni serve a garantire una situazione di uguaglianza degli individui su tutto il territorio nazionale, ma pone a sua volta un problema di uguaglianza, nel senso che richiede misure perequative nel sistema di finanziamento degli enti».

⁵⁷ L'assimilazione della funzione redistributiva del tributo a quella propria del sistema perequativo è affermata da C. Mortati, *Le forme di governo*, Padova, 1973, p. 63, che chiarisce che il sistema tributario è volto a richiedere una contribuzione ai consociati in vista di una redistribuzione perequativa di una parte della stessa ricchezza raccolta.

⁵⁸ Cfr., C. Buzzacchi, *La solidarietà tributaria. Funzione fiscale e principi costituzionali*, Milano, 2011, *passim*, spec. p. 30 ss. e p. 95 ss. V., inoltre, C. Pinelli, *I livelli essenziali delle prestazioni*, cit., p. 776 s., per il quale «[s]e la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni non può non essere riferita all'ambito nazionale, quella del fondo perequativo, nella parte in cui è destinato a finanziarli, non può escludere alcune Regioni senza violare il principio di eguaglianza fra cittadini. Indipendentemente da ogni considerazione sul trattamento finanziario più favorevole di cui le autonomie speciali si sono storicamente avvalse, è un fatto che l'operazione perequativa riguarda così una porzione di territorio ben più ristretta del territorio nazionale, come testualmente e logicamente richiesto dal vincolo costituzionale dell'omogeneità dei livelli di prestazione».

– ai quali è sottesa una «finalità di equità sostanziale interterritoriale»⁵⁹ – «realizzano quelle istanze solidaristiche necessarie a dare equilibrio all'intero sistema dei diritti consentendo, quindi, di riempire di contenuto quella che viene definita la cittadinanza sociale»⁶⁰.

4. *La solidarietà tra i territori nel d.d.l. "Calderoli"*

Non sorprende, pertanto, che si sia progressivamente fatta strada l'idea che la definizione dei livelli essenziali sia prioritaria rispetto alla concreta individuazione delle funzioni da trasferire alle Regioni richiedenti il regime differenziato⁶¹.

Dal canto suo, il d.d.l. "Calderoli" ne regola il procedimento per la determinazione⁶² – nonché per la successiva modifica, alla cui osservanza sono tenute anche le Regioni differenziate⁶³ – ed evoca, altresì, il ricorso ai meccanismi perequativi, da ritenersi inclusi nel limite dei "principi di cui all'art. 119 Cost."

Vero è che già nella "bozza Boccia" si prospettava una connessione tra differenziazione e livelli essenziali delle prestazioni.

Tuttavia, non può trascurarsi che questa ammetteva la possibilità di rinviarne la definizione ad un momento successivo, ancorché non superiore ai dodici mesi, con il risultato di propiziare il consolidamento delle posizioni di vantaggio, nel frattempo eventualmente conseguite dalle Regioni più solerti (art. 1, co. 1, lett. e). Tanto più che tale testo si limitava a prendere in

⁵⁹ Così, F. Saitto, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, in *Giur. cost.*, 2010, p. 2834. Rileva la «timidezza con cui è affrontata la questione della perequazione tra i territori» nell'art. 119 Cost., G. Pitruzzella, *Problemi e pericoli del "federalismo fiscale" in Italia*, in *Le Regioni*, 2002, p. 981.

⁶⁰ In questi termini, ancora, F. Saitto, *La legge delega sul "federalismo fiscale": i livelli essenziali delle prestazioni come misura economica dell'eguaglianza*, cit., p. 2834. Cfr., C. Pinelli, *Sui "livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali" (art. 117, co. 2, lett. m, Cost.)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 899 ss.; I.A. Nicotra, *Le Regioni tra uniformità e differenze: autonomia responsabile o egoismi dei territori?*, in *www.dirittiregionali.it*, 1, 2019, p.1 ss.

⁶¹ È appena il caso di osservare che è già la legge di bilancio 2023 (art. 1, co. 791, l. n. 197 del 2022) a prevedere che «l'attribuzione di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all'articolo 116, terzo comma, della Costituzione, relative a materie o ambiti di materie riferibili, ai sensi del comma 793, lettera c), del presente articolo, ai diritti civili e sociali che devono essere garantiti in tutto il territorio nazionale, è consentita subordinatamente alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni (LEP)».

⁶² Art. 3 del d.d.l., significativamente riformulato in Commissione al Senato.

⁶³ Cfr., E. Gianfrancesco, *L'attuazione dell'art. 116, comma 3, Cost. tra nodi problematici e prospettive evolutive del regionalismo italiano*, cit., p. 41.

considerazione solo i livelli essenziali concernenti le funzioni oggetto di trasferimento (art. 1, co. 1, lett. *a*), lasciando in ombra, per converso, le Regioni che, di quella differenziazione, non avessero voluto avvalersi e che, pure, come vedremo, sono destinate a subirne gli effetti indiretti.

Di diverso tenore la scelta accolta nel d.d.l. “Calderoli”, che dai livelli essenziali fa – più nettamente – dipendere il processo di differenziazione⁶⁴.

Il testo approvato dal Senato prevede, infatti, che l’attribuzione di funzioni relative alle ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia di cui all’articolo 116, co. 3, Cost., in relazione a materie o ambiti di materie riferibili ai diritti civili e sociali che (art. 1, co. 2), sia consentita «subordinatamente» alla determinazione dei relativi livelli essenziali delle prestazioni e che il trasferimento delle funzioni su queste materie possa essere effettuato «soltanto dopo la determinazione dei medesimi LEP e dei relativi costi e fabbisogni standard» (art. 4, co. 1)⁶⁵.

Nonostante gli sforzi messi in campo per giungere, dopo più di un ventennio, ad una definizione organica dei Lep, non si può fare a meno di osservare che – come dimostra l’esperienza dei Lea in sanità⁶⁶ – nemmeno

⁶⁴ Criticamente, su questo rapporto di condizionalità, M. Belletti, *Un percorso di riflessione per un regionalismo “differenziato-cooperativo”*, Relazione al Seminario su «Il disegno di legge recante “Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario”», Roma, 26 aprile 2023, (versione provvisoria), *I Paper di Diritti regionali*, in astrid-online.it, 3; in senso diverso, v., R. Di Maria, *Prime impressioni sulla bozza di disegno di legge per l’attuazione del c.d. “regionalismo differenziato” ex art. 116, co. 3, Cost.*, in www.dirittiregionali.it, 1, 2023, p. 208 ss. Cfr., inoltre, E. Balboni – C. Buzzacchi, *Autonomia differenziata: più problemi che certezze*, in www.osservatoriosullefonti.it, 1, 2023, p. 47 ss.

⁶⁵ A questo scopo, un delicato compito di studio e ricognizione è stato svolto dal Clep, il Comitato per l’individuazione dei livelli essenziali delle prestazioni relativi ai diritti civili e sociali, istituito dalla legge di Bilancio 2023 (l. n. 197 del 2022, art. 1, co. 791-804), che, insediandosi nel mese di maggio 2023, ha concluso i lavori nel successivo mese di ottobre con la presentazione di una relazione. Cfr., G. Casilli, *Verso la necessaria determinazione dei LEP: la Cabina di regia governativa, tra “pre-intese” e DDL “Calderoli”*, in www.ipof.it, 2, 2023, p. 122 ss.; M. Ladu – L. Spadacini, *La nozione costituzionale di livello essenziale delle prestazioni tra potestà normativa e autonomia finanziaria delle Regioni*, *ivi*, p. 81 ss.; G. Lauri, *Le “proposte Calderoli” sull’autonomia differenziata (e una controproposta)*, in www.osservatorioaic.it, 3, 2023, p. 19 ss.; G.M. Salerno, *Con il procedimento di determinazione dei LEP (e relativi costi e fabbisogni standard) la legge di bilancio riapre il cantiere dell’autonomia differenziata*, in www.federalismi.it, 1, 2023, p. iv ss.; M. Calamo Specchia, *L’autonomia differenziata e la solidarietà interterritoriale: spunti di riflessione per una riforma costituzionalmente sostenibile*, in www.osservatorioaic.it, 5, 2023, p. 34 ss.; V. Tondi della Mura, *“... de’ remi facemmo ali al folle volo”: i rischi dell’imprudenza nei lavori del Comitato per la determinazione dei Livelli essenziali delle prestazioni*, in www.federalismi.it, 21, 2023, 1 ss.

⁶⁶ Ci si riferisce ai persistenti divari territoriali in sanità, su cui, v., di recente, C. Sagone, *Criticità, divari territoriali e pandemia: quali prospettive future per il sistema sanitario italiano?*, in www.dirittiregionali.it, 1, 2022, p. 47 ss.

alla determinazione di tali livelli essenziali può riconoscersi un potere taumaturgico nella prospettiva del regionalismo differenziato.

Basti considerare che permane incerta la funzione che ad essi si vorrebbe assegnare nel processo di differenziazione, divisa tra due opposte visioni.

Per l'una, i livelli essenziali delle prestazioni sembrerebbero configurarsi alla stregua di una chiave d'accesso alla differenziazione per le Regioni richiedenti e andrebbero perimetrati sulle materie effettivamente richieste ed accordate⁶⁷, divenendo, così, strumentali al trasferimento delle funzioni.

Per l'altra, al contrario, i Lep parrebbero rappresentare il limite di sostenibilità del processo di differenziazione ed in questa prospettiva sarebbero prioritariamente chiamati a preservare le Regioni che non accedano alla differenziazione, piuttosto che quelle richiedenti ulteriore autonomia. Risulterebbero, in questa ottica, quanto mai ineludibili le questioni dell'effettività dei Lep e delle prestazioni concretamente erogate, in condizioni di eguaglianza, su tutto il territorio nazionale, nonché l'esigenza di superare le situazioni nelle quali le prestazioni garantite siano «al di sotto della soglia di essenzialità prevista»⁶⁸.

Un problema che, invero, il d.d.l. "Calderoli" non ignora del tutto, scegliendo, però, per un verso, di rinviare la definizione delle procedure e delle modalità operative per monitorare l'«effettiva garanzia in ciascuna Regione della erogazione dei livelli essenziali», anche rispetto alla congruità delle risorse assegnate, ai decreti legislativi per la determinazione dei Lep (art. 3, co. 4); per l'altro, in relazione alle materie "differenziate", di affidarne il monitoraggio alla Commissione paritetica (art. 3, co. 3)⁶⁹.

Resta, poi, sul tappeto – una volta definiti i livelli essenziali delle prestazioni (nelle materie di cui all'art. 3, co. 3) – la questione del fabbisogno finanziario per garantirli e della diversa disponibilità di risorse degli enti regionali, la quale non può che essere una variabile dipendente dal livello di capacità fiscale della propria comunità. Questione, questa, che, a sua volta, chiama in causa le politiche di redistribuzione delle risorse e l'accesso, da

⁶⁷ La legge bilancio 2023, in effetti, limita la determinazione dei Lep e dei correlati costi e fabbisogni *standard* alle materie di cui all'articolo 116, comma 3, Cost. (art. 1, comma 795).

⁶⁸ Cfr., C. Buzzacchi, *Audizione Commissione Affari costituzionali del Senato, in relazione ai disegni di legge n. 615 e connessi*, in www.astrid-online.it, 1 giugno 2023, p. 10.

⁶⁹ Un ruolo viene anche assegnato alla Conferenza unificata, alla quale spetta adottare le «necessarie raccomandazioni alle Regioni interessate al fine di superare le criticità riscontrate» (art. 3, co. 5).

parte delle Regioni a più basso gettito, ai meccanismi di perequazione. I quali, però, non possono prescindere dal contributo delle risorse prelevate nelle Regioni differenziate aventi maggiore capacità fiscale⁷⁰.

Il d.d.l. “Calderoli” si limita a prevedere, sul punto, che le risorse umane, strumentali e finanziarie necessarie per l’esercizio da parte delle Regioni di ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia siano determinate con d.P.C.M. su proposta di una Commissione paritetica Stato-Regione-Autonomie locali, disciplinata dall’intesa (art. 5, co. 1)⁷¹, indicando la via delle compartecipazioni al gettito dei tributi erariali (art. 5, co. 2)⁷².

Come anticipato, la definizione di tale questione si riflette ineluttabilmente sulla concreta dimensione del sistema di perequazione tra i territori⁷³.

⁷⁰ Cfr., P. Giarda, *Le regole del federalismo fiscale nell’articolo 119: un economista di fronte alla nuova Costituzione*, in *Le Regioni*, 2001, p. 1474 ss.; A. Brancasi, *Uguaglianze e disuguaglianze nell’assetto finanziario di una Repubblica federale*, cit., p. 926 s., il quale rileva che «[m]ediante la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni viene esercitato un potere conformativo che condiziona le politiche di settore, anche quelle altrui, e che costringe altri enti ad affrontare determinati costi, ponendo così il problema delle risorse di cui questi hanno la disponibilità e della sufficienza di tali risorse».

⁷¹ Criticamente, A. Sciortino, *L’attuazione del regionalismo differenziato: prime impressioni sul disegno di legge S. 615*, Relazione al Seminario su «Il disegno di legge recante “Disposizioni per l’attuazione dell’autonomia differenziata delle Regioni a statuto ordinario”», Roma, 26 aprile 2023, *I Paper di Diritti regionali*, (versione provvisoria) in www.astrid-online.it, p. 8, la quale rileva che le modalità di finanziamento delle funzioni non dovrebbero essere rimesse ad una Commissione paritetica Stato-Regione «date le implicazioni sistemiche e ordinamentali che sono destinate a discendere dall’attuazione del regionalismo differenziato»; V.P. Grossi, *L’evoluzione del ruolo della legge quadro nel sistema dell’art. 116, co. 3, Cost.: posizioni dottrinarie e funzione politica*, cit., p. 60 ss.

⁷² Su questo disposto, in senso critico, v., C. Buzzacchi, *Audizione Commissione Affari costituzionali del Senato, in relazione ai disegni di legge n. 615 e connessi*, cit., p. 10 ss.; M. Podetta, *Il tentativo di attuazione dell’autonomia differenziata: dal disegno di legge Calderoli alla legge di bilancio per il 2023*, in www.giurcost.org, II, 2023, p. 360 ss.

⁷³ Ricostruisce la perequazione non come forma di solidarietà dei territori più ricchi a favore di quelli più poveri, ma alla luce del principio di eguaglianza fiscale J.M. Buchanan, *Federalism and Fiscal Equity*, in *The American Economic Review*, 1950, p. 583 ss. In questa prospettiva (pag. 588) «[t]he balance between the contributions made and the value of public services returned to the individual should be the relevant figure. This “fiscal residuum” can be negative or positive. The fiscal structure is equitable in this primary sense only if the fiscal residua of similarly situated individuals are equivalent». Pertanto, il principio di eguaglianza (pag. 596) «establishes a firm basis for the claim that the citizens of the low income states within a national economy possess the “right” that their states receive sums sufficient to enable these citizens to be placed in positions of fiscal equality with their equals in other states. A transfer viewed in this light is in no sense a gift or

È un nodo, questo, che il progetto “Calderoli” non scioglie, ribadendo soltanto la possibilità per lo Stato di intervenire con misure perequative e di promozione dello sviluppo economico, della coesione e della solidarietà sociale, e sottolineandone il compito di promuovere l’esercizio effettivo dei diritti civili e sociali, *anche* nelle Regioni che non accedano alla differenziazione (art. 10, co. 1).

Ad ogni modo, non può farsi a meno di osservare che la scelta di evocare l’accesso agli strumenti di perequazione a favore delle *altre* Regioni – di quelle cioè, non differenziate – non era affatto scontata, come è agevolmente dimostrabile ripercorrendo le tappe del processo di differenziazione.

Ci si riferisce in particolare ai tre accordi preliminari del 28 febbraio 2018 (art. 4, co. 1, lett. *c*) che gravitano, nella determinazione dei fabbisogni *standard*, sul parametro rappresentato dal gettito fiscale prelevato sul territorio di riferimento, presupponendo che i diritti dei cittadini – o, meglio, la spesa per farvi fronte – vadano commisurati sul gettito generato e manifestando, in sostanza, l’aspirazione a trattenere sul territorio – se non interamente almeno significativamente – i c.d. “residui fiscali”⁷⁴.

Non è inconsueto, del resto, che le forme di decentramento asimmetrico rappresentino una risposta alla richiesta dei territori più ricchi di un Paese di ottenere una «correzione della redistribuzione interregionale di risorse effettuata dal governo centrale»⁷⁵.

Dal canto suo, la Corte costituzionale pare escludere, come noto, che il principio di territorialità dei tributi possa essere esportato al di là dell’esperienza delle Regioni speciali. Emblematica la pronuncia resa in

subsidy from the citizens of the more favored regions». Cfr., S. Mangiameli, *Regionalismo ed Eguaglianza*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2, 2020, p. 1619 ss.

⁷⁴ Osserva, al riguardo F. Pallante, *Nel merito del regionalismo differenziato: quali «ulteriori forme e condizioni particolari di autonomia» per Veneto, Lombardia ed Emilia Romagna?*, cit., p. 15, nt. 11, che «il ragionamento sui residui fiscali è viziato da un errore prospettico che lo mina alla radice. A beneficiare della spesa pubblica e a pagare le imposte non sono infatti i territori regionali, ma i singoli cittadini, sulla base della loro condizione di benessere o di bisogno, che è tale a prescindere dal luogo in cui risiedono». V., inoltre, sul punto, A. Fonzi, *Autonomia finanziaria, federalismo fiscale e coordinamento della finanza pubblica nel regionalismo differenziato*, in *www.dirittifondamentali.it*, 2, 2019, p. 15 ss.; M.C. Guerra, *Autonomia regionale differenziata: verso la secessione dei ricchi?*, in *Le Regioni*, 2019, p. 416 ss.; G. D’Amico, *Regionalismo differenziato, sistema finanziario e specialità regionale*, in *www.dirittiregionali.it*, 1, 2020, p. 339 ss.; S. Staiano, *Salvare il regionalismo dalla differenziazione dissolutiva*, in *www.federalismi.it*, 7, 2023, p. ix ss.

⁷⁵ Così, A. Zanardi, *Il federalismo differenziato nell’articolo 116 della Costituzione: una breve nota*, in *www.federalismi.it*, 22, 2006, p. 2.

occasione del *referendum* consultivo sul regionalismo differenziato (sent. n. 118 del 2015)⁷⁶, in cui la Corte ha negato la legittimità della pretesa della Regione Veneto di trattenere in larga misura il gettito fiscale prodotto sul proprio territorio⁷⁷. Come affermato, infatti, le aspirazioni autonomistiche delle Regioni non potrebbero travolgere gli «elementi strutturali del sistema nazionale di programmazione finanziaria, indispensabili a garantire la coesione e la solidarietà all'interno della Repubblica, nonché l'unità giuridica ed economica di quest'ultima»⁷⁸.

Il problema che resta aperto è, dunque, ancora una volta, quello della «neutralità perequativa» delle modalità di finanziamento del federalismo asimmetrico⁷⁹, onde evitare che il regionalismo differenziato spiani la strada ad un indebolimento dei «doveri di sostegno di talune Regioni al sistema redistributivo nazionale»⁸⁰.

⁷⁶ Leggi della Regione Veneto nn. 15 e 16 del 2014, “*Referendum consultivo sull'autonomia del Veneto*” e “*Indizione del referendum consultivo sull'indipendenza del Veneto*”.

⁷⁷ Si veda anche la sent. n. 69 del 2016 (ripresa anche dalla successiva n. 83 dello stesso anno) in cui la Corte costituzionale esclude che «il criterio del residuo fiscale richiamato dalla Regione [sia un] parametro normativo riconducibile all'art. 119 Cost.».

⁷⁸ Così, la sent. n. 118 del 2015. Cfr., F. Gallo, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, in *www.federalismi.it*, 10, 2018, p. 8 ss.; M. Olivetti, *Il regionalismo differenziato alla prova dell'esame parlamentare*, cit., p. 12 ss.; G. Tarli Barbieri, *Profili della differenziazione regionale*, cit., p. 84, per il quale «l'art. 116, comma 3, Cost. non può comportare una mera devoluzione finanziaria, ovvero il trasferimento ad una Regione di una parte del gettito fiscale percepito sul suo territorio».

⁷⁹ Così, A. Zanardi, *Il federalismo differenziato nell'articolo 116 della Costituzione: una breve nota*, cit., p. 4.

⁸⁰ Cfr., A. Zanardi, *Il federalismo differenziato nell'articolo 116 della Costituzione: una breve nota*, cit., p. 4; F. Gallo, *L'incerto futuro del regionalismo differenziato sul piano finanziario*, cit., p. 6 ss.; E. Balboni, *L'attuazione del regionalismo differenziato: la differenziazione non implica di per sé disuguaglianza*, in *Quad. cost.*, 2019, p. 444 ss.

Stefania Mabellini

La solidarietà tra i territori alla prova del regionalismo differenziato

ABSTRACT: The essay focuses on the so-called differentiated regionalism, also examining the draft law recently approved by the Senate. In this perspective, both the determination of the basic level of benefits relating to civil and social rights to be guaranteed throughout the national territory and the financial equalisation play a very central role to avoid the possibility that asymmetric regionalism weakens the principle of equality and the territorial solidarity.

KEYWORDS: regionalismo differenziato – solidarietà interterritoriale – perequazione finanziaria – livelli essenziali delle prestazioni

Stefania Mabellini – Professoressa associata di Diritto costituzionale nell'Università di Roma Tor Vergata (stefania.mabellini@uniroma2.it)

Il trattamento della vulnerabilità tra Corti europee e Corte costituzionale *

Paolo Scarlatti

SOMMARIO: 1. Il concetto di vulnerabilità: prime approssimazioni. – 2. Ordinamento costituzionale, protezione dei soggetti deboli, crisi dello Stato sociale. – 3. La tutela delle persone vulnerabili nella prospettiva della dignità umana. – 4. I diritti delle persone vulnerabili nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I piani soggettivo e causale della vulnerabilità. – 5. (segue) Il piano degli effetti della vulnerabilità. – 6. I diritti delle persone vulnerabili nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 7. Le istanze della vulnerabilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Il fronte dei c.d. temi sensibili. – 8. (segue) Processo penale, detenzione e contrasto alla ludopatia. – 9. Attivismo giudiziale e ruolo del legislatore: l'attualità della Costituzione repubblicana nella delimitazione della vulnerabilità.

1. Il concetto di vulnerabilità: prime approssimazioni

Il termine vulnerabilità è entrato da diversi anni nel gergo legislativo e della politica, tanto a livello nazionale quanto sovranazionale. Ben prima tuttavia è apparso nella elaborazione della Corte europea dei diritti dell'uomo, diffondendosi in seguito, secondo le linee tracciate da quella elaborazione, nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea e della stessa Corte costituzionale.

Del resto, la tematica dei diritti delle persone vulnerabili individua una precisa tendenza evolutiva nell'esperienza costituzionale più recente in ordine alla portata reale dei presidi posti a tutela degli individui che, a diverso titolo, versano in condizioni di svantaggio e fragilità. Tale tendenza identifica nelle Corti dei diritti i protagonisti di un'attività fortemente creativa che, tramite il ricorso al concetto di vulnerabilità, intende assicurare una protezione più incisiva – o comunque un trattamento differenziato – a quei soggetti che appunto vivono nei fatti una situazione di particolare debolezza.

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

È dunque la prospettiva della effettività della tutela dei diritti che, nel contesto della vulnerabilità, impegna le Corti in un ruolo inedito e attivo¹, spostando l'indagine dalla sfera dei diritti ai soggetti che questi diritti esercitano in concreto.

In questo orizzonte interpretativo si pone anzitutto la questione della individuazione della vulnerabilità: chi sono i soggetti vulnerabili? Siamo tutti vulnerabili giacché, in fondo, ogni essere umano è di per sé vulnerabile? O, più opportunamente, rispetto alla tutela dei diritti fondamentali alcuni individui risultano in realtà più vulnerabili di altri sicché – potremmo dire – si può essere *diversamente vulnerabili*?²

Insomma, il concetto di vulnerabilità si presenta fin da subito particolarmente problematico. Oltre al fatto di travalicare la dimensione umana (basti pensare alle normative relative alla tutela degli ecosistemi e del paesaggio, al rischio sismico e alla sicurezza cibernetica) tale concetto, anche là dove riferito ai diritti fondamentali della persona, sottende un ineludibile contenuto d'indeterminatezza. Ciò spiega la recente proliferazione di forme di vulnerabilità della persona posta in essere soprattutto – ma non solo – dalle Corti con l'intento di estendere, nell'ottica della effettività, le garanzie dei diritti rispetto ad istanze di tutela nuove e non prefigurabili in astratto o una volta per tutte. In altri termini, l'emersione per via giudiziale di forme inedite di vulnerabilità costituisce in fin dei conti il risvolto pratico dell'adozione, da parte dei giudici, di una nozione volutamente *aperta* di vulnerabilità³, non predeterminata né predeterminabile in anticipo.

La componente d'indeterminatezza della nozione di vulnerabilità, che si lega peraltro alla sua connotazione in fondo presuntiva⁴, non pregiudica tuttavia la possibilità di precisarne alcuni tratti essenziali.

La premessa di una valutazione casistica, di una verifica sempre *individualizzata* al caso di specie, consente infatti di scorgere dall'applicazione

¹ In argomento, R. Conti, *Diritti fondamentali, soggetti vulnerabili: tappe e obiettivi di un articolato "cammino" interno*, in *Quest. giust.*, 8 febbraio 2014, par. 6. Sui limiti di una visione che intende assicurare l'effettività della tutela dei diritti fondamentali nel contesto sovranazionale tramite la sola via giudiziaria, G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale*, Roma-Bari, 2016, p. 139 ss.

² Sul tema, da ultimo, M. Luciani, *Le persone vulnerabili e la Costituzione*, 22 aprile 2022, reperibile in www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do

³ Sulla indeterminatezza del concetto di vulnerabilità nella giurisprudenza della Corte EDU, *ex multis*, E. Diciotti, *La vulnerabilità nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Ars interpretandi*, 2, 2018, p. 30 ss.

⁴ In questo senso, R. Chenal, *La definizione della nozione di vulnerabilità e la tutela dei diritti fondamentali*, in *Ars interpretandi*, 2, 2018, p. 52 ss., F. Ippolito, *La vulnerabilità quale principio emergente nel diritto internazionale dei diritti umani?*, in *Ars interpretandi*, 2, 2019, p. 78 ss.

giudiziale indirizzi interpretativi ormai consolidati, dai quali emerge il carattere necessariamente relazionale della nozione in questione, da definirsi quindi in funzione del contesto di riferimento⁵. A questa stregua, la considerazione della vulnerabilità dà conto, in particolare, sia di una ineludibile connotazione di *gradualità*, ossia di un diverso grado d'intensità da misurarsi con la complessità delle circostanze che definiscono il caso di specie, sia della possibilità – non infrequente – della compresenza di più vulnerabilità nel medesimo individuo. Circostanza che ne accentua di norma il peso in concreto, il più delle volte in maniera decisiva⁶.

2. Ordinamento costituzionale, protezione dei soggetti deboli, crisi dello Stato sociale

L'indagine sui diritti delle persone vulnerabili non può tuttavia prescindere da una constatazione di partenza: l'azione in difesa dei soggetti deboli non rappresenta una novità per il diritto costituzionale. Anzi, proprio la protezione dei più bisognosi e fragili, delle frange più deboli della società, rappresenta in realtà una prospettiva fondamentale del costituzionalismo democratico e sociale⁷, fatta propria nel testo delle Costituzioni nazionali del secondo dopoguerra. Emblematica sotto questo profilo è proprio la Costituzione italiana, la quale fornisce, attraverso previsioni puntuali e norme di principio, un'ampia ed articolata considerazione delle situazioni di bisogno o svantaggio nel segno della pari dignità sociale e del pieno sviluppo della persona⁸.

Del resto, la protezione dei soggetti deboli ha costituito il riferimento nodale nella definizione del modello di Stato sociale secondo traiettorie

⁵ Cfr. S. Zullo, *Lo spazio sociale della vulnerabilità tra «pretese di giustizia» e «pretese di diritto»*. Alcune considerazioni critiche, in *Pol. dir.*, 2016, p. 477; B. Pastore, *Soggettività giuridica e vulnerabilità*, in O. Giolo – B. Pastore (a cura di), *Vulnerabilità. Analisi multidisciplinare di un concetto*, Roma, 2018, p. 135.

⁶ Sul punto, per tutti, A. Timmer, *A Quiet Revolution: Vulnerability in the European Court of Human Rights*, in M.A. Fineman – A. Grear (eds.), *Vulnerability. Reflections on a New Ethical Foundation for Law and Politics*, Farnham, 2013, p. 161 ss.

⁷ In proposito, L. Ferrajoli, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. pubbl.*, 2010, p. 157 ss., che in particolare identifica il fondamento assiologico dei diritti fondamentali nella dignità della persona, nell'uguaglianza, nella pace e – appunto – nella tutela dei soggetti più deboli.

⁸ F. Pizzolato, *Gli argini costituzionali alla delimitazione della vulnerabilità*, in *Ars interpretandi*, 2, 2019, p. 25 ss. Per una ricognizione recente in proposito, G. Amato, I

sicure e saldamente agganciate a principi e precetti costituzionali chiaramente identificati dalla Corte costituzionale, la cui giurisprudenza, se in una prima fase si è incardinata attorno alla dignità del lavoro⁹, in una seconda fase ha progressivamente esteso la sua portata al di là del mondo del lavoro, per riconoscere – in virtù del dovere costituzionale di solidarietà sociale – istanze di protezione ulteriori da parte di soggetti deboli e categorie svantaggiate¹⁰.

Orbene, l'assonanza che ad una prima approssimazione può essere avvertita tra la prospettiva della tutela dei soggetti deboli e quella delle persone vulnerabili non si traduce affatto in piena corrispondenza, anzi. Sul piano costituzionale, le due prospettive non si riducono ad una questione meramente terminologica tra parole che sono in realtà sinonimi¹¹.

La vulnerabilità esprime un concetto decisamente più scivoloso, per definizione intenzionalmente aperto e non circoscritto da un perimetro costituzionale di riferimento predefinito e riconoscibile. A differenza dei soggetti deboli, la cui protezione è positivizzata nel testo costituzionale e sviluppata in chiave espansiva dalla giurisprudenza costituzionale, la tematica della vulnerabilità si colloca in un orizzonte indiscutibilmente più vasto, che si pone oltre la dimensione dei diritti sociali, del lavoro e dello stesso Stato sociale. Essa coinvolge in premessa la complessità dei diritti della persona, definendosi soprattutto alla luce del recente processo di internazionalizzazione dei sistemi di protezione (e riconoscimento) dei diritti¹².

Nondimeno, la progressiva affermazione del concetto di vulnerabilità nella giurisprudenza delle Corti dei diritti può anche essere letta come una delle tante manifestazioni della crisi del modello di Stato sociale allorché la si intenda come risposta nei confronti di coloro che, a fronte di situazioni di eccezionale debolezza e minorità sociale, sono rimasti ai margini o del tutto fuori dai sistemi nazionali di protezione. Così intesa però la vicenda della tutela della vulnerabilità – che in questo ambito non esaurisce di certo

vulnerabili e la Costituzione italiana, in *Gli ultimi. La tutela giuridica dei soggetti deboli*, Roma, 2022, p. 29 ss.

⁹ Per tutti, M. Ainis, *I soggetti deboli nella giurisprudenza costituzionale*, in *Pol. dir.*, 1999, p. 25 ss.

¹⁰ *Ex multis*, A. Morelli, *I principi costituzionali relativi ai doveri inderogabili di solidarietà*, in L. Ventura – A. Morelli (a cura di), *Principi costituzionali*, Milano, 2015, p. 305 ss.

¹¹ In argomento, v. P. Scarlatti, *Soggetti deboli, costituzione ed istanze della vulnerabilità*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 1, 2023, p. 266 ss.

¹² Criticamente sulla moltiplicazione dei diritti su scala internazionale, A. Celotto, *L'età dei (non) diritti*, Roma-Cesena, 2017, p. 84 ss.; R. Bin, *Critica della teoria dei diritti*, Milano, 2018, p. 69 ss.; F. Rimoli, *Sulla retorica dei diritti*, Modena, 2018, p. 46 ss.

la sua portata – induce comunque a disattendere una lettura in termini esclusivamente caritatevoli, incentrata cioè su una concezione legata alla carità di Stato verso i miserabili, gli ultimi o ultimissimi¹³.

3. La tutela delle persone vulnerabili nella prospettiva della dignità umana

La distanza tra la tradizionale protezione dei soggetti deboli e le forme più recenti di tutela delle persone vulnerabili spinge ad interrogarsi sui presupposti costituzionali di queste ultime.

In proposito, il confronto con la tutela costituzionale dei soggetti deboli dà conto di come le istanze della vulnerabilità si leghino in realtà in maniera predominante alla inviolabilità della dignità umana ed al primato della persona¹⁴. Per quanto sia identificabile una relazione tra la condizione di vulnerabilità e l'intenzione di porvi rimedio in funzione antidiscriminatoria e dell'uguaglianza sostanziale¹⁵, tale relazione non sembra affatto esaurire la portata della nozione di vulnerabilità né tantomeno configurarsi come il solo presupposto giustificativo di un trattamento speciale di tutela nei confronti delle persone vulnerabili. La salvaguardia dei diritti delle persone vulnerabili trova il suo radicamento autentico nella dignità dell'uomo, valore sotteso alle Costituzioni nazionali e certamente condiviso a livello europeo¹⁶, a cominciare dalla CEDU, sistema in cui proprio grazie all'attivismo della Corte di Strasburgo la nozione di vulnerabilità si è andata affermando.

Seppur riconducibile ad un concetto difficilmente predeterminabile sul piano dogmatico¹⁷, la dignità dell'uomo denota una portata universalistica che apre alla considerazione della condizione esistenziale, reale e contingente in cui versa l'individuo. In questo senso, la tutela della dignità umana confluisce nella valutazione in ordine alla vulnerabilità

¹³ Sul tema, v. C. Pinelli, «Social card», o del ritorno alla carità di Stato, in *Scritti in onore di Lorenza Carlassare*, III, Napoli, 2009, p. 1177 ss.

¹⁴ In argomento, diffusamente, G.M. Flick, *Elogio della dignità (se non ora, quando?)*, in *Rivista AIC*, 4, 2014, p. 1 ss.

¹⁵ G. Serges, *Vulnerabilità, soggetti "deboli" e giustizia costituzionale*, in C. Severino – H. Alcaraz (dir.), *Systèmes de contrôle de constitutionnalité par voie incidente et protection des personnes en situation de vulnérabilité. Approche de droit comparé*, Aix-en-Provence, 2021, p. 169 ss.

¹⁶ Per tutti, P. Häberle, *Lo Stato costituzionale*, Roma, 2005, p. 164 ss.; P. Ridola, *La dignità dell'uomo e il "principio di libertà" nella cultura costituzionale europea*, in Id., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, p. 121 ss.

¹⁷ *Ex multis*, G. Sereno, *La dimensione costituzionale della dignità umana. Da concetto filosofico a elemento normativo di diritto positivo*, Roma, 2016, p. 413 ss.

dell'individuo, accentuandone così la valenza assiologica anche in virtù di una nozione, quale è appunto quella di vulnerabilità, che rimane aperta e dai contorni sfumati.

Tali premesse conferiscono al giudice un ampio margine di discrezionalità in relazione al riconoscimento in concreto della vulnerabilità, alla valutazione della sua intensità ed agli esiti a cui porta nel rapporto con la complessità delle circostanze del caso di specie. Una discrezionalità tuttavia che, proprio nell'ottica della salvaguardia della dignità umana, implica e si definisce nei termini di un *giudizio di valore* su cui, più precisamente, pesa l'integrazione dell'ordinamento costituzionale con la dimensione europea ed internazionale di protezione dei diritti.

Ed è sotto questo profilo che si innesta il problema – al tempo stesso classico e nuovo alla luce della dinamica del diritto costituzionale attuale – del rapporto tra attività creativa del giudice e prerogative del legislatore, tra diritto giurisprudenziale e vincoli derivanti dal diritto positivo. Un problema che il ricorso al concetto di vulnerabilità nel campo della tutela dei diritti rende palese, quasi esaspera, e per questo invita alla cautela e ad una riflessione approfondita sulla tenuta dei principi costituzionali nel quadro del rapporto tra ordinamento nazionale e ordinamenti sovranazionali.

4. I diritti delle persone vulnerabili nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo. I piani soggettivo e causale della vulnerabilità

Malgrado l'assenza di un riferimento alla vulnerabilità nel testo della CEDU, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo degli ultimi decenni rappresenta la sede prima e privilegiata della tutela dei diritti delle persone vulnerabili¹⁸.

Il ricorso alla nozione di vulnerabilità appare tuttavia multiforme: la sua connotazione aperta e funzionale alla effettività – caso per caso – dei diritti non impedisce però di trarre indirizzi ormai consolidati, tra loro interconnessi.

Il primo riguarda il piano soggettivo della vulnerabilità, stabilizzatosi intorno alla distinzione – peraltro sovrapponibile – tra categorie di individui vulnerabili e «gruppi vulnerabili»¹⁹. Rispetto alle prime, la Corte europea

¹⁸ Per più ampi approfondimenti di dottrina e giurisprudenza, P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili*, Napoli, 2022, p. 51 ss.

¹⁹ Y. Al Tamimi, *The Protection of Vulnerable Groups and Individuals by the European Court of Human Rights*, in *JEDH*, 2016, p. 561 ss.

riconosce determinati soggetti come vulnerabili in ragione delle loro qualità intrinseche – è il caso, paradigmatico, dei bambini, minori di età, a cui tradizionalmente viene assicurata una protezione molto intensa e generalizzata²⁰, nonché delle donne allorché vittime di violenza domestica²¹ o coinvolte in controversie inerenti alle condizioni d'accesso all'aborto terapeutico²² – o delle situazioni di fatto in cui versano. Sotto quest'ultimo profilo, basti richiamare i casi dei detenuti o comunque di tutti coloro che, a vario titolo, siano tenuti in custodia o in qualunque modo sottoposti al controllo dell'autorità²³, o anche dell'indagato/imputato nella prima fase del procedimento penale, durante le indagini preliminari e le fasi iniziali del dibattimento²⁴, o ancora delle persone più facilmente perseguibili nella società per il loro sostegno ad opinioni impopolari o per la loro appartenenza a minoranze²⁵.

Riguardo l'emersione del concetto di «gruppo vulnerabile» quale presunzione generalizzata di vulnerabilità, la giurisprudenza europea è molto ricca. Essa, in particolare, ha gradualmente esteso la portata di questo concetto sia in riferimento alla sua matrice originaria, definita su base etnica e culturale, sia rispetto al riconoscimento di un numero sempre crescente di «gruppi» vulnerabili a prescindere dalla comunanza etnico-culturale²⁶.

Nel primo caso, basti richiamare l'ampia giurisprudenza a tutela della comunità *Gypsy*, archetipo del concetto di «gruppo vulnerabile», i cui rinvii spaziano dai casi di segregazione scolastica nei confronti di minori Rom²⁷, agli sgomberi di massa d'intercine comunità stanziali da terreni illegalmente occupati da anni²⁸, alle pratiche di sterilizzazione in assenza di consenso

²⁰ Da ultimo, Corte EDU, 21 luglio 2022, ric. 5797/17, *Darboe e Camara c. Italia*.

²¹ V. Corte EDU, 9 giugno 2009, ric. 33401/02, *Opuz c. Turchia*. In senso conforme, Corte EDU, 8 luglio 2021, ric. 33056/17, *Tkbelidze c. Georgia*.

²² Corte EDU, 20 marzo 2007, ric. 5410/03, *Tysiac c. Polonia*; 30 ottobre 2012, ric. 57375/08, *P. e S. c. Polonia*.

²³ *Ex multis*, Corte EDU, 28 settembre 2015, ric. 23380/09, *Bouyid c. Belgio*.

²⁴ V. Corte EDU, 27 novembre 2008, ric. 36391/02, *Salduz c. Turchia*, e, più di recente, 9 novembre 2018, ric. 71409/10, *Beuze c. Belgio*.

²⁵ Di recente, Corte EDU, 1° dicembre 2020, ric. 46712/15, *Berkman c. Russia*.

²⁶ Per un approfondimento, L. Peroni – A. Timmer, *Vulnerable groups: The promise of an emerging concept in European Human Rights Convention law*, in *Int. Jour. Const. Law*, 2013, p. 1083 ss.; M. O'Boyle, *The notion of "vulnerable groups" in the case law of the European Court of Human Rights*, in *www.venice.coe.int*, 12 febbraio 2016, p. 1 ss.

²⁷ Corte EDU, 29 gennaio 2013, ric. 11146/11, *Hornvath e Kiss c. Ungheria*.

²⁸ Corte EDU, 24 aprile 2012, ric. 25446/06, *Yordanova e altri c. Bulgaria*.

preventivo, pieno ed informato, perpetrate nei confronti – tra gli altri – di donne Rom²⁹.

Nel secondo caso, il riconoscimento di una vulnerabilità di gruppo al di là della identificazione come minoranza etnica ha trovato riscontro, ad esempio, rispetto alle persone con disabilità mentale, di per sé connotate da forme e gradazioni anche profondamente diverse³⁰, alle persone affette da HIV³¹ e, anche se in termini tutt'ora incerti, a soggetti riconducibili alla comunità LGBT³². Tutte ipotesi in cui, oltre al contesto geografico di riferimento, rileva il profilo della discriminazione sociale e del pregiudizio radicati nel tempo.

Controverso, infine, è quel filone giurisprudenziale che include nel concetto di «gruppo vulnerabile» i richiedenti asilo a fronte della disomogeneità dei membri che lo compongono, accomunati soltanto dallo *status* giuridico che li qualifica³³.

Il secondo indirizzo concerne l'identificazione delle cause generative di vulnerabilità. Numerosi sono gli indicatori di vulnerabilità elaborati dalla Corte europea ed altrettanto ampia ne è la gradazione del peso in concreto. Tali indicatori, che possono benissimo coesistere nel medesimo caso ed assumere carattere più o meno temporaneo, riguardano in particolar modo la condizione di dipendenza che può affliggere l'individuo, causa trasversale di vulnerabilità che trova riscontro sia nei confronti di terzi (basti pensare al rapporto genitori-figli minori; tutore-disabile mentale; avvocato-assistito; medico-malato rispetto alle cure e all'accesso ai medicinali) sia, soprattutto, rispetto all'autorità dello Stato (emblematico è il caso del rapporto tra detenuti e amministrazione penitenziaria rispetto alla comunicazione con l'esterno o al trattamento da parte delle guardie carcerarie, ma anche quello dei richiedenti asilo che versano in condizioni di povertà estrema).

Del resto, la Corte europea non si limita al riconoscimento della sola vulnerabilità fisica ma accorda giustamente ampio spazio al piano della vulnerabilità psicologica. Indicativi al riguardo sono i citati casi di violenza domestica, ma anche quelli – ormai risalenti – inerenti all'esercizio del diritto

²⁹ Corte EDU, 13 novembre 2012, ric. 15966/04, *I.G. e altri c. Slovacchia*.

³⁰ In argomento, di recente, Corte EDU, 10 settembre 2020, ric. 59751/15, *G.L. c. Italia*.

³¹ Per tutti, Corte EDU, 10 marzo 2011, ric. 2700/10, *Kiyutin c. Russia*.

³² Da ultimo, Corte EDU, 17 maggio 2022, ric. 71367/12 e 72961/12, *Oganezova c. Armenia*.

³³ V. il *leading case* Corte EDU, 21 gennaio 2011, ric. 30696/09, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, nonché l'opinione dissenziente del giudice Sajó che, sul punto, nega comunque la possibilità di configurare una presunzione di carattere generale (par. II).

di ricorso individuale previsto dalla previgente normativa convenzionale da parte degli abitanti dei villaggi del sud-est della Turchia a fronte delle intimidazioni e dei timori di rappresaglie ad opera delle autorità nazionali derivanti dal conflitto esistente in quell'area tra le forze indipendentiste del PKK e quelle di sicurezza turche³⁴. Altrettanto indicativi sono i casi concernenti le condizioni di vita carceraria per i detenuti psichiatrici³⁵ e, più in generale, la tratta di esseri umani³⁶.

Ancora, con riferimento alle sole ipotesi in cui la Corte europea ricorre al concetto di «gruppo vulnerabile» e salvo il caso dei richiedenti asilo, ricorrenti sono i richiami alla condizione di discriminazione radicata nel tempo, di disagio e di marginalizzazione sociale, premesse causali della presunzione di vulnerabilità in questione.

5. (segue) Il piano degli effetti della vulnerabilità

Anche rispetto agli effetti prodotti dalla vulnerabilità, in relazione all'applicazione delle disposizioni della CEDU, è ormai possibile delineare orientamenti giurisprudenziali stabili.

Il primo orientamento concerne la sfera delle garanzie processuali e tocca, anzitutto, l'ordine di precedenza fissato dalla stessa Corte di Strasburgo per la trattazione dei casi, in virtù del quale ai ricorrenti in condizioni di vulnerabilità viene data priorità assoluta³⁷.

Sempre nell'ottica delle garanzie processuali, la vulnerabilità del ricorrente si pone altresì come elemento di valutazione decisivo ai fini dell'effettività del diritto individuale a ricorrere *ex art. 34 CEDU*, il quale impone – per giurisprudenza costante – l'assenza di qualunque forma di condizionamento o pressione, anche indiretta, da parte delle autorità dello Stato³⁸. Alla stessa stregua si colloca il tema della legittimazione a ricorrere in nome e per conto del soggetto vulnerabile da parte di terzi, in più

³⁴ *Ex multis*, Corte EDU, 16 settembre 1996, ric. 21893/93, *Akdivar e altri c. Turchia*.

³⁵ Di recente, Corte EDU, 31 gennaio 2019, ric. 18052/11, *Rooman c. Belgio*; 24 gennaio 2022, ric. 11791/20, *Sy c. Italia*.

³⁶ Ad esempio, Corte EDU, 30 marzo 2017, ric. 21884/15, *Chowdury e altri c. Grecia*.

³⁷ Trattasi degli «urgent cases concerning vulnerable applicants», prima delle sette categorie in cui si articola il *Court's Priority Policy* del giugno 2009, da ultimo aggiornato in più punti con decorrenza dal 22 maggio 2017.

³⁸ Da ultimo, Corte EDU, 11 marzo 2021, ric. 6865/19, *Feilazoo c. Malta*.

occasioni reputato ammissibile proprio in considerazione di tale condizione³⁹.

Analoga impostazione è poi ravvisabile in tema di eccezioni alle condizioni di ricevibilità del ricorso stabilite dall'art. 35, par. 1, CEDU (esaurimento delle vie di ricorso interne e termine quadrimestrale di presentazione del ricorso), tra le quali appunto la Corte europea ha dato ampio rilievo, nel concorso con le altre circostanze del caso, proprio alla condizione di vulnerabilità in cui versa il ricorrente⁴⁰.

Particolarmente stringente, sul piano delle garanzie processuali, è infine il principio per cui, nel corso della detenzione, le lesioni – o addirittura la morte – dei soggetti sottoposti a qualunque titolo alla restrizione della libertà personale determinano l'inversione dell'onere della prova in capo allo Stato, che deve assumersi l'onere probatorio proprio in ragione del fatto che la situazione di vulnerabilità che grava su tali soggetti – a fronte della loro totale dipendenza dalle autorità, specialmente in relazione al loro stato di salute – gli impone la responsabilità di una protezione specifica⁴¹.

Il secondo orientamento riguarda il grande tema degli obblighi positivi, rispetto al quale la vicenda della vulnerabilità, nella prospettiva della effettività dei diritti convenzionali, acquisisce un rilievo notevole sia sul piano procedurale che sostanziale.

Tra gli obblighi procedurali – innescati nel momento in cui la Corte calibra il peso della vulnerabilità all'interno dello scrutinio di proporzionalità e ragionevolezza con cui giudica la condotta dello Stato – possono essere richiamati, come presidi rafforzati dei diritti delle persone vulnerabili, quegli indirizzi che reputano l'assoluta mancata presa in considerazione della condizione di vulnerabilità da parte delle autorità nazionali una carenza di per sé insuperabile, o che comunque impongono a queste ultime di allestire una dimensione anche partecipativa adeguata nei confronti di soggetti o gruppi vulnerabili all'interno del procedimento decisionale, politico o giurisdizionale che sia. Esemplificativi in proposito, oltre ai già citati casi di sgombero degli insediamenti abusivi *Gypsy*, sono i casi inerenti alla valutazione, in applicazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, del «livello minimo di gravità» del maltrattamento

³⁹ Cfr. Corte EDU, 17 luglio 2014, ric. 47848/08, *Centre for Legal Resources on behalf of Valentin Câmpăanu c. Romania*, e 5 giugno 2015, ric. 46043/14, *Lambert e altri c. Francia*.

⁴⁰ A titolo esemplificativo, di recente, Corte EDU, 11 maggio 2021, ric. 73731/17 *Epure c. Romania*.

⁴¹ *Ex multis*, Corte EDU, 15 dicembre 2016, ric. 16483/12, *Kblajfia e altri c. Italia*.

allorché siano appunto coinvolti soggetti vulnerabili⁴², ma anche quelli relativi alla violenza sessuale sui minori, nei quali la Corte contempla nei confronti dello Stato anche l'obbligo procedimentale di assicurare un'efficace repressione di siffatti reati mediante la conduzione di indagini e procedimenti giudiziari idonei⁴³.

Per quanto riguarda gli obblighi positivi di carattere sostanziale – essenziali alla effettività dei diritti di tutti e, a maggior ragione, dei diritti delle persone vulnerabili – basti qui richiamare tutto quell'apparato di compiti ed interventi, di stampo preventivo, che incombono sullo Stato in funzione, ad esempio, della protezione *ex art. 2 CEDU* del diritto alla vita e all'integrità fisica del soggetto vulnerabile da atti criminali altrui o anche da atti di autolesionismo⁴⁴. Analoghe considerazioni possono essere svolte in relazione al dovere di assicurare, ai sensi dell'*art. 3 CEDU*, che nessuno venga torturato o sottoposto a pene o trattamenti inumani e degradanti, dovere che – evidentemente – non si esaurisce in un obbligo di astensione ma comprende in realtà anche l'adozione, in via generale, di misure positive volte ad evitare il verificarsi di condotte di questo genere, risultando ancor più stringente quando entrano in gioco situazioni di vulnerabilità. Significativa in proposito è, ancora, la richiamata giurisprudenza sulle condizioni di detenzione o sul trattamento dei detenuti maggiormente vulnerabili, così come indicativi risultano i casi connessi alle condizioni di svolgimento del servizio militare rispetto alle reclute di leva⁴⁵ o agli abusi sessuali su minori, che impongono allo Stato l'allestimento di un sistema penale di repressione efficace sul piano normativo e della sua attuazione pratica⁴⁶.

Seppur incerto e poco battuto, merita di essere richiamato quell'indirizzo giurisprudenziale che declina il legame tra vulnerabilità e obblighi positivi – sostanziali o procedurali che siano – secondo una visione promozionale e di sostegno, anziché di sola tutela, che prende le mosse dalla realtà di una condizione socioeconomica di vulnerabilità. È il caso, più volte richiamato, delle operazioni di sgombero delle comunità Rom, in cui la Corte talvolta ravvisa in capo alle autorità anche l'esigenza di prospettare una sistemazione abitativa alternativa nei confronti dei soggetti

⁴² Cfr., tra i tanti, Corte EDU, 9 aprile 2013, ric. 33759/10, *Iurcu c. Repubblica di Moldova*, 17 ottobre 2019, ric. 4633/15, *G.B. e altri c. Turchia*.

⁴³ Di recente, Corte EDU, 2 febbraio 2021, ric. 22457/16, *X e altri c. Bulgaria*.

⁴⁴ Per tutti, Corte EDU, 16 ottobre 2008, ric. 5608/05, *Renolde c. Francia*.

⁴⁵ V., ad esempio, Corte EDU, 21 gennaio 2014, ric. 48754/11, *Plaçi c. Italia*.

⁴⁶ Da ultimo, Corte EDU, 16 febbraio 2021, ric. 77587/12 e 74603/12, *V.C.L. e A.N. c. Regno Unito*.

particolarmente vulnerabili, ma anche quello dei rifugiati richiedenti asilo che versano in condizioni di povertà estrema, nei confronti dei quali, specialmente se minori, lo Stato deve assicurare condizioni materiali di vita quantomeno decenti e dignitose.

Il terzo ed ultimo orientamento, peraltro piuttosto radicato, coinvolge la controversa dottrina del *margin of appreciation*, ed in particolare la possibilità di una riduzione della discrezionalità nelle scelte imputate allo Stato dinnanzi a previsioni restrittive dei diritti fondamentali dei membri di un «gruppo vulnerabile» tradizionalmente discriminato, le quali in effetti – avverte la Corte – possono essere indice di uno stereotipo nello stesso legislatore e, per questo, devono essere sottoposte ad uno scrutinio molto rigoroso⁴⁷. Trattasi di un indirizzo dal chiaro intento antidiscriminatorio, che ha trovato ampio riscontro nella pratica, anche in ambiti in cui lo Stato gode di un amplissimo margine di apprezzamento⁴⁸, scorgendo nell'eguaglianza di genere una importante prospettiva di sviluppo dell'azione del Consiglio d'Europa⁴⁹.

6. I diritti delle persone vulnerabili nella giurisprudenza della Corte di giustizia

L'integrazione dei sistemi di tutela dei diritti fondamentali ha certamente consentito agli orientamenti della Corte di Strasburgo in tema di protezione delle persone vulnerabili di riverberarsi ed influire nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale⁵⁰. Pur nella indubbia diversità dei ruoli e degli ordinamenti di riferimento, la tematica della effettività dei diritti delle persone vulnerabili – per come delineata dalla giurisprudenza convenzionale – evidenzia delle traiettorie interpretative ormai condivise al livello costituzionale e dell'Unione europea.

⁴⁷ Con particolare riguardo al divieto di discriminazione, v. F. Donati – P. Milazzo, *La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in P. Falzea – A. Spadaro – L. Ventura (a cura di), *La Corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Torino, 2003, p. 65 ss.; G.P. Dolso, *Il principio di non discriminazione nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2013, p. 165 ss.

⁴⁸ Cfr., di recente, Corte EDU, 24 ottobre 2019, ric. 32949/17 e 34614/17, *J.D. e A c. Regno Unito*; 15 febbraio 2022, ric. 26081/17, *Anatoliy Marinov c. Bulgaria*.

⁴⁹ *Ex multis*, Corte EDU, 2 febbraio 2016, ric. 7186/09, *Di Trizio c. Svizzera*.

⁵⁰ Nel senso della integrazione tra gli ordinamenti e i relativi sistemi di protezione dei diritti, già S.P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, in Id. (a cura di), *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, 2005, p. 90 ss.

Per quanto concerne il contributo della Corte di giustizia al tema, esso risulta solo parzialmente rilevante giacché, in sostanza, limitato alla precisazione, per il tramite dello strumento del rinvio pregiudiziale, della portata della normativa europea che ha direttamente impiegato la nozione di vulnerabilità. Tale contributo – in sintonia con l'impostazione seguita dalla Corte europea dei diritti, di cui sovente richiama gli indirizzi – dà conto di un'interpretazione della vulnerabilità da parte del giudice dell'Unione volutamente espansiva e sempre orientata alla garanzia di una più incisiva tutela verso il soggetto vulnerabile.

In questo senso, merita senz'altro di essere richiamato il settore della cooperazione giudiziaria in materia penale in relazione alla posizione delle «vittime particolarmente vulnerabili» nel processo penale⁵¹, ma anche il contributo in materia di rimpatri ed asilo, con particolare riferimento ai minori, accompagnati o meno, nell'ottica del principio dell'interesse superiore del bambino. Sotto questo profilo, la leva della protezione del soggetto vulnerabile ha avuto modo di incidere sul diritto al ricongiungimento familiare⁵², sulla valutazione delle domande di protezione internazionale⁵³, sui limiti al rimpatrio di cittadini di Paesi terzi ivi torturati ma non più esposti a tale rischio⁵⁴, e più in generale sull'attuazione del sistema europeo comune di asilo⁵⁵.

La medesima impostazione di massima trova riscontro nel settore della politica sociale, specie rispetto al diritto al congedo di maternità per le donne gestanti, puerpere e in periodo di allattamento⁵⁶, così come in tema di organizzazione dell'orario di lavoro⁵⁷.

⁵¹ V. Corte giust., 16 giugno 2005, C-105/03, *Pupino*, nonché, in senso conforme, 21 dicembre 2011, C-507/10, X. Limitatamente al profilo in questione, v. D. Savy, *La tutela delle vittime dei reati nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: un difficile equilibrio tra gli interessi della vittima vulnerabile ed i diritti dell'indagato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2012, p. 762 ss.

⁵² Cfr. Corte giust., 12 aprile 2018, C-550/16, *A e S*; 16 luglio 2020, C-133/19, C-136/19 e C-137/19, *Stato belga*.

⁵³ Con riferimento alle domande fondate sul timore di persecuzione in ragione dell'orientamento sessuale, Corte giust., 2 dicembre 2014, C-148/13 a C-150/13, *A*, punti 67 ss. Per un commento al riguardo, D. Mercadante, *La Corte di giustizia proibisce i cosiddetti test di omosessualità e precisa alcuni diritti dei richiedenti asilo perseguitati a causa dell'orientamento sessuale*, in *Forum Quad. Cost.*, 18 dicembre 2014.

⁵⁴ V. Corte giust., 24 aprile 2018, C-353/16, *MP*.

⁵⁵ Di recente, tra i diversi aspetti in considerazione, v. Corte giust., 19 marzo 2019, C-163/17, *Javo*; 12 novembre 2019, C-233/18, *Haqbin*; 17 dicembre 2020, C-808/18, *Commissione/Ungheria*.

⁵⁶ Corte giust., 18 novembre 2020, C-463/19, *Syndicat CFTC*.

⁵⁷ Corte giust., 20 novembre 2018, C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța e a.*

Esemplificativo, infine, è il caso dei consumatori di prodotti di tabacco rispetto al divieto di apporre etichettature di carattere promozionale sulle confezioni di questi prodotti, interpretato estensivamente anche in relazione ad informazioni materialmente esatte. E ciò, proprio in forza della qualificazione dei fumatori come «consumatori vulnerabili», presupposto che giustifica, nella visione della Corte di giustizia, tale più penetrante grado di protezione⁵⁸.

7. Le istanze della vulnerabilità nella più recente giurisprudenza della Corte costituzionale. Il fronte dei c.d. temi sensibili

Assai più interessante è il peso che assume la vulnerabilità nel diverso contesto del sindacato di costituzionalità. Gli ambiti più significativi della giurisprudenza costituzionale in cui interviene l'argomento della vulnerabilità sono ormai diversi. Anch'essi danno conto, nei loro tratti essenziali, di una visione comune con la Corte di Strasburgo.

Il primo ambito concerne i c.d. temi sensibili sul piano etico e morale, a cominciare dalla delicatissima materia del “fine vita”. Al netto delle numerose implicazioni sollevate sul piano sostanziale e processuale, l'ord. n. 207 del 2018 e la sent. n. 242 del 2019 della Corte costituzionale, che della prima è la necessaria conseguenza⁵⁹, evidenziano un utilizzo dell'argomento della vulnerabilità che, nel solco di premesse condivise con la giurisprudenza della Corte europea in materia, appare spiccatamente orientato alla garanzia della libertà di autodeterminazione del malato irreversibile esposto a gravi sofferenze avvertite come intollerabili, mantenuto in vita da un trattamento artificiale di sostegno ma pienamente capace di prendere decisioni libere e consapevoli. Emerge dunque chiara, in relazione alla libertà costituzionale di scelta delle terapie, o del loro rifiuto (artt. 2, 13 e 32, co. 2, Cost.), la finalità di salvaguardare l'autodeterminazione del malato che versa in questa

⁵⁸ Corte giust., 4 maggio 2016, C-547/14, *Philip Morris Brands e a.*

⁵⁹ Sul tema la dottrina – non soltanto costituzionalistica – è sterminata. Tra gli ultimi contributi al riguardo, si rinvia al Seminario del Gruppo di Pisa, Torino 22 dicembre 2022, *L'elaborazione di un diritto a una morte dignitosa nell'esperienza europea*, i cui atti sono in corso di pubblicazione.

particolarissima condizione di vulnerabilità, la cui considerazione ha peraltro già trovato accoglienza nella legislazione italiana⁶⁰.

Siffatta condizione di vulnerabilità rappresenta poi il presupposto in base al quale la Corte costituzionale calibra, sulla falsariga della citata legislazione, il verso e il contenuto dell'intervento additivo posto in essere, per la verità neanche prospettato dal giudice *a quo*, ed ancor prima giustifica il passaggio dalla prima pronuncia d'incostituzionalità accertata ma non dichiarata, seppur accompagnata dall'assegnazione al legislatore di un termine per intervenire, alla seconda pronuncia d'incostituzionalità, di stampo fortemente creativo, in cui il riferimento alla vulnerabilità configura, nel solco di un'accezione relativa e personale di dignità, un caso evidente di discostamento dalla dottrina delle "rime obbligate"⁶¹.

Completamente diverso è l'esito cui, attraverso l'argomento della vulnerabilità, la Corte costituzionale giunge con le pronunce sulle c.d. *escort*, ovvero sia sul fenomeno della prostituzione liberamente e consapevolmente esercitata (sentt. nn. 141 e 278 del 2019). In questo caso, le ragioni connesse alla più intensa protezione da assicurare alla situazione di vulnerabilità agiscono a scapito dei profili legati all'autodeterminazione, servendo piuttosto al giudice costituzionale proprio per superare le censure mosse alla legge Merlin.

Al di là delle obiezioni sollevate intorno al ricorso ad un'accezione in senso «oggettivo» di dignità e ad una più generale visione moralistica della prostituzione⁶², appare evidente come la tutela della vulnerabilità – calata dalla Corte nel quadro di un rapporto economico di scambio che pone la parte che si prostituisce in una situazione di debolezza e correttamente

⁶⁰ Segnatamente, l. 22 dicembre 2017, n. 219 (*Norme in materia di consenso informato e di disposizioni anticipate di trattamento*).

⁶¹ Sul punto, *ex multis*, cfr. E. Furno, *Il "caso Cappato" ovvero dell'attivismo giudiziale*, in *Rivista AIC*, 1, 2020, p. 310 ss.; F. Politi, *La sentenza n. 242 del 2019 ovvero della rarefazione del parametro costituzionale e della fine delle "rime obbligate"? Un giudizio di ragionevolezza in una questione di costituzionalità eticamente (molto) sensibile*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, p. 661 ss. Sulla connessione tra la tecnica decisoria avviata con la citata ord. n. 207 del 2018 ed il superamento delle c.d. "rime obbligate", cfr. R. Romboli, *Il nuovo tipo di decisione in due tempi ed il superamento delle «rime obbligate»: la Corte costituzionale non terza, ma unica camera dei diritti fondamentali?*, in *Foro it.*, 2020, I, p. 2565 ss.; M. Ruotolo, *Oltre le "rime obbligate"?*, in *federalismi.it*, 3, 2021, p. 58 ss.

⁶² In argomento, *ex multis*, R. Bin, *La libertà sessuale e prostituzione (in margine alla sent. 141/2019)*, in *Forum Quad. Cost.*, 26 novembre 2019, p. 5; B. Pezzini, *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale: la legge Merlin nella prospettiva costituzionale antisubordinazione di genere*, in A. Apostoli (a cura di), *Donne, corpo e mercato di fronte alle categorie del diritto costituzionale*, Torino, 2021, p. 67.

soppesata in funzione delle «condotte parallele» alla prostituzione, vero oggetto del sindacato di costituzionalità – rappresenti un intento legittimamente perseguito dal legislatore anche in relazione all’attività di *escort* giacché ravvisabile non tanto o soltanto nel momento della scelta d’intraprendere tale attività, che può in ipotesi anche essere libera e consapevole, quanto piuttosto nella possibilità di revocarla in concreto. Profilo, quest’ultimo, su cui di certo pesano proprio quelle condotte parallele poste in essere da terzi che, a ben vedere, agevolandone lo svolgimento, non appaiono per nulla disinteressati al mantenimento in essere di tale attività da parte delle *escort*, dalla quale traggono profitti e benefici, rendendo così la scelta inizialmente intrapresa un’opzione difficilmente reversibile⁶³.

L’argomento della vulnerabilità interviene poi in tema di surrogazione di maternità là dove la Corte costituzionale (sent. n. 33 del 2021) lo utilizza nel delicatissimo bilanciamento tra l’interesse primario del minore, nato tramite tale pratica, al riconoscimento di un legame giuridico di filiazione con il «genitore d’intenzione non biologico» e la finalità, legittimamente supportata da sanzione penale, di disincentivare il ricorso in sé alla surrogazione di maternità⁶⁴. Più in dettaglio, nel solco tracciato dalla Corte di Strasburgo, il giudice costituzionale non soltanto assegna alla vulnerabilità delle donne che versano «in situazioni sociali ed economiche disagiate», a fronte di accordi di maternità surrogata, un peso determinante nel bilanciamento tra interessi costituzionalmente rilevanti, arrivando addirittura ad incidere sul dogma della preminenza dell’interesse del minore; ma dà altresì del concetto di vulnerabilità un’accezione particolarmente estesa, esplicitandone il nesso con il rispetto della dignità umana nella sua declinazione di significato come libertà di autodeterminazione. La portata di tale accezione, foriera di ampi margini di discrezionalità, non si limita infatti alla condizione soggettiva di gestante che ha intrapreso il percorso della surrogazione di maternità, ma coinvolge altresì il piano oggettivo delle

⁶³ In questo senso, sia consentito il rinvio a P. Scarlatti, *La sentenza n. 141 del 2019 della Corte costituzionale tra discrezionalità del legislatore e tutela dei diritti fondamentali delle persone vulnerabili*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2020, ora in M. Manetti – M. Siclari (a cura di), *Libertà sessuale e prostituzione in una recente sentenza della Corte costituzionale*, Roma, 2023, p. 137 ss.

⁶⁴ Cfr. F. Paterniti, *Status di figlio e limiti alle possibilità genitoriali delle coppie omoaffettive: lacune dell’ordinamento, attese legislative e (problematici) arresti giurisprudenziali*, in *Rivista AIC*, 4, 2021; E. Malfatti, *La gestazione per altri, tra letture ‘neutralizzanti’ il fenomeno e tutela sovranazionale degli human rights*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2021; F. Rimoli, *Diritto all’omogenitorialità*, best interests of the child e famiglia “naturale”: un problema ancora irrisolto, in *Giur. cost.*, 2021, p. 339 ss.

condizioni di ordine economico e sociale, da verificarsi caso per caso. È dietro quest'ultime infatti che può nascondersi il rischio di uno sfruttamento della vulnerabilità tale da condizionare pesantemente la donna nella sua «decisione di affrontare il percorso di una gravidanza nell'esclusivo interesse dei terzi, ai quali il bambino dovrà essere consegnato subito dopo la nascita»⁶⁵.

8. (segue) *Processo penale, detenzione e contrasto alla ludopatia*

La prospettiva dei diritti delle persone vulnerabili gioca un ruolo decisivo anche nella giustificazione, sul piano della legittimità costituzionale, di previsioni legislative eccezionali che derogano a regole e principi fondamentali del processo penale.

È il caso, per un verso, della scelta legislativa di estendere in maniera automatica alla persona offesa da una serie di reati a sfondo sessuale, alcuni dei quali allorché commessi in danno di minori, la garanzia del patrocinio a spese dello Stato a prescindere dalla situazione di non abbienza, dunque indipendentemente da ogni valutazione reddituale (sent. n. 1 del 2021)⁶⁶. Scelta legislativa fatta salva dal giudice costituzionale proprio in ragione della condizione di vulnerabilità in cui viene a trovarsi la persona offesa a fronte della particolare natura dei reati di cui è vittima. Questa, infatti, rende assolutamente ragionevole e non arbitrario l'automatismo legislativo in questione, introdotto appunto allo scopo di agevolare e sostenere sul piano processuale la persona offesa, a cominciare dalla necessità di denunciare siffatte condotte criminali.

Ma è anche il caso, per altro verso, della dichiarazione di non fondatezza delle censure mosse alla disposizione del cod. proc. pen. che, in sostanza, equipara la testimonianza del minore persona offesa, sempre in relazione a reati riguardanti la sfera sessuale, a quella del minore mero testimone con riferimento all'assunzione della testimonianza in sede di incidente probatorio (sent. n. 14 del 2021). Trattasi dunque di una disciplina derogatoria dei presupposti che governano la formazione anticipata della prova rispetto al dibattimento, che per la Corte si giustifica proprio in funzione della protezione della vulnerabilità del minore, la quale non si

⁶⁵ Corte Cost., 28 gennaio 2021, n. 33, punto 5.1 del *Cons. in dir.*

⁶⁶ Per un commento della pronuncia, v. A. Gerosa, *Il patrocinio a spese dello Stato per le vittime vulnerabili: un istituto soltanto di diritto processuale?*, in *Osservatorio AIC*, 2, 2021, p. 255 ss.; nonché, P. Scarlatti, *I diritti delle persone vulnerabili tra incertezze congenite e indirizzi in via di consolidamento*, in *Giur. cost.*, 2021, p. 8 ss.

limita ad assicurare una tutela sul piano psicologico a fronte del suo coinvolgimento processuale, ma induce altresì ad una presunzione di «analogia condizione di vulnerabilità» tra il minorenni vittima del reato e il minorenni mero testimone che rende la scelta operata dal legislatore legittima e ragionevole, oltretutto rispettosa della sfera di discrezionalità a lui riservata in materia⁶⁷.

L'argomento della vulnerabilità ricorre inoltre nella giurisprudenza costituzionale sui diritti dei detenuti⁶⁸. Esempiativo è il caso delle limitazioni ai colloqui con i difensori per i detenuti sottoposti al regime penitenziario speciale di cui all'art. 41 *bis* (sent. n. 143 del 2013)⁶⁹. Benché espressione di un'esigenza di rango costituzionale legata alla salvaguardia dell'ordine pubblico e della sicurezza, ad avviso della Corte queste limitazioni non superano il vaglio di costituzionalità proprio in ragione del rilievo decisivo che la condizione di vulnerabilità derivante da questa speciale detenzione assume nella definizione, all'interno del bilanciamento tra la menzionata esigenza e il diritto di difesa del detenuto, del nucleo essenziale di quest'ultimo diritto che – in linea con la giurisprudenza convenzionale⁷⁰ – non può essere intaccato al punto da compromettere l'effettività della difesa tecnica.

Altrettanto significativa è la pronuncia d'incostituzionalità con cui la Corte estende l'applicazione della detenzione domiciliare “in deroga”, fino a quel momento riservata alla sola ipotesi di grave infermità fisica sopravvenuta, anche all'ipotesi di grave infermità psichica sopravvenuta durante l'esecuzione della pena (sent. n. 99 del 2019). Anche in questo caso la Corte – oltre a riconoscere, in piena sintonia con la Corte di Strasburgo, l'esigenza di un'ancor più intensa tutela a fronte di una condizione in cui allo stato di detenzione si sovrappone l'infermità mentale grave – ricorre all'argomento della vulnerabilità per giustificare un intervento creativo che si colloca al di là degli argini posti dalle “rime obbligate”, corroborando così

⁶⁷ Per una ricognizione della giurisprudenza in proposito, N. Pascucci, *La testimonianza del minorenni nel processo penale*, in *Giur. It.*, 2020, p. 2578 ss.

⁶⁸ In argomento, v. G.M. Flick, *I diritti dei detenuti nella giurisprudenza costituzionale*, in *Dir. soc.*, 2012, p. 187 ss.; M. Ruotolo, *Tra integrazione e maieutica: Corte costituzionale e diritti dei detenuti*, in *Rivista AIC*, 3, 2016, p. 1 ss.

⁶⁹ Sulla pronuncia in quesitone, tra gli altri, M. Ruotolo, *Le irragionevoli restrizioni al diritto di difesa dei detenuti in regime di 41-bis*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2176 ss.; F. Fiorentin, *Regime speciale del “41-bis” e diritto di difesa: il difficile bilanciamento tra diritti fondamentali*, in *Giur. cost.*, 2013, p. 2180 ss.

⁷⁰ Tra le tante, v. Corte EDU, 27 novembre 2007, ric. 35795/02, *Asciutto c. Italia*; Corte EDU, 27 novembre 2007, ric. 58295/00 *Zagaria c. Italia*.

un indirizzo interpretativo per il quale la loro applicazione, quando inerente ai diritti delle persone vulnerabili, diviene decisamente meno rigorosa⁷¹.

Analoga impostazione trova riscontro nella pronuncia sul trattamento, mediante assegnazione presso le residenze per l'esecuzione di misure di sicurezza (REMS), degli autori di reato affetti da infermità psichica e socialmente pericolosi (sent. n. 22 del 2022). Pronuncia che, seppur d'inammissibilità, rende espliciti i profili di frizione con i principi costituzionali generati dall'operatività in concreto del sistema delle REMS e le sue conseguenti esigenze di riforma, da calibrarsi proprio in ragione delle «ineludibili esigenze di tutela dei diritti fondamentali dei suoi destinatari, particolarmente vulnerabili proprio in ragione della loro malattia»⁷². Tali esigenze di tutela della vulnerabilità, più precisamente, si riflettono sul piano interno là dove, rispetto all'uso legittimo della contenzione all'interno delle REMS, la Corte riconosce negli artt. 13 e 32, co. 2, Cost., opportunamente letti in combinazione con l'art. 2 Cost., i presupposti di una necessaria assunzione di responsabilità da parte dello Stato, mentre ribadiscono sul piano sovranazionale la sintonia di massima con gli orientamenti della Corte di Strasburgo⁷³.

Merita infine di essere richiamato il nuovo indirizzo giurisprudenziale sulla disciplina dei giochi leciti (sentt. nn. 300 del 2011, 108 del 2017 e 27 del 2019) in virtù del quale, diversamente dal passato, la Corte costituzionale ha iniziato a distinguere all'interno della materia, regolarmente inquadrata nell'ambito della competenza legislativa esclusiva dello Stato *ex* art. 117, co. 2, lett. *b*), Cost., profili di disciplina particolari rispetto ai quali, in considerazione di finalità ulteriori alla prevenzione dei reati e al mantenimento dell'ordine pubblico, l'esercizio della funzione legislativa da parte delle Regioni è da ritenersi in realtà legittimo, oltretutto opportuno⁷⁴. Ebbene tra queste finalità il giudice costituzionale ha anzitutto inserito, in

⁷¹ Sul punto, v. F. Siracusano, *Il "reo folle" davanti al Giudice delle leggi: la Corte costituzionale supplisce all'ostinata inerzia del legislatore*, in *Giur. cost.*, 2019, p. 1113-1114.

⁷² Corte cost., 16 dicembre 2021, n. 22, punto 5.3.2 del *Cons. in dir.* Per una disamina della pronuncia, G. Monaco, *REMS: riserva di legge e competenze del Ministro della giustizia. Dopo un'ampia istruttoria, ancora una pronuncia di incostituzionalità accertata ma non dichiarata*, in *Osservatorio AIC*, 3, 2022, p. 274 ss.

⁷³ In proposito, da ultimo, Corte EDU, *Sy c. Italia*, cit., su cui, per un approfondimento nell'ottica della vulnerabilità, P. Scarlatti, *Tutela dei diritti e trattamento dei detenuti vulnerabili. A proposito del recente caso Sy contro Italia*, in *Dirittifondamentali.it*, 1, 2022, p. 533 ss.

⁷⁴ In argomento, da ultimo, M. Rospi, *Il nuovo assetto costituzionale della materia di giochi e scommesse tra competenza dello Stato e competenza delle Regioni e degli altri Enti locali alla luce del principio di proporzionalità*, in *federalismi.it*, 29, 2020, p. 171 ss.

un'ottica di prevenzione e contrasto della ludopatia, proprio la tutela dei soggetti maggiormente vulnerabili della società, riconoscendo così, nel tempo, la conformità costituzionale d'interventi legislativi regionali più stringenti, adottati su aspetti specifici della materia, in quanto ascrivibili, per il tramite della tutela delle persone vulnerabili al gioco d'azzardo patologico, nell'ambito di finalità sociosanitarie connesse in realtà alla materia concorrente «tutela della salute».

9. Attivismo giudiziale e ruolo del legislatore: l'attualità della Costituzione repubblicana nella delimitazione della vulnerabilità

La vicenda dei diritti delle persone vulnerabili evoca senz'altro scenari e sfide affascinanti, ma anche criticità rispetto alla tenuta di determinati principi costituzionali. Se da un lato, in effetti, essa si configura come un tentativo di rispondere ad istanze estreme ed inedite di fragilità che non possono rimanere inevase giacché afferenti ai compiti tradizionali del costituzionalismo, dall'altro ripropone, su basi nuove, la questione del rapporto tra ruolo del legislatore nel contesto dello Stato costituzionale e prerogative dei giudici. La vicenda in esame è infatti indice chiaro del crescente protagonismo acquisito in questo campo dal diritto giurisprudenziale a discapito del diritto politico.

Ebbene due paiono i principali versanti problematici di questa vicenda: il primo riguarda la garanzia della certezza e prevedibilità del diritto e coinvolge tanto la realtà di una pratica giurisprudenziale che, nell'ottica della effettività e del metodo casistico, ricorre ad una concezione aperta di vulnerabilità, quanto la natura stessa degli assetti "multilivello" che nel corso degli ultimi decenni si sono andati plasmando nel sistema di tutela giurisdizionale dei diritti ed in relazione ai quali – non a caso – la tutela delle persone vulnerabili ha trovato radicamento.

Il secondo versante problematico si lega invece al rischio di un uso in senso paternalistico della vulnerabilità da parte delle Corti, ossia che tale nozione possa rappresentare il veicolo per l'ingresso di un nuovo paternalismo per via giudiziaria. Circostanza che assume particolare rilievo a fronte della realtà di un giudizio caso per caso che si realizza mediante opzioni e preferenze definite necessariamente da scelte di valore.

Rispetto a queste problematiche risulta senz'altro utile ragionare sul rinvigorismento degli obblighi motivazionali da parte delle Corti o sulla valorizzazione della intermediazione del legislatore e del vincolo alla norma positiva affinché l'attivismo giudiziale si ponga almeno in sintonia con il

quadro normativo di riferimento e con gli indirizzi di politica legislativa di cui è espressione. Ma, soprattutto, appare necessario recuperare una lettura della vulnerabilità secondo un approccio costituzionale e laico, che non lasci al giudice l'onere di farsi carico di un intervento spesso imposto o comunque indotto dall'inerzia del decisore politico. Viceversa, la problematica dei diritti delle persone vulnerabili disvela l'esigenza, fondamentale e di grande attualità per il diritto costituzionale, di una imprescindibile responsabilizzazione delle istituzioni politiche, i cui presupposti peraltro già vivono nel tessuto e nello spirito della Costituzione repubblicana.

ABSTRACT: The essay investigates the constitutional grounds of vulnerability in the light of the case-law of the European Courts of Rights. Furthermore, the essay dwells on the constraints led by such supranational case-law into the most recent Constitutional Court jurisprudence on the rights of vulnerable individuals.

KEYWORDS: vulnerabilità – soggetti deboli – Corte Edu – Corte di giustizia – giurisprudenza costituzionale

Paolo Scarlatti – Professore associato di Diritto costituzionale nell'Università degli Studi "Roma Tre" (paolo.scarlatti@uniroma3.it)

Brevi note in tema di salario minimo*

Angelo Casu

SOMMARIO: 1. La funzione sociale del salario minimo costituzionale. – 2. Il salario minimo costituzionale nella prassi giurisprudenziale. – 2.1. Segue. Determinazione della retribuzione e crisi del parametro-contratto. – 3. L’impatto della direttiva UE 2022/2041 e i rischi di una deriva interpretativa peggiorativa. – 4. Sviluppi recenti del dibattito in Italia. Il problema dell’adeguatezza della retribuzione nelle sentenze Cass. 27711-27713-27769/2023. – 4.1. Segue. Il disegno di legge delega (S. 957) – 5. Una legge a garanzia della giusta retribuzione: oggi no, domani forse, dopodomani ... (?).

1. La funzione sociale del salario minimo costituzionale.

Negli ultimi anni, l’introduzione di una legislazione sui trattamenti retributivi minimi, volta a garantire i principi di proporzionalità e sufficienza dell’art. 36 Cost., è tornata un tema di attualità politica e giuridica. Ciò trova una giustificazione, in parte, nel dispiegarsi degli effetti della crisi economico-sociale conseguente alla diffusione della pandemia di Covid 19¹ e, peraltro, nella crescente difficoltà dei tradizionali meccanismi di determinazione della retribuzione nel rispettare i requisiti costituzionali, come dimostrato dai più recenti orientamenti giurisprudenziali². In altri termini, accanto al tradizionale problema della selezione della fonte, si pone con sempre maggiore urgenza quello della sua adeguatezza rispetto ai canoni dell’art. 36 Cost. La norma costituzionale, che, come è noto, assoggetta ai principi di sufficienza e proporzionalità alla qualità e alla quantità del lavoro la retribuzione, disancora la stessa da una funzione meramente

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ Cfr. Considerando 9 e 11, dir. UE n. 2022/2041.

² Cfr. Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711 - 27713 – 27769, nonché App. Milano 13 giugno 2022, n. 579; App. Milano 13 giugno 2022, n. 580, con nota di F. De Giuli, *Giusta retribuzione e funzione parametrica del contratto collettivo. L’eccezione conferma la regola?*, in *Lavoro e previdenza oggi*, 1-2, 2023, p. 89 ss.; App. Milano 19 settembre 2022, n. 626; Trib. Torino 9 agosto 2019, n. 1128; e Trib. Milano 29 ottobre 2019, n. 2457, con nota di S. Bellomo, *Determinazione giudiziale della retribuzione e individuazione del contratto collettivo-parametro tra art. 36 Cost. e normativa speciale applicabile ai soci lavoratori di cooperative*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1, 2020, II, p. 28 ss.; Trib. Milano 22 marzo 2022, n. 673.

“corrispettiva” e le attribuisce una funzione “sociale”³, volta a garantire al lavoratore un’esistenza libera e dignitosa. Una dignità che si fa, quindi, portatrice delle tendenze emancipatorie e solidaristiche contenute nei principi generali della Costituzione e che permette di dotare il diritto al lavoro (artt. 1, co. 1 e 4, co. 1. Cost.) di una connotazione non meramente astratta, ma concreta e piena di senso⁴, giacché collocata sul terreno dei rapporti di forza strutturali del mercato del lavoro. Così l’art. 36 Cost. condivide con l’art. 38 Cost. il fondamento solidaristico dell’art. 2 Cost.⁵ che informa, nel primo caso, il rapporto di lavoro e con esso l’ideale costituzionale di «un’esistenza libera e degna»⁶.

A fronte di queste considerazioni, il presente articolo si propone di analizzare le più recenti evoluzioni del dibattito normativo e giurisprudenziale in tema di minimi retributivi e valutare quali siano gli spazi per una legislazione in materia, anche a seguito delle indicazioni del Cnel e della direttiva UE 2022/2041.

Occorre precisare che la complessità dei profili relativi alla povertà lavorativa nonché l’economia del presente contributo impongono una delimitazione del campo d’indagine. La ricerca, invero, non tratterà il tema del cd. “equo compenso” dei lavoratori autonomi. Sebbene l’argomento si presti all’analisi di profili giuridici di attuale interesse⁷, deve allo stesso tempo precisarsi che l’ambito applicativo dei principi dell’art. 36 Cost., su cui si concentra l’elaborato, viene circoscritto dalla giurisprudenza prevalente al lavoro subordinato⁸.

³ Come evidenziato da L. Zoppoli, *La corresponsività nel contratto di lavoro*, Edizioni Scientifiche Italiane, 1991, p. 279 ss.; P. Pascucci, *La giusta retribuzione nei contratti di lavoro, oggi*, in Aa. Vv., *La retribuzione*, Atti AIDLASS 2018, Milano, 2019, p. 92.

⁴ Vd. S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2012, p. 184.

⁵ Per un collegamento tra artt. 2 e 36 Cost. cfr. F. Ponte, *Appunti sul salario minimo*, in *La cittadinanza europea*, 2, 2019, p. 147.

⁶ Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione italiana: articolo 2*, Bari, 2017, p. 124.

⁷ Si vedano da ultime le disposizioni in materia di equo compenso delle prestazioni professionali della l. n. 49/2023.

⁸ *Ex multis* cfr. recentemente Cass. civ., 22 febbraio 2021, n. 4667; Cass. civ., 31 agosto 2018, n. 21482; Trib. Pavia, 25 settembre 2023, n. 1149. In dottrina, tale limitazione non è pacifica con riferimento alle collaborazioni coordinate e continuative di cui all’art. 409 c.p.c. Cfr. sul punto G. Santoro-Passarelli, *Il lavoro «parasubordinato»*, Franco Angeli, 1979, pp. 99 - 100; F. Ferraro, *Studio sulla collaborazione coordinata*, Torino, 2023, p. 221 ss.

2. Il salario minimo costituzionale nella prassi giurisprudenziale.

In dottrina si è sostenuto che la giurisprudenza, piuttosto che soffermarsi su quale sia il *quantum* della giusta retribuzione, abbia preferito individuare la fonte più adeguata a determinarla⁹. Questa considerazione aiuta a comprendere le vicende ermeneutiche e di sistema che hanno caratterizzato l'art. 36, co.1, Cost.

La Corte costituzionale, già nelle sue pronunce più risalenti, ha escluso una riserva normativa o contrattuale per la determinazione della retribuzione¹⁰. In ogni caso, la giurisprudenza ha assunto come riferimento consolidato il parametro fornito dalle tabelle salariali della contrattazione collettiva. Invero, l'istituto della retribuzione è sensibile – per sua stessa natura – allo stato dei rapporti di forza nei diversi settori produttivi, che contribuiscono a individuare il costo del lavoro. È opportuno precisare che, stante l'inattuazione dell'art. 39 Cost. – e la conseguente impossibilità di estendere l'efficacia della contrattazione collettiva *erga omnes* –, la Consulta ha dichiarato la diretta precettività dell'art. 36 Cost.¹¹. L'intreccio tra art. 36 Cost. e 39 Cost., oltre a trovare conferma nell'ordinamento intersindacale¹², si rinviene implicitamente nella giurisprudenza costituzionale, che ha affermato come la contrattazione collettiva «secondo una interpretazione costituzionale consolidata» sia «lo strumento di attuazione»¹³ della giusta retribuzione.

Secondo un'elaborazione giurisprudenziale della Corte di legittimità granitica – al punto da poterla considerare alla stregua di «diritto vivente»¹⁴ – la norma costituzionale è direttamente invocabile in giudizio tramite gli artt.

⁹ V. Bavaro, *Il giusto salario e la giurisprudenza italiana. Note critiche*, in P. Albi (a cura di), *Salario minimo e salario giusto*, Torino, 2023, p. 67.

¹⁰ Cfr. Cost., 19 dicembre 1962, n. 106, par. 3. In dottrina cfr. T. Treu, *Art. 36*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 35-40*, Zanichelli, 1979, p. 74.

¹¹ *Ex multis* A. D'Atena, *Lezioni di diritto costituzionale*, IV ed., Torino, 2018, pp. 33-34, ma cfr. anche G. Giugni, *Prefazione*, in M. De Cristofaro, *La giusta retribuzione*, Il Mulino, 1971, p. 9-10, che nella “accettazione” della precettività dell'art 36 Cost. scorge una “scelta politica di deliberata supplenza del giudiziario all'inerzia del legislativo”.

¹² Cfr. Cgil-Cisl-Uil, *Un moderno sistema di relazioni industriali, per uno sviluppo economico fondato sull'innovazione e la qualità del lavoro*, 14 gennaio 2016, p. 14, in cui le Parti concordano che «l'esigibilità universale dei minimi salariali definiti dai Ccnl, in alternativa all'ipotesi del salario minimo legale, va sancita attraverso un intervento legislativo di sostegno, che definisca l'erga omnes dei Ccnl, dando attuazione a quanto previsto dall'Art. 39 della Costituzione».

¹³ Cost., 26 marzo 1991, n. 124, par. 6.

¹⁴ Cfr. M. Biasi, *Il salario minimo legale nel Jobs Act: promozione o svuotamento dell'azione contrattuale collettiva*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 2, 2015, p. 377, nt. 42.

1419 c.c., utile alla dichiarazione di nullità della clausola individuale contenente la retribuzione costituzionalmente illegittima, e 2099, co. 2, c.c., per la determinazione giudiziale della stessa. Il parametro di riferimento selezionato sin dalla più risalente giurisprudenza per la determinazione della retribuzione è la contrattazione collettiva nazionale del settore merceologico del datore di lavoro¹⁵. Del resto, può osservarsi come la fonte collettiva contenga solitamente al suo interno un'articolazione della retribuzione oraria (quantità del lavoro), connessa al livello di inquadramento (qualità), che maggiormente si adatta nella forma a quanto richiesto dal principio di proporzionalità¹⁶.

2.1. Segue. Determinazione della retribuzione e crisi del parametro-contratto.

Il meccanismo per la determinazione della retribuzione attuato dalla giurisprudenza si è rivelato “fragile” alla prova della crisi della rappresentanza delle parti sociali e al conseguente proliferare di contratti collettivi all'interno dello stesso settore merceologico, che ha generato una crescente difficoltà nella selezione di un contratto di riferimento. In assenza di un apparato di regole condiviso sul piano dell'ordinamento intersindacale¹⁷, o di una legislazione generale che selezioni il parametro esterno per la commisurazione del trattamento retributivo, invero, il giudice, nell'esercizio della sua discrezionalità¹⁸, può discostarsi dal parametro della contrattazione collettiva nazionale di categoria applicabile.

Il fenomeno si è acuito con le problematiche legate al cd. “dumping contrattuale”, su cui influiscono, oltre alla frammentazione della rappresentanza, le forti dinamiche ribassiste delle relazioni industriali contemporanee¹⁹. La libera scelta del contratto collettivo applicabile

¹⁵ Cass. civ., 12 maggio 1951, n. 1184; Cass. civ., 21 febbraio 1952, n. 461; Cass. civ., 27 febbraio 1958, n. 663; Cass. civ., 15 febbraio 1962, n. 308.

¹⁶ Vd. R. Del Punta, *Diritto del lavoro*, Milano, 2022, p. 582. In tal senso, tra gli altri, anche M. Persiani, *I nuovi problemi della retribuzione*, Padova, 1982, p. 3.

¹⁷ Sul rapporto tra crisi della contrattazione collettiva e tutela giuridica dei salari cfr. *funditus* M. Delfino, *Salario legale, contrattazione collettiva e concorrenza*, Napoli, 2019, p. 107 ss.

¹⁸ Sul «soggettivismo giudiziario» in materia di giusta retribuzione cfr. G. Santoro-Passarelli, *Efficacia soggettiva del contratto collettivo: accordi separati, dissenso individuale e clausola di rinvio*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 3, 2010, I, p. 513-514. In senso critico anche T. Treu, *Il salario minimo: limiti della supplenza giurisprudenziale e prospettive*, in *Giurisprudenza italiana*, 3, 2015, p. 744.

¹⁹ S. Bellomo, *Lavoro e dignità economica: giustizia retributiva ed interventi di sostegno al reddito e all'occupabilità*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2, 2023, I, p. 221.

rappresenta una declinazione del principio di libertà sindacale²⁰. Il fenomeno della contrattazione cd. “pirata”²¹ è, allo stato delle cose, piuttosto contenuto²² e, in ogni caso, i trattamenti retributivi contrari ai principi di proporzionalità e sufficienza sono impugnabili di fronte al giudice del lavoro con loro conseguente disapplicazione e sostituzione. Tali considerazioni, tuttavia, non risolvono le questioni aperte di certezza del diritto, ovvero l’eccesso di discrezionalità consentito dall’art. 2099, co. 2, c.c. al giudice²³ – che in tempi non lontani ha dato riprova di tenere conto, ai fini della decisione, di criteri elastici peggiorativi come le «piccole dimensioni dell’impresa»²⁴ – e l’onerosità in termini di costi e di tempo che comporta il dover ricorrere in sede giurisdizionale per la determinazione e la tutela del diritto alla giusta retribuzione.

Sebbene buona parte della giurisprudenza abbia attribuito alla contrattazione collettiva – «autorità salariale»²⁵ in materia di retribuzione – una «presunzione di costituzionalità»²⁶, questa sarebbe, in ogni modo, da ritenersi *iuris tantum*, potendo il giudice accertare la contrarietà della retribuzione all’art. 36 Cost. avvalendosi di altri parametri. A tal proposito, preme notare come la giurisprudenza di merito abbia talvolta utilizzato

²⁰ Tra tutte cfr. Cass. civ., sez. un., 26 marzo 1997, n. 2665, con nota di G. Pera, *La contrattazione collettiva di diritto comune e l’art. 2070 c.c.*, in *Giustizia civile*, 5, 1997, p. 1203-1204 e M. Marazza, *Le sezioni unite sui criteri di applicazione del contratto collettivo di diritto comune e retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Giurisprudenza italiana*, 5, 1998, p. 916-917.

²¹ Secondo la definizione di G. Pera, *Note sui contratti collettivi «pirata»*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 4, 1997, I, p. 381, i “contratti stipulati, in diverse zone, da parte di organizzazioni datoriali e di lavoratori di dubbia rappresentatività e con un contenuto fortemente al ribasso rispetto al contratto stipulato per la categoria dai sindacati aderenti alla Triplice”.

²² Cfr. il rapporto del Cnel «*Elementi di riflessione sul salario minimo in Italia*», approvato in data 12 ottobre 2023, p. 23, in cui viene riportato che, sulla base dei dati disponibili nell’Archivio, i contratti collettivi stipulati da sindacati aderenti a Cgil-Cisl e Uil “rappresentano” il 96,5 per cento dei dipendenti dei quali si conosce il contratto applicato, oppure il 92 per cento del totale dei dipendenti tracciati nel flusso Uniemens.

²³ In senso critico già F. Santoro-Passarelli, *Nuove prospettive della giurisprudenza sulla retribuzione sufficiente*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 1960, p. 147, che definisce il meccanismo giurisprudenziale di determinazione della retribuzione come una «chiave [...] buona ad aprire troppe serrature».

²⁴ Cfr. tra tutte Cass. civ., sez. lav., 15 novembre 2001, n. 14211, su cui criticamente G. Ricci, *La retribuzione costituzionalmente adeguata e il dibattito sul diritto al salario minimo*, in *Lavoro e diritto*, 4, 2011, p. 649.

²⁵ Insieme alla legge, nella definizione di F. Liso, *Autonomia collettiva e occupazione*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 78, 1998, p. 223.

²⁶ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 28 ottobre 2008, n. 25889; Cass. civ., sez. lav., 17 maggio 2003, n. 7752; Cass. civ., sez. lav., 8 gennaio 2002, n. 132.

come parametro di riferimento importi indennitari come quello della «Naspi o della CIG, la soglia di reddito per l'accesso alla pensione di inabilità e l'importo del reddito di cittadinanza»²⁷.

In questo quadro, è opportuno menzionare le recenti decisioni dei giudici di legittimità²⁸, che – condivisibilmente – non hanno ritenuto la soglia di povertà Istat un parametro idoneo a determinare di per sé la giusta retribuzione. In altri termini, la Cassazione ha escluso che la norma costituzionale limiti il proprio spazio di tutela alla garanzia di una vita “non povera”, essendo la retribuzione proiettata alla garanzia di una vita libera e dignitosa, nel rispetto dei principi di sufficienza e proporzionalità.

3. L'impatto della direttiva UE 2022/2041 e i rischi di una deriva interpretativa peggiorativa.

Ai fini di un corretto inquadramento della questione sui minimi retributivi, è opportuno soffermarsi sulle implicazioni e sulla portata precettiva della direttiva UE 2022/2041 del 19 ottobre 2022, nelle more di una normativa di attuazione. Il legislatore dell'Unione Europea è intervenuto, invero, con una normativa di carattere promozionale nell'adozione di un sistema di determinazione dei salari di contrasto al “lavoro povero”²⁹. Il provvedimento è direttamente collegabile ad alcuni principi euro-unitari, tra cui quello di cui all'art. 31 CDFUE, che sancisce il diritto di ogni lavoratore a condizioni di lavoro dignitose, in un ambito in cui la prudenza del legislatore euro-unitario si collega all'espressa esclusione della retribuzione e della contrattazione collettiva dalle aree di intervento diretto dell'Unione³⁰. La Direttiva, a tal proposito, «non intende armonizzare il livello dei salari minimi nell'Unione, né istituire un

²⁷ Tra tutte vd. Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711, par. 23.2.

²⁸ Cfr. Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711 - 27713 - 27769.

²⁹ Sul tema cfr. L. Ratti, *La proposta di direttiva sui salari minimi adeguati nella prospettiva di contrasto all'in-work poverty*, in *Diritto delle reazioni industriali*, 1, 2021, p. 59 ss.

³⁰ La giurisprudenza della Corte di Giustizia UE è ricorsa a una nozione “estensiva” del principio di non discriminazione per intervenire anche in materia di retribuzione. Cfr. Corte giust., 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*; Corte giust., 15 aprile 2008, C-268/06, *Impact*; Corte giust., 13 settembre 2007, C-307/05, *Del Cerro Alonso*. In dottrina cfr. S. D'Ascola, *Genesi (politica) e contenuto (giuridico) della direttiva sui salari nel quadro della “nuova” Europa sociale*, in P. Albi (a cura di), *op. cit.*, p. 105; V. Bavaro – S. Borelli – G. Orlandini, *La proposta di direttiva Ue sul salario minimo adeguato*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 1, 2021, I, pp. 116-117.

meccanismo uniforme per la determinazione dei salari minimi»³¹ e non interferisce con le prassi e le specificità di ogni Stato membro. Dalla previsione legislativa emerge una preferenza per la contrattazione collettiva come strumento per adeguare i salari. Ciò si evince, in primo luogo, dall'inclusione degli artt. 27 (Diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa) e 28 (Diritto di negoziazione e di azioni collettive) CDFUE, tra i principi alla base della Direttiva.

Inoltre, viene affermato espressamente che «la tutela garantita dal salario minimo mediante contratti collettivi è vantaggiosa per i lavoratori, i datori di lavoro e le imprese»³² e che, in ogni caso, anche negli Stati membri in cui sono previsti salari minimi legali, «la contrattazione collettiva sostiene l'andamento generale dei salari e contribuisce quindi a migliorare l'adeguatezza dei salari minimi, così come le condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori»³³. Come è stato autorevolmente osservato³⁴, ciò segna un passaggio, in termini di politica del diritto, da una stagione in cui le Istituzioni euro-unitarie reiteravano raccomandazioni agli Stati membri per il contenimento delle dinamiche della retribuzione, a misure promozionali delle relazioni industriali volte al raggiungimento di livelli salariali adeguati e dignitosi. La Direttiva contiene, inoltre, la considerazione per cui negli Stati membri in cui non sono previsti salari minimi legali, in cui, tuttavia, il livello salariale è stabilito dalla contrattazione collettiva, i salari medi sono «tra i più alti nell'Unione Europea»³⁵.

Per quanto qui interessa, occorre evidenziare come la Direttiva non impone l'adozione di un salario minimo legale agli Stati membri nei quali la formazione dei salari sia fornita esclusivamente mediante contratti collettivi³⁶ e come gli obblighi di adozione per legge di un «quadro di condizioni favorevoli alla contrattazione collettiva» e di un «piano di azione» per la promozione della stessa concernano gli Stati membri con un tasso di

³¹ Considerando 19, dir. UE n. 2022/2041.

³² Considerando 23, dir. UE n. 2022/2041.

³³ Considerando 22, dir. UE n. 2022/2041.

³⁴ Vd. T. Treu, *La proposta sul salario minimo e la nuova politica della Commissione europea*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1, 2021, p. 4. Su valenza politica della Direttiva cfr. V. Bavaro – S. Borelli – G. Orlandini, *op. cit.*, p. 111 ss.

³⁵ Considerando 23, dir. UE n. 2022/2041.

³⁶ Considerando 19, dir. UE n. 2022/2041.

copertura³⁷ inferiore a una soglia dell'80 %³⁸. L'Italia, quindi, non sembrerebbe interessata dai predetti obblighi, dal momento che il tasso di copertura della contrattazione collettiva si avvicina al 100%³⁹. Ne consegue che la Direttiva si atterrebbe a «tagliando di controllo sulla salute del sistema di contrattazione collettiva», dagli effetti non immediatamente precettivi.

In merito può osservarsi come le disposizioni della Direttiva abbiano come effetto quello di obbligare gli Stati membri a selezionare fonti adeguate alla determinazione dei minimi salariali, ma non pongano rimedi efficaci all'inadeguatezza delle fonti selezionate. In altri termini, circoscrivendo la considerazione al caso italiano, l'intervento euro-unitario non fornisce soluzioni al problema della crisi della contrattazione collettiva come parametro retributivo adeguato, confondendo il piano "quantitativo" del tasso di copertura con quello "qualitativo", risolvendosi così in una normativa di mero principio.

Piuttosto, deve segnalarsi il – problematico – richiamo di una recente giurisprudenza di legittimità⁴⁰ tra i criteri di giudizio al considerando 28 della Direttiva, richiamato dall'art. 5, che propone di attenersi al «rapporto tra il salario minimo lordo e il 60% del salario lordo mediano e il rapporto tra il salario minimo lordo e il 50% del salario lordo medio, valori che attualmente non sono soddisfatti da tutti gli Stati membri, o il rapporto tra il salario minimo netto e il 50% o il 60% del salario netto medio». Oltre a essere inconferente, giacché riferibile alla nozione di salario minimo *legale*, in un contesto come quello italiano, caratterizzato da un ampio spazio di discrezionalità riservato al giudice, un simile rimando potrebbe determinare

³⁷ Ai fini della Direttiva per «copertura della contrattazione collettiva» si intende «l'insieme delle negoziazioni che avvengono conformemente al diritto e alle prassi nazionali di ciascuno Stato membro tra un datore di lavoro, un gruppo di datori di lavoro o una o più organizzazioni di datori di lavoro, da un lato, e uno o più sindacati, dall'altro, per determinare le condizioni di lavoro e di impiego» (Art. 3, n. 3), dir. UE n. 2022/2041).

³⁸ Considerando 25 e art. 4, co. 2, dir. UE n. 2022/2041.

³⁹ Cfr. il recente rapporto del Cnel, cit., p. 14. Vd. tuttavia con percentuali più basse, Inapp, *Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa a salari minimi adeguati nell'Unione europea (COM(2020) 682 final)*, nota per audizione presso la Commissione 14^o Senato della Repubblica, 11 gennaio 2021, p. 7, per cui «considerando poi il tasso di copertura "allargato", vale a dire in relazione al totale degli addetti delle imprese ed includendo quindi anche le altre tipologie di lavoro diverse da quella dipendente, la copertura scende all'82,3%».

⁴⁰ Cfr. tra tutte Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711, par. 24.2.

un abbassamento delle tutele, a scapito della contrattazione collettiva più garantista sotto questo profilo⁴¹.

4. *Sviluppi recenti del dibattito in Italia. Il problema dell'adeguatezza della retribuzione nelle sentenze Cass. 27711-27713-27769/2023.*

Il 2 ottobre 2023 sono state depositate tre sentenze della Cassazione⁴² – da alcuni giudicate enfaticamente «oltremodo significative»⁴³ – che offrono coordinate utili per una legislazione attuativa dell'art. 36 Cost. sui minimi retributivi. Le sentenze dei giudici di legittimità vertono sui ricorsi di alcuni lavoratori di una cooperativa, che richiedevano l'adeguamento delle retribuzioni ai principi di proporzionalità e sufficienza di cui all'art. 36 Cost. Invero, i ricorrenti sostenevano che i trattamenti retributivi loro corrisposti sulla base del Ccnl applicato in azienda si ponessero in contrasto con la norma costituzionale, giacché financo inferiori alla soglia di povertà ISTAT (834,66 €). La Cassazione, in altri termini, è chiamata a giudicare la legittimità del trattamento salariale contenuto nel Ccnl Vigilanza Privata Servizi Fiduciari, o, meglio, la sua idoneità a fungere da parametro per la giusta retribuzione dei ricorrenti. A tal proposito, la Corte ribadisce la centralità della contrattazione collettiva come parametro per l'individuazione della giusta retribuzione, dal quale il giudice può discostarsi solo «con grande prudenza e rispetto»⁴⁴. Tuttavia, tenendo conto della crisi della rappresentanza sindacale e dei rischi sociali di una concorrenza al ribasso tra contratti collettivi, la Cassazione chiarisce che la presunzione di

⁴¹ Cfr. V. Bavaro, *Sul salario adeguato*, in *Lavoro Diritti Europa*, 2, 2022, p. 11, laddove afferma «con certezza» che «il salario direttamente stabilito dalla legge, ovunque, è inferiore finanche ai minimi tabellari previsti dai contratti collettivi».

⁴² Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711 – 27713 – 27769.

⁴³ Così F. Martelloni, *Il salario minimo legale come strumento di attuazione costituzionale*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2023, p. 107. Tra i primi commenti alle sentenze si segnalano A. Lassandari, *La Suprema Corte e il contratto collettivo: alla ricerca dell'equa retribuzione*, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2023, I, p. 531 ss.; M. Miscione, *Il salario minimo costituzionale affermato dalla Cassazione*, in *Quotidiano Giuridico*, 20 ottobre 2023; M. Barbieri, *Il salario minimo tra discussione politica e giurisprudenza*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3, 2023, p. 2 ss.; G. Bronzini, *Il contributo della Corte di cassazione per risolvere il tema dei "salari indecenti"*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3, 2023, p. 2 ss.; G. Cazzola, *Politically (in)correct – La "nazionalizzazione del salario" finisce in Cassazione*, in *Bollettino ADAPT*, 16 ottobre 2023; A. Terzi, *Salario minimo costituzionale e sindacato del giudice*, in *Questione Giustizia*, 9 ottobre 2023; P. Ichino, *Se è il giudice a stabilire il salario minimo*, in *www.lavoce.info*, 6 ottobre 2023.

⁴⁴ Tra tutte Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711, par. 37, che richiama Cass. civ., sez. lav., 14 gennaio 2021, n. 546 e Cass. civ., sez. lav., 1° febbraio 2006, n. 2245.

conformità della contrattazione collettiva alla norma costituzionale non opera in senso assoluto. Il potere giudiziale di determinazione della giusta retribuzione, pertanto, trova applicazione non solo «in mancanza», ma «nonostante» una specifica contrattazione di categoria.

Il principio è di particolare interesse, giacché si applica a una società cooperativa, nell'ambito, quindi, della l. n. 142/2001 e del d.l. n. 248/2007, che prevedono che ai soci lavoratori debbano corrispondersi trattamenti economici complessivi non inferiori a quelli dettati dai contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni datoriali e sindacali comparativamente più rappresentative a livello nazionale nella categoria. In tal caso, il minimo retributivo è individuato dalla legge mediante un rinvio alla contrattazione collettiva. La Cassazione afferma che la parte retributiva del contratto collettivo selezionato dalla legge è, ad ogni modo, sottoposta al vaglio giudiziale di conformità ai principi di proporzionalità e sufficienza. D'altronde, sostenere, diversamente, che il giudice sia vincolato ad adottare come parametro il trattamento retributivo della contrattazione collettiva, equivarrebbe ad attribuirgli efficacia *erga omnes*, esponendo la norma di rinvio a un giudizio di costituzionalità per violazione dell'art. 39 Cost. Un rinvio legislativo di questo tipo, secondo quanto affermato dalla sentenza Cost. n. 51/2015⁴⁵, supererebbe il giudizio di costituzionalità, nella misura in cui non sopprime il «contenuto essenziale»⁴⁶ del diritto alla giusta retribuzione, che rimane immediatamente precettivo e azionabile in giudizio.

Nel rinviare al giudice del merito la valutazione sul *quantum* della giusta retribuzione, la Corte stabilisce inoltre una griglia di selezione del parametro da adottare nei casi di specie: *in primis*, la contrattazione collettiva nazionale di categoria a cui rinvia la legge, in subordine, i trattamenti retributivi stabiliti in altri contratti collettivi di settori affini o per mansioni analoghe e «all'occorrenza»⁴⁷ indicatori economici e statistici.

⁴⁵ Sul tema cfr. M. Barbieri, *In tema di legittimità costituzionale del rinvio al Ccnl delle organizzazioni più rappresentative nel settore cooperativo per la determinazione della retribuzione proporzionata e sufficiente*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 3, 2015, II, p. 493 ss.; S. Laforgia, *La giusta retribuzione del socio di cooperativa: un'altra occasione per la Corte costituzionale per difendere i diritti dei lavoratori ai tempi della crisi*, in *ADL Argomenti di diritto del lavoro*, 4-5, 2015, p. 934 ss.; D. Schiuma, *Il trattamento economico del socio subordinato di cooperativa: la Corte costituzionale e il bilanciamento fra libertà sindacale e il principio di giusta ed equa retribuzione*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 3, 2015, p. 823 ss.

⁴⁶ Cfr. G. Orlandini, *Legge, contrattazione collettiva e giusta retribuzione dopo le sentenze 51/2015 e 178/2015 della Corte costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, 1, 2018, p. 11.

⁴⁷ Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711, par. 55.

Comprensibilmente, quindi, la Cassazione non sconfinava nel merito della determinazione quantitativa della giusta retribuzione, bensì si preoccupa di indicare i parametri su cui basare la decisione. Ferma la natura immediatamente precettiva dell'art. 36 Cost., appare ineliminabile lo spazio di discrezionalità affidato al giudice, anche in presenza di una legge che determinasse il minimo retributivo attraverso un rinvio alla contrattazione collettiva. Pertanto, con un *obiter dictum* – dal contenuto enigmatico – la Cassazione auspica l'individuazione di un «*quid pluri*»⁴⁸, rispetto al solo «*quantum* parametrico» costituito dalla *sola* contrattazione.

4.1. *Segue. Il disegno di legge delega (S. 957).*

Le sentenze n. 27711 – 27713 – 27769 del 2023, che giungono a pochi giorni dalla pubblicazione delle osservazioni e delle proposte del Cnel in tema di salario minimo, si inseriscono all'interno del dibattito, che ha interessato anche l'attività del legislatore, per l'introduzione di una legge sui minimi salariali⁴⁹.

Con un cambio di impostazione rispetto alle proposte precedenti⁵⁰, la Camera ha, invero, approvato il 6 dicembre 2023 la legge delega A.C. 1275⁵¹, che investe la fonte collettiva del ruolo di garantire l'attuazione del diritto dei lavoratori ad una retribuzione proporzionata e sufficiente, ai sensi dell'art. 36 Cost. (art. 1, co.1). Dal testo della legge delega è assente il riferimento a una soglia minima fissata per legge.

Sin da un primo esame il provvedimento legislativo appare problematico; in particolare, con riferimento alla scelta di avvalersi della – insidiosa – nozione di «contratti collettivi nazionali maggiormente applicati»⁵², al fine di determinare i trattamenti retributivi minimi. La norma sembra accogliere così il suggerimento del Cnel, relativo a un intervento diretto a individuare e promuovere i «contratti collettivi maggiormente diffusi

⁴⁸ Cass. civ., sez. lav., 2 ottobre 2023, n. 27711, par. 49.

⁴⁹ Solo nel primo anno della XIX° legislatura sono state presentate otto proposte di legge alla Camera (p.d.l. C. 1275-141-210-216-306-432-1053-1328) e un disegno di legge al Senato (d.d.l. S. 126) in materia di salario minimo.

⁵⁰ Prima dell'approvazione il 28 novembre 2023, in Commissione XI, in sede referente, della proposta emendativa 1.6. del Deputato On. Rizzetto (FdI), la proposta di legge C. 1275 (abbinata con le p.d.l. con C. 141, C. 210, C. 216, C. 306, C. 432, C. 1053, C. 1328) prevedeva che il trattamento economico minimo orario stabilito dai Ccnl non potesse essere inferiore a 9 euro lordi.

⁵¹ Ora (6 gennaio 2024 n.d.a.) d.d.l. S. 957, assegnato alla 10° Commissione permanente del Senato in sede referente.

⁵² Art. 1, co. 1 e co. 2, lett. a), b), g), S. 957.

per ogni settore di riferimento»⁵³ come misura di contrasto al fenomeno della proliferazione dei contratti “pirata”. A tal proposito, si noti come l’abbandono del – pur problematico – concetto di rappresentatività delle parti sociali nella selezione della contrattazione, rischia di favorire l’applicazione di contratti collettivi non effettivamente negoziati o sottoscritti da sindacati poco o nulla rappresentativi, contenenti condizioni più sfavorevoli per i lavoratori⁵⁴. Il meccanismo della selezione del parametro retributivo trascurerebbe, in questo modo, il nesso che intercorre tra rappresentatività e capacità di negoziare effettivamente le condizioni contrattuali, come evidenziato dalla giurisprudenza costituzionale. Ne risulterebbe così pregiudicata la funzione sociale della retribuzione. Il fenomeno della contrattazione “pirata”, invece che essere contenuto, potrebbe risultarne finanche incentivato. Si andrebbe a configurare l’eventualità che i datori di lavoro “escano” dalla contrattazione collettiva maggiormente rappresentativa per sottoscrivere contratti meno onerosi, in modo da elevarli a parametri di riferimento nel settore.

In assenza di una determinazione e una perimetrazione dei concetti di “categoria” e “settore” della contrattazione⁵⁵, inoltre, si pone il problema del campo di applicazione soggettivo della norma e lasciando, oltretutto, irrisolto il tema della sovrapposizione di contratti collettivi in settori “promiscui”⁵⁶.

5. Una legge a garanzia della giusta retribuzione: oggi no, domani forse, dopodomani ... (?)

L’introduzione di una legislazione sul salario minimo costituzionale resta ancora una questione aperta. La direttiva 2022/2041 e la giurisprudenza sull’art. 36 Cost. ribadiscono la funzione parametrica della contrattazione collettiva nell’individuazione della retribuzione adeguata a

⁵³ Cfr. il rapporto del Cnel, cit., p. 38.

⁵⁴ In senso critico vd. recentemente V. Bavaro – G. Orlandini, *Introduzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 4, 2023, I, p. 508. A favore della tesi dell’adozione del criterio della maggiore rappresentatività comparata delle parti sociali come criterio selettivo del contratto-parametro, ai fini dell’applicazione dell’art. 36 Cost., cfr. S. Bellomo, *Retribuzione sufficiente e autonomia collettiva*, Torino, 2002, p. 208 ss.

⁵⁵ Da ultimo, in senso favorevole a una definizione eteronoma degli ambiti categoriali cfr. S. Bellomo, *Giusta retribuzione e contratto collettivo tra Costituzione e diritto europeo*, in *AmbienteDiritto.it*, 1, 2024, pp. 11 - 12.

⁵⁶ In argomento cfr. G. Proia, *Il contratto collettivo tra libertà di scelta e standard minimi di trattamento*, in *Massimario di giurisprudenza del lavoro*, 4, 2020, p. 983 ss.

garantire una vita dignitosa al lavoratore. Una legge di rinvio alla contrattazione collettiva per la selezione dei minimi retributivi applicabili, quindi, si porrebbe in continuità con la tradizione giuridica italiana in materia di retribuzione di carattere prettamente negoziale.

A tal proposito, occorre fare alcune osservazioni. Come confermato dalla giurisprudenza summenzionata, un intervento di questo tipo non impedisce la verifica giudiziale *ex art. 36 Cost.* sul contratto collettivo selezionato. Occorre precisare che il controllo del giudice concerne la fonte collettiva e non la legge in sé. In tal senso, non si condividono le tesi critiche di parte dei commentatori, che hanno letto nelle ultime sentenze uno spirito «eversivo»⁵⁷. Invero, come si evince dalla giurisprudenza costituzionale, nell'ormai nota *Cost. 51/2015*, stante l'inattuazione della seconda parte dell'art. 39 *Cost.*, una legge che attui l'art. 36 *Cost.* può limitarsi ad assegnare alla contrattazione collettiva solo una funzione di parametro esterno, essendole impedita l'attribuzione alla stessa di efficacia *erga omnes*.

Un simile rinvio legislativo attenuerebbe la condizione di «anomalia»⁵⁸ del sistema, fungendo da deterrente al *dumping* contrattuale tra categorie merceologiche diverse. Resta, tuttavia, necessaria, in funzione antielusiva, una definizione e una perimetrazione dell'ambito di copertura del contratto collettivo selezionato. In altri termini, ferma la condizione «ottimale» di una legge che attui la seconda parte dell'art. 39 *Cost.*, una delimitazione dei settori merceologici entro cui si esplica l'efficacia della contrattazione collettiva, svolgerebbe una funzione di contrasto al *dumping* contrattuale all'interno della stessa categoria⁵⁹.

Il nodo irrisolto di una legislazione di rinvio è, tuttavia, quello relativo a un eventuale meccanismo di garanzia del diritto a una giusta retribuzione del lavoratore, nei contesti di crisi di sistema *supra* delineati, che tenga conto altresì dei soggetti non coperti dalla contrattazione collettiva. In questo senso, alla luce degli ultimi orientamenti giurisprudenziali, un'iniziativa legislativa in materia di salario minimo, dovrebbe affrontare la sfida di

⁵⁷ G. Cazzola, *op. cit.*, p. 3.

⁵⁸ L. Corazza *Crisi della contrattazione e retribuzione sufficiente*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 4, 2021, p. 1092.

⁵⁹ Un intervento di questo tipo si renderebbe tanto più utile, in considerazione dei frequenti rimandi della legislazione di rinvio e delle proposte di legge al concetto di «categoria» e di «settore merceologico», che attualmente sono rimessi alla libera definizione delle parti sociali, con conseguente estensione del potere discrezionale del giudice nella selezione della fonte più adeguata. Sull'inadeguatezza sistema di classificazione dei Ccnl nell'Archivio nazionale del Cnel cfr. S. Ciucciovino, *Salario minimo, salario dignitoso, salario giusto: temi per un dibattito sul futuro della contrattazione collettiva*, in *federalismi.it*, 26, 2023, p. viii.

introdurre degli strumenti che, nel rispetto della contrattazione collettiva “di qualità”, effettivamente rappresentativa, limitino le tendenze ribassiste date dalle incongruenze di sistema e dai contesti economicamente sfavorevoli, anche attraverso la fissazione di soglie minime⁶⁰. Attuare la nozione costituzionale di retribuzione implica, invero, riconoscere la sua natura “sociale”, che si inserisce nel trinomio «esistenza - libertà - dignità»⁶¹, dal carattere inviolabile⁶², in un bilanciamento “ineguale”⁶³ che vede prevalere il diritto alla giusta retribuzione sulle libertà economiche.

ABSTRACT: The purpose of this paper is to pick up on the signals coming from recent case law and the EU directive 2022/2041, in order to identify the main problems to be solved with the introduction of a law to guarantee the constitutional minimum wage. In particular, the analysis shows how, in the legal debate, the problem of the adequacy of collective bargaining alone to serve as a parameter for the determination of just pay is emerging with increasing urgency and how this critical issue has not been resolved by the d.d.l. S. 957.

KEYWORD: retribuzione – Costituzione – contrattazione – dignità – Unione Europea.

Angelo Casu - Dottorando di ricerca in diritto del lavoro, Sapienza Università di Roma (angelo.casu@uniroma1.it)

⁶⁰ In questo senso cfr. A. Bellavista, *Il contrasto alla povertà lavorativa e il salario minimo legale all'italiana*, in *Lavoro Diritti Europa*, 1, 2022, p. 6.

⁶¹ S. Rodotà, *op. cit.*, p. 189.

⁶² Cfr. M. Fioravanti, *op. cit.*, p. 124.

⁶³ Cfr. G. Ricci, *Il diritto alla retribuzione adeguata fra Costituzione, mercato ed emergenza economica*, in *Working Papers Csdle “Massimo D’Antona”.It*, 163, 2012, p. 12, che, nel richiamarsi a C. Smuraglia, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2007, p. 431, giunge ad affermare che «la libertà di iniziativa economica, per integrare i richiesti “connotati di socialità” e il profilo dignitario, deve atteggiarsi in modo “non conflittuale” con il principio di adeguatezza retributiva».

La solidaridad como problema constitucional. El ejemplo de la Unión*

Miguel Azpitarte Sánchez

SOMMARIO: 1. La dimensión constitucional de la solidaridad económica: un problema clásico. – 1.1 Las asimetrías económicas como manifestación típica de la dimensión político-constitucional de la solidaridad. – 1.2 Del Estado social al Estado competitivo: breve recordatorio de las alternativas conceptuales. – 1.3 La juridificación de la economía: de la neutralidad a la limitación de actuaciones. – 2. El modelo inicial en el proceso de integración: ¿quién necesita la solidaridad? – 2.1 La construcción de la integración a través del derecho. – 2.2 La integración a través del derecho: un modelo constitucional. – 2.2.1 El mito fundacional y su antítesis: derecho frente a política. – 2.2.2 La teoría jurídico-constitucional: los Tratados como Constitución material. – 2.2.3 La teoría político-constitucional. – 2.2.4 La teoría institucional. – 3. La crisis económica del 2008: el paradigma de la austeridad y sus consecuencias sobre el modelo previo. – 4. La crisis económica derivada de la pandemia (2020): continuidad y transformación? – 5. El problema político de la solidaridad en la Unión. – 5.1 La paradoja democrática que encierra la solidaridad europea. – 5.2 Primera hipótesis: ¿Solidaridad sin democracia? La política monetaria. – 5.3 Segunda hipótesis: ¿solidaridad sin conflicto? – 5.3.1 ¿Cómo integra la Unión el conflicto? – 5.3.2 El vaciamiento de los instrumentos estatales para articular el conflicto. – 6. Resumen.

1. La dimensión constitucional de la solidaridad económica: un problema clásico

1.1 Las asimetrías económicas como manifestación típica de la dimensión político-constitucional de la solidaridad

Las asimetrías económicas (zonas más ricas que otras en una misma estructura política) hacen presente la experiencia de la desigualdad: nacer en un determinado lugar implica tener mejores o peores posibilidades de prosperidad¹. La respuesta a este problema varía según la unidad política en

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ Sobre las asimetrías económicas como problema constitucional, véase por todos M. Arjona Sánchez, *El euro, entre la nostalgia postmoderna al oro o un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*, Pamplona, 2021.

la que se plantee. Si lo formulamos en el ámbito del Estado constitucional contemporáneo, encontramos hoy una solución estándar en su planteamiento general, al menos desde el punto de vista teórico (cuestión distinta es que tal respuesta sea satisfactoria). Conjuga políticas presupuestarias y tributarias de redistribución con la mecánica de las libertades propias de la economía de mercado (propiedad, contrato, empresa, herencia), definiendo lo que tradicionalmente se califica como Constitución económica². Así, las decisiones personales (en forma de consumidor o productor), unidas a las condiciones de partida, marcan diferencias que toleramos siempre que aseguremos un cierto nivel de servicios públicos, entre ellos una garantía vital mínima al conjunto de los ciudadanos.

Esta respuesta parte de una premisa ontológica, que nos remite al sentido de pertenencia, según el cual estamos dispuestos a ceder algo de nuestra riqueza a nuestros conciudadanos³. Es verdad que cabe una visión más descarnada, que sostendría que las políticas de redistribución son una parte menor del gasto público y que las toleramos si componen un paquete destinado a generar un beneficio común en forma de economías de escala. O incluso podemos afirmar que admitimos la redistribución porque evita conflictos sociales que arriesgan el funcionamiento de la economía tal y como la conocemos. Da igual, tomemos una u otra perspectiva, la premisa de la pertenencia es el eslabón necesario de las políticas de redistribución con las que afrontamos los desequilibrios económicos.

La solución a este problema se hace más difícil cuando superamos la frontera del Estado y pensamos la cuestión en el contexto de la economía internacional. La dificultad nace, precisamente porque no se da el a priori de pertenencia que justificaría las iniciativas redistributivas. Ahora bien, si fijamos nuestra atención en el periodo posterior a la Segunda Guerra Mundial, recordaremos cómo en el mundo de las superpotencias, se ponen en marcha, a uno y otro lado del telón de acero, procesos de redistribución entre Estados, en los que el criterio de la nacionalidad es sustituido por el ideológico. No es preciso subrayar que la inversión de los Estados Unidos o de la Unión Soviética fuera de sus fronteras estaba subordinada al

² Concepto que en el último siglo ha estado sometido a intensos debates, lo cual refleja su relevancia, véase D. Dobre, *Constitución económica: una propuesta al debate conceptual*, Max Planck Institute for Comparative Public Law & International Law (MPIL) Research Paper No. 2020-48, 2020.

³ Sobre la pertenencia como elemento constitutivo del Estado, por todos H. Arendt, *On revolution*, Londres, 1963, 15 y ss.

cumplimiento de unos determinados parámetros. Es este el problema que quiero explorar, el de la solidaridad económica supranacional, en concreto a la luz de la Unión.

1.2 Del Estado social al Estado competitivo: breve recordatorio de las alternativas conceptuales

La relación del poder público (el Estado y su derecho) con la economía (esencialmente el mercado en tanto que instrumento de asignación de recursos) es la especie de un problema superior, el ajuste entre el Estado y la sociedad⁴. Este último binomio explica la propia razón de ser del derecho público, que en resumidas cuentas no es otra cosa sino el conjunto de reglas que ordena el vínculo entre las instituciones y los ciudadanos⁵. Sabemos que el modo de disponer esas reglas ha ido cambiando en la historia, evolución que, en consecuencia, también ha reformulado el nexo entre el poder público y la economía.

El marco conceptual en el que nos desenvolvemos hoy día está dominado por la idea del Estado social y democrático de derecho, cuyo éxito teórico se refleja en el hecho de haber trascendido el campo socio-económico, consolidándose incluso como categoría jurídica. Sus elementos esenciales son de sobra conocidos. Todo parte de la idea de sustituir una comprensión formal de libertad, por otra material. Para ello se reconocen como derechos, en muchos casos fundamentales, los mecanismos de conflicto colectivo (sindicación, huelga y negociación colectiva), canalizando la disputa que había desgarrado la Europa de entreguerras. Además, el Estado se responsabilizó de ciertos servicios, que habían de ser prestados garantizando un acceso universal y en condiciones de igualdad (desde el abastecimiento del agua, pasando por la sanidad y la educación como ejemplos más significativos). Asimismo, se comenzó a desplegar una amplísima actividad normativa, dirigida a proteger a los agentes más débiles en las relaciones económicas, singularmente los trabajadores y los consumidores.

⁴ K. Hesse, Observaciones sobre la actualidad y el alcance de la distinción entre estado y sociedad (trad. Azpitarte Sánchez, M.), en P. Cruz Villalón – M. Azpitarte Sánchez, (Ed.), *Escritos de derecho constitucional*, Madrid, 2011, 117-130; E. Böckenforde, Die bedeutung der unterscheidung von Staat und Gesellschaft im demokratischen Sozialstaat der Gegenwart, en *Recht, Staat, Freiheit*, Frankfurt am Main, 1991, 209-243.

⁵ Por ejemplo, sobre este debate siempre inacabado, D. Grimm, *Sobre la identidad del derecho público*. Madrid, 2015.

El Estado social y democrático de derecho continúa operando como paradigma teórico e ideológico. No obstante, sin llegar a desplazarlo, a lo largo de los años noventa, apareció en la literatura académica la referencia al Estado regulador, que intentaba propugnar algunas modulaciones⁶. Con la citada expresión se puso el acento en una corriente que postulaba la disminución de la intervención del Estado en los mercados. Se mantenía la idea de que el poder público había de asegurar ciertos servicios, pero se pretendía que lo hiciese de otro modo. No era necesaria su gestión estatal directa o indirecta, sino que bastaba con garantizar que los mercados operasen sin perturbaciones provocadas por los diversos agentes económicos, logrando una eficiente asignación de recursos. Solo serían necesarias ciertas modulaciones a través de categorías como las obligaciones de servicio público, con las que se imponían a las empresas la responsabilidad de universalizar el servicio como contrapartida a sus beneficios.

Actualmente estamos ante un nuevo envite teórico, el del del Estado competitivo⁷. El término señala la dependencia que el Estado tiene de los mercados financieros. Se vive con normalidad que la deuda pública supere el 100% del producto interior bruto. Este dato indica por sí solo que la acción estatal no se sustancia hoy exclusivamente a través de los tributos, sino que necesita los ingresos que generan los empréstitos. Este vínculo con los mercados financieros manifestó todos sus problemas en la crisis del 2008, en la que vimos cómo algunos Estados, entre ellos España, de la noche a la mañana, perdieron toda capacidad de financiación externa, incurriendo en una crisis de solvencia, que hubiera desembocado en la quiebra, si no llega a ser precisamente por la intervención de los Estados miembros de la Unión. Por tanto, los Estados compiten por obtener financiación. Y en esa lucha han de exhibir determinadas políticas que sean percibidas como garantía de pago.

⁶ Respecto al concepto de Estado regulador, por todos, G. Majone, *From the positive to the regulatory state: Causes and consequences of changes in the mode of governance*, in *Journal of Public Policy*, 17, 2, 1997, 139 ss. G. Majone, *The regulatory state and its legitimacy problems*, in *West European Politics*, 22, 1, 1999, 1 ss.

⁷ Al respecto de este concepto, por todos, P. G. Cerny, *Paradoxes of the competition state: The dynamics of political globalization*, in *Government and Opposition*, 32, 2, 1997, 251; T. Fougner, *The state, international competitiveness and neoliberal globalisation: Is there a future beyond 'the competition state'?*, in *Review of International Studies*, 32, 1, 2006, 165.

1.3 La juridificación de la economía: de la neutralidad a la limitación de actuaciones

Los cambios en la morfología del Estado por su relación con la economía poseen su eco en el derecho público. Sabemos que con el Estado social y democrático de derecho se habilitaron campos que tradicionalmente le habían quedado vedados al poder estatal (las relaciones laborales, los contratos entre particulares, por ejemplo). Además, progresivamente, las Constituciones se fueron llenando de objetivos con los que guiar la política económica.

No obstante, este enriquecimiento de las Constituciones dejó indemne el principio de neutralidad económica. Se entendía que la diversidad de orientaciones normativas abría a la mayoría de gobierno un cauce amplio para definir la política económica. Coexistían derechos fundamentales que limitaban al Estado (propiedad, libertad de empresa), con otros, también fundamentales, que protegían al trabajador (sindicación, huelga), así como objetivos aparentemente contradictorios (libertad de empresa versus planificación). Esta circunstancia impedía cualquier lectura dominante de la norma suprema. Se sostenía que la neutralidad constitucional dejaba oscilar entre una economía de mercado con una intervención estatal mínima, a una economía de mercado intensamente planificada.

Sin embargo, en los años ochenta, en paralelo a la idea del Estado regulador, comienza a producirse un giro en el tipo de normas con las que se quiere ordenar la política económica. Los Estados de economía acumularon déficits altísimos, gastando mucho más de lo que ingresaban a través de los tributos, recurriendo para su financiación a la deuda pública. Se impuso entonces en el pensamiento económico la idea de que los déficits aumentaban la inflación reduciendo la riqueza, mientras que el ajuste presupuestario provocaba una disminución del precio del dinero potenciando el crecimiento.

Además, se puso de manifiesto que el déficit causaba un dilema constitucional, en tanto que suponía adoptar decisiones (la de endeudarse) que condicionaba a las generaciones futuras. Tendrían que destinar parte de sus ingresos a pagar los intereses de un incremento de gasto sobre el que no habían decidido. Esta naturaleza constitucional del problema animó la reflexión encaminada a exigir mediante reglas jurídicas en forma de prohibición un comportamiento de los poderes públicos que se ajustase a la llamada *golden rule*. El gasto, en especial el corriente, no debía rebasar los ingresos públicos.

La juridificación de una máxima o criterio de política económica buscaba, y aun lo pretende, una serie de objetivos. En primer lugar, quería evitar conductas de los poderes públicos que perturbasen la racionalidad económica. Preocupaba el desacople entre el ciclo electoral y el ciclo económico. Se consideraba que, a menudo, la mayoría de gobierno aumentaba el gasto, alentada por la proximidad de las elecciones. Se obviaba la oportunidad de esa medida en atención a las circunstancias económicas del momento, creando incentivos perversos ajenos a la racionalidad económica. En segundo lugar, se pretendía estipular una directriz política compartida que trascendiese las disputas entre mayoría y oposición. Por ello se postulaba su introducción en las Constituciones, para así excluir la cuestión del debate político cotidiano. La regla del equilibrio presupuestario pasaba a tener una rigidez comparable a otros asuntos políticos fundamentales. Finalmente, se quería generar un efecto simbólico destinado a los mercados. Un ejemplo excelente en este sentido fue la reforma de la Constitución española realizada en el año 2011, por el procedimiento de urgencia. En pleno contexto de crisis económica, con una gran debilidad del Estado para financiarse en los mercados, se creyó que llevar a la norma suprema el compromiso de la estabilidad presupuestaria (compromiso que por otro lado ya existía en una ley orgánica) reforzaría la imagen de España en la competición por obtener financiación.

2. El modelo inicial en el proceso de integración: ¿quién necesita la solidaridad?

2.1 La construcción de la integración a través del derecho

La vinculación entre derecho y economía tiene una profunda raigambre histórica en el proceso de integración. Incluso puede sostenerse que, en virtud de su éxito, cundió esa idea central de juridificar la economía. Basta recordar ahora que el mercado interior, su ingenio inicial, quiso ser un producto genuinamente jurídico. Se postuló la llamada integración negativa a través de las libertades fundamentales garantizadas por el Tribunal de Justicia. Y la garantía de la competencia en el mercado, asegurada por la Comisión, que operaba como una agencia independiente. Cuando no bastaba con estos medios, la integración positiva, nuevamente a través del derecho, ahora en forma de producción normativa, transformaba la realidad económica.

Los otros dos grandes hitos en la historia del proceso de integración también se explican en términos jurídicos. El Acta Única Europea, que

relanzó el mercado interior, nuevamente confió en la planificación normativa como mecanismo básico. Distinguió aquellas materias de menor importancia en las que la ordenación del mercado podía generarse aceptando la libre circulación en virtud del cumplimiento de la normativa de origen, asumiendo que esa normativa garantizaba una calidad mínima aceptable por todos. Para las cuestiones más importantes se unificarían las condiciones de producción y prestación. La gran novedad consistió en acelerar y facilitar esa armonización a través de dos vías. De un lado, confiar a organismos autónomos la tarea de estandarizar las normas técnicas de producción. De otro, facilitar la incorporación de esa estandarización al sistema jurídico comunitario reduciendo la mayoría necesaria en el Consejo requerida para su aprobación.

Más tarde, la unión económica y monetaria también encontró en el derecho su piedra angular. Es capital recordar la distinta intensidad con la que se concibió la política monetaria, competencia exclusiva (art. 105 y ss. Tratado de Maastricht), frente a la política económica una «cuestión de interés común» (art. 103 y ss. TM). Con esta diferencia se buscaba una fuerte estabilidad de precios, pero manteniendo la responsabilidad de cada Estado en su política presupuestaria y tributaria. Esta autonomía de los Estados miembros encarnaba una idea de democracia muy concreta: puesto que no existía un pueblo europeo, las decisiones claves en política económica habrían de quedar en manos de los parlamentos nacionales. En definitiva, no había margen para imaginar un Estado federal europeo.

Esa distancia entre la política monetaria y la económica planteaba un problema inédito: ¿cómo lograr la mínima convergencia necesaria para lograr que Europa fuese una zona monetaria óptima?⁸ Ahí entró en juego el derecho. Se marcaron tres fases para el proceso de construcción de la unión monetaria, que irían desde 1992 al 2000, y en la última el Consejo habría de decidir si al menos una serie de Estados cumplían los llamados criterios de convergencia recogidos en un Protocolo anejo al Tratado (art. 109 J). Estos criterios fueron: una inflación que no superara el 1,5% de los tres países con mejor comportamiento; ausencia déficit excesivo; dos años sin devaluaciones; y un tipo de interés no superior al 2% de los bonos a largo plazo.

⁸ Sobre la cuestión de la zona monetaria óptima, M. Arjona, ob. cit; D. Dobre, *El Banco Central Europeo y su posición constitucional en el Estado y la Unión Europea*, tesis doctoral, en prensa.

2.2 *La integración a través del derecho: un modelo constitucional*

2.2.1 *El mito fundacional y su antítesis: derecho frente a política*

La idea de las Comunidades Europeas como Comunidad de Derecho es el mito fundacional del proceso de integración⁹. Conviene no olvidar que su antítesis, y casi diríamos que su némesis, fue la Comunidad Política Europea y en menor medida la Comunidad Europea de Defensa. Con la apelación al Derecho como elemento adjetivador, indiscutiblemente se buscaba dejar a un lado cualquier atisbo de politización, cuestión que quedaba bajo el dominio de los Estados miembros.

La forma de producir derecho derivado también reflejaba lo vocación de diluir lo político. Se caracterizaba por procedimientos dirigidos a alcanzar un amplio consenso entre las partes afectadas. Se separaba así de la dicotomía entre mayoría y oposición, lógica que lubricaba el funcionamiento de las instituciones estatales. Y, sobre todo, encajaba perfectamente con el objetivo prioritario de la integración, que no era otro que la construcción de un mercado interior. Se entendía que este necesitaba seguridad jurídica por encima de todo y que podía separarse del Estado.

2.2.2 *La teoría jurídico-constitucional: los Tratados como Constitución material*

La idea de la Comunidad de Derecho recibió bien pronto de la academia una teoría jurídico-constitucional¹⁰. Impulsada, sin duda, por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, que reconoció derechos subjetivos en disposiciones con la redacción típica de un tratado internacional. Este giro, caracterizado a menudo como revolucionario, tuvo una serie de consecuencias capitales. En primer término, esos derechos subjetivos de reconocimiento jurisprudencial, pese a su nítido contenido económico, tenían un funcionamiento técnico idéntico al de un derecho fundamental, es decir, protegían una serie de intereses incluso frente al legislador (sobre todo el estatal). En segundo lugar, la teoría constitucional que explicaba la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, hacía suya en gran medida la dogmática de los derechos fundamentales en boga, lo que facilitaba la racionalización de su aplicación. En tercer lugar, esa doctrina se movía en

⁹ La integración a través del derecho era una integración a través de derechos, por todos, E. Stein, *Lawyers, judges, and the making of a transnational constitution*, in *The American Journal of International Law*, 75, 1, 1981, 1; G.F. Mancini, *The making of a constitution for Europe*, in *Common Market Law Review*, 26, 4, 1989, 595.

¹⁰ Valen las referencias realizadas en la nota anterior.

paralelo a la evolución del Derecho constitucional, que en la misma época se estaba concibiendo como un Derecho de derechos individuales¹¹. Y, por último, el reconocimiento generalizado de derechos subjetivos de naturaleza económica ponía en manos de millares de personas y empresas el cumplimiento del Derecho comunitario.

2.2.3 La teoría político-constitucional

No fue tan clara la teoría político-constitucional que habría de completar esta teoría jurídico-constitucional. Hubo unos primeros intentos de explicar el derecho comunitario como un ordenamiento de autonomía originaria, fruto de una suerte de revolución legal al estilo de Hart, en tanto que los aplicadores estatales supuestamente reconocerían el Derecho comunitario como supremo incluso frente a la Constitución¹². Pero esta tesis carecía de anclaje con la realidad, bien porque tal reconocimiento no se producía hasta el punto de sustituir una norma suprema por otra; o bien porque resultaba imposible olvidar el papel de la Constitución estatal en la continua reforma de los Tratados. Era, en definitiva, una tesis carente de realismo.

Más profundidad tuvo la concepción que consideró posible la construcción de una Comunidad de derechos subjetivos ceñidos esencialmente al ámbito económico. Daba cuenta de una división funcional, en la que la Comunidad cumplía una labor compensatoria frente al proteccionismo, dejando al Estado los principales elementos políticos¹³. Visión que además entroncaba con el problema clásico de la distinción entre Estado y sociedad, derecho y economía. Además, esta teoría constitucional traspasaba al proceso de integración las tesis de John Ely. Si en la teoría de este autor los derechos fundamentales habrían de servir para corregir el procedimiento legislativo introduciendo los intereses de las minorías no atendidas, en el Derecho de la Unión, las libertades fundamentales rectificarían los procedimientos legislativos estatales, dando espacio al operador económico extranjero, que no había sido tenido en cuenta.

¹¹ D. Kennedy, *Three globalizations of law and legal thought: 1850–2000*, en D. Rubek – A. Santos (Ed.), *The new law and economic development*, Cambridge, 2006, 19.

¹² N. Maccormick, *Sovereignty, democracy, subsidiarity*, in *Rechtstheorie*, 25, 3, 1994, 281.

¹³ C. Joerges – F. Rödl, *Informal politics, formalised law and the ‘social deficit’ of European integration: Reflections after the judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *European Law Journal: Review of European Law in Context*, 15, 1, 2009, 1; V.A. Schmidt, *Re-envisioning the European union: Identity, democracy, economy*, in *Journal of Common Market Studies*, 47, 1, 2009, 17.

En este punto se hace claro que el proceso de integración no contenía en su esencia una idea de solidaridad. Más aún, se alejaba de ella como premisa para su propia existencia política. La solidaridad, entendida como intervención de las instituciones para redistribuir la riqueza, era un asunto eminentemente político y, por tanto, propio de los Estados. Los Tratados solo ofrecían una imagen parcial de la solidaridad, vinculada a las externalidades del mercado. De ahí que el Fondo Social Europeo estuviese dirigido a combatir el desempleo y los de Cohesión a suturar los desequilibrios estructurales. Es decir, no se trataba propiamente de instrumentos de solidaridad, sino de mecanismos que paliaban las consecuencias adversas que el mercado podía tener sobre las zonas menos competitivas¹⁴.

2.2.4 *La teoría institucional*

Finalmente, este conglomerado teórico se cerraba con una arquitectura institucional determinada. No es necesario repetir que las Comunidades tenían como elemento distintivo la carencia de una Administración y un Poder Judicial para ejecutar su Derecho. Convertir la Administración y el Poder Judicial estatal en comunitario respondía, sin duda, a una necesidad. Pero, también, a una estrategia democrática, pues las Comunidades se apoyaban en dos pilares del Estado de derecho (Administración y Poder Judicial) en los que se proyectaban muchas de las razones que legitiman la acción estatal. En definitiva, por decirlo de algún modo, las Comunidades y luego la Unión se subrogaban en la posición constitucional del Estado.

3. *La crisis económica del 2008: el paradigma de la austeridad y sus consecuencias sobre el modelo previo*

Existe el consenso de que la crisis económica de 2008 tiene su origen en las dificultades del sistema crediticio de los Estados Unidos, que había concedido hipotecas de forma masiva, por encima del valor de los bienes inmuebles que se garantizaban¹⁵. Esta situación crítica se fue expandiendo

¹⁴ A. Somek, *The argument from transnational effects I: Representing outsiders through freedom of movement*, in *European Law Journal*, 16, 3, 2010, 315.

¹⁵ W. Van Lear, *Portfolio shifts, asset price declines, and liquidity lock*, in *International Journal of Political Economy*, 39, 3, 2010, 64; A. Curveys, *The sovereign debt and EMU crises: A perfect confederal storm?*, Leiden, 2013.

por el continente europeo, afectando de forma desigual a unos y otros Estados. Grecia fue el primero en padecer una crisis de solvencia, en la que los mercados de capitales consideraron que no estaba en condiciones de atender sus deudas y decidieron dejar de prestarle dinero.

La coyuntura griega situó a la Unión frente a un problema político-constitucional: cuando se comparte una moneda, ¿es el Estado el único responsable de su crisis? En caso de asistirlo, ¿qué criterios políticos han de ordenar esa ayuda? La respuesta a estas preguntas se fue componiendo a marchas forzadas, según se agolpaban los acontecimientos. Pero se hilaron a partir de una nueva premisa política: si las dificultades de un Estado ponen en riesgo la zona euro, los Estados que comparten la moneda deben adoptar medidas adecuadas para asistir a ese Estado. Por tanto, no se deja al Estado a su suerte, pero tampoco se le atendía por la mera razón de pertenecer a la Unión, sino que la intervención se activaba en el momento en el que el problema individual pasaba a ser colectivo. Esto supuso un cambio significativo, revolucionario si se quiere, en comparación con la lógica inicial de la unión económica y monetaria, basada en la responsabilidad individual de cada Estado.

El primer paso se dio con Grecia. La Unión consideró inicialmente que se trataba de una cuestión aislada, con un riesgo menor de afectar al conjunto de espacio euro. No obstante, se decidió apoyar al Estado griego, pero existía el problema de que la Unión no contaba con un presupuesto suficiente para sufragar las necesidades de dinero que se requerían. En ese momento, los Estados miembros, al margen del presupuesto de la Unión, irrigaron, junto con el Fondo Monetario Internacional, la cantidad necesaria para garantizar la solvencia. Ahora bien, el dinero se aportó mediante un préstamo y su desembolso fue supeditado al cumplimiento de determinados criterios de política económica, destinados básicamente a incrementar los ingresos públicos y reducir el gasto. Se inició así la época de la condicionalidad y la austeridad. Basta un mero recuento de las condiciones que se impusieron a Grecia mediante la Decisión del Consejo de 8 de junio de 2010: reforma tributaria para eliminar exenciones, cancelación de los créditos destinados a políticas sociales, recorte de las pensiones más elevadas, reducción de las pagas extraordinarias, aumento del IVA y de los impuestos especiales. En definitiva, ante la imposibilidad de que Grecia adoptase medidas de política monetaria, esencialmente la devaluación de su moneda, se buscó una devaluación interna a través de la disminución de salarios y gasto público para lograr volver al crecimiento económico.

Pronto se hizo evidente que la situación crítica no afectaba solo a Grecia. Se pasó entonces a consolidar los mecanismos de rescate. Primero,

apoyado en el artículo 122.2 TFUE, el Consejo aprobó el Reglamento 407/2010 para crear el Sistema Europeo de Estabilización Financiera. El Sistema era en realidad una persona jurídica creada al amparo del derecho de sociedades de Luxemburgo, y cuya finalidad no era otra que canalizar el dinero de las ayudas que fueron recibiendo Grecia, Irlanda y Portugal. Luego se reformó el artículo 136 para habilitar la creación del Mecanismo de Estabilidad, estipulando ya de modo definitivo una organización internacional singular que habría de organizar los préstamos a los Estados miembros en dificultades. Singular en tanto que se trataba de una organización fuera de la Unión, pero fundada por los Estados que comparten el euro (abierto los restantes), y en la que participaban de manera fundamental las instituciones de la Unión, esencialmente BCE y Comisión.

Las soluciones a la crisis no acabaron en los préstamos. Un actor destacadísimo fue el Banco Central Europeo (desde ahora BCE). Con su presidente Mario Draghi como figura prominente, llenó la escena política imponiendo su comprensión de la crisis y las medidas para afrontarla. Entendió el BCE que los shocks asimétricos se debían en gran medida al euro y no al desempeño concreto de los Estados afectados. ¿Cómo había de explicarse, por ejemplo, que España, que contaba con superávit en el 2008, incurriera en crisis de liquidez y solvencia, si no fuese por la deuda bancaria propiciada por el bajo coste del dinero que trajo consigo el euro?

El BCE consideró que necesitaba paliar los desequilibrios derivados de la moneda común y decidió suministrar liquidez al sector financiero y, luego, a los Estados¹⁶. En el primer caso, sus estímulos heterodoxos consistieron básicamente en prolongar los plazos de los préstamos. El segundo supuesto, el de la compra de títulos públicos, fue el más cuestionado. Los artículos 123 y 125 del TFUE prohibían al BCE adquirir deuda pública directamente de los Estados. Pero el BCE entendió que no quedaban fuera de su alcance los mercados secundarios, de suerte que se las ingenió para prestar dinero a toda entidad bancaria que garantizase el crédito con títulos públicos, por ejemplo, española o italiana. A trompicones, el BCE se fue convirtiendo en pagador de última instancia, capaz de poner en marcha programas con los que aumentar el dinero en circulación, similar a los de la Reserva federal o el Banco de Inglaterra. La importancia constitucional de esta medida se reflejó en las disputas judiciales que ha generado. Primero ante el Tribunal de Justicia, que en *Gauweiler* (2015) y

¹⁶ Banco Central Europeo, *The ECB's response to the financial crisis*, Monthly Bulletin, 10, 2010, 59; Banco Central Europeo, *El mecanismo europeo de estabilidad*, Boletín Mensual, julio, 2011, 75.

Weiss (2018) avaló las medidas con un juicio laxo, dejando amplio espacio al BCE en la interpretación de sus potestades. Y luego ante el Tribunal Constitucional Federal alemán, que, si en una primera sentencia coincidió con el Tribunal de Justicia, y luego puso en duda la profundidad del juicio que el Tribunal europeo ejerce sobre el BCE.

El Semestre Europeo fue el tercer elemento que surgió en el fragor de la crisis de 2008¹⁷. Se asume que una moneda común requiere algo más que parámetros económicos definidos por el Derecho. Recordemos que inicialmente el punto central de la Unión económica y monetaria fue la fijación como criterio normativo de las cifras de deuda pública y déficit a las que habían de someterse todos los Estados (todavía hoy en el Protocolo núm. 13 sobre los criterios de convergencia). Se pensaba que de este modo se lograría una estructura común respetando la libertad de los Gobiernos nacionales para definir su política económica. Pero la crisis hizo insostenible esta visión. Y aunque en parte se profundizó en esta línea, también se dio paso al impulso de la política económica desde la Unión.

El instrumento que le da cuerpo es el Semestre Europeo. Arranca en noviembre con el Estudio Prospectivo Anual de Crecimiento de la Comisión, que propone unas orientaciones políticas mediante las cuales analiza los proyectos estatales de presupuestos y sus planes de reformas. En los meses de invierno, la Comisión publica su revisión de cada Estado, que luego dará lugar a unas recomendaciones que han de ser recogidas en el plan de reformas y el proyecto de presupuesto nacional. El estudio es aún más exhaustivo para aquellos Estados que se consideran en riesgo de desequilibrios macroeconómicos, que tendrán que elaborar un plan corrector y en última instancia pueden incluso padecer sanciones.

Indiscutiblemente se trata de un mecanismo de dirección política. La Unión intenta determinar, al menos a grandes rasgos, la línea económica de los Estados miembros. Pero, curiosamente, se trata de una suerte de política sui generis porque en ese impulso se carece de los instrumentos necesarios para una gestión centralizada, como sería una potestad de gasto con su propia Administración o competencias tributarias. Realmente se sostiene sobre la *acutoritas* de la Unión, en tanto que los Estados miembros no quieren padecer un reproche en sus presupuestos o planes de reforma. Es cierto que el Semestre Europeo posee también un componente coercitivo, pero en verdad nos sitúa ante un escenario de crisis total para un Estado.

¹⁷ D. Argyroulis, *The European semester: An ordoliberal construct?*, in *Journal of Common Market Studies*, 61, 1, 2023; D. Trubek – M. Nance, *“Soft law,” “hard law,” and European integration: Toward a theory of hybridity*, St. Louis, 2005.

Nos queda finalmente el cuarto elemento, la supervisión y resolución bancaria¹⁸. En este campo se ha producido un fenómeno extraño. El modelo teórico sigue siendo el mismo, a saber, la atribución a un ente independiente de las potestades de supervisión y resolución para atajar la quiebra de una entidad. Pero en este caso se sube un escalón y se le retiran a los Bancos centrales nacionales para atribuírselas al BCE (supervisión) y a la Junta Única de Resolución (JUR). Es un caso típico en el que la teoría política identifica el lugar óptimo para fijar la responsabilidad; y, a la vez, supone una enmienda a la totalidad con relación al modo en el que se habían ejercido las competencias de supervisión por parte de las instituciones estatales.

Como se ha dicho, la lógica permanece inalterada. Pero al elevarse el punto de decisión se produce una obvia centralización en el BCE y la JUR. En efecto, el BCE dentro de sus competencias de supervisión formula requerimientos de información (art. 10), realiza inspecciones in situ (art. 12), autoriza las fichas bancarias (art. 14), evalúa las adquisiciones de participaciones cualificadas (art. 15) y puede exigir toda una panoplia de medidas de supervisión (art. 16): elevar los fondos propios, refuerzo de estructuras, plan de restablecimiento de los requisitos de supervisión, marcar una política de dotaciones, imponer el abandono de actividades, reducción de riesgo, uso de beneficios netos para reforzar fondos propios, prohibir la distribución de dividendos o imponer requisitos específicos de liquidez. No son menos llamativas las competencias de resolución bancaria, pues la JUR determina si una entidad ha de ser resuelta (art. 18) y el modo de resolución (art. 23 y ss.). Sin olvidar que también cuenta con un amplio abanico de competencias de investigación (art. 34 y ss.).

4. *La crisis económica derivada de la pandemia (2020): continuidad y transformación?*

La reacción a la pandemia cerro prácticamente toda actividad por un trimestre y la ralentizó más de un año. La Unión respondió a esta crisis

¹⁸ P.G. Teixeira, *The legal history of the banking union*, in *European Business Organization Law Review*, 18, 3 2017, 535; M.J. Nieto, *Regulatory coordination in the banking union: The role of national authorities*, en L.M. Hinojosa-Martínez – J.M. Beneyto (Ed.), *European banking union. the new regime*, Wolters Kluwer, 2015, 77; T.F. Huertas, *Variable geometry: The role of the European banking authority under banking union*, en L.M. Hinojosa-Martínez – J.M. Beneyto (Ed.), *European banking union. the new regime*, *European banking union. the new regime*, Wolters Kluwer, 2015, 69.

económica inducida siguiendo los instrumentos ingenieros en el año 2008, si bien abandonando el paradigma de la austeridad. Se rechazó cualquier vía de devaluación interna y se planificó una inversión masiva dirigida a reanimar la actividad bajo el prisma de una economía verde y digital.

En este sentido, la respuesta del BCE fue inmediata, prolongando las soluciones heterodoxas que creó en 2008¹⁹. Los riesgos eran obvios, dada la hibernación de la economía, de ahí que, en el contexto de la política monetaria, se planteasen tres objetivos claros: estabilizar los mercados, garantizar el crédito y frenar la deflación. En marzo de 2020, lo primero que hizo el BCE fue volver a introducir programas de refinanciación a largo plazo, a través de los cuales se prestó dinero a las entidades bancarias por un periodo que llegaba hasta los 3 años, dando mejor interés en proporción al número de préstamos a las empresas y a los hogares. También en marzo se amplió el Programa de adquisición de activos con sus diversas líneas: de compra de bonos corporativos, bonos de titulación de activos, valores públicos en los mercados secundarios y de bonos garantizados. Pero este programa se reforzó, y ahí radica la clave, con el Programa temporal de compras de emergencia en caso de pandemia, que destinó 750 billones a la adquisición en los mercados secundarios de renta fija negociable del sector público, cuyo límite temporal inicial fue junio de 2021, luego ampliado al 2022. Además, este programa de emergencia ganó en flexibilidad, dejando a un lado los límites de cuota por país establecidos en el artículo 5 del régimen ordinario.

No menos relevante fue el acuerdo coordinado de swap y repos para garantizar la liquidez en dólares americanos, alcanzado en marzo por el BCE, la Reserva Federal, el Banco de Inglaterra, el Banco de Japón, el Banco de Canadá y el Banco Nacional de Suiza. Esta medida permitió al BCE suministrar moneda americana a las entidades europeas, rebajando sustancialmente el precio de financiación. Pactos recíprocos de liquidez, que, además, aseguraron la estabilidad del mercado financiero internacional.

Como ya se ha señalado, la Unión no podía permitirse otra respuesta a la crisis centrada en la pauperización de la sociedad. Por ello se creó de inmediato el Programa SURE²⁰, de duración temporal limitada (31 de diciembre de 2022 – art. 12.3, si bien prorrogable según el apartado 4), que

¹⁹ P. Lane, *The ECB's monetary policy in the pandemic: Meeting the challenge*, speech by Philip R. Lane, Member of the Executive Board of the ECB, at the 62nd NABE Annual Meeting "Global Reset? Economics, Business, and Policy in the Pandemic", 2020.

²⁰ Reglamento (UE) 2020/672 del Consejo de 19 de mayo de 2020 relativo a la creación de un instrumento europeo de apoyo temporal para atenuar los riesgos de desempleo en una emergencia (SURE) a raíz del brote de COVID-19.

ascendió a cien mil millones de euros (art. 5) complementario a las medidas estatales (art. 2) y que consistió en asistencia financiera para aquellos Estados que lo solicitasen, siempre que su gasto público real o previsto hubiera «aumentado de forma repentina y grave desde el 1 de febrero de 2020 debido a las medidas nacionales directamente relacionadas con regímenes de reducción del tiempo de trabajo y medidas similares que tengan por fin hacer frente a las repercusiones económicas y sociales del acontecimiento excepcional causado por el brote de COVID-19» (art. 3).

El destino del dinero era facilitar el sostenimiento del empleo, manteniendo parte del salario de los trabajadores que temporalmente no podían desempeñar su labor. Además de su dimensión social, un paso revolucionario fue su financiación a través de deuda pública de la Unión, canalizada mediante bonos sociales (art. 4). Por primera vez se recurrió a los mercados financieros para apoyar su política de recuperación. Uno de los temas tabús durante la anterior crisis se resolvió sin mayor dilación.

Para el diseño de la ayuda se sigue en parte el modelo establecido en el Mecanismo Europeo de Estabilidad (dese ahora MEDE), puesto que la financiación se articula a través de un préstamo. La concesión se autoriza en una Decisión de ejecución del Consejo, a propuesta de la Comisión, a la que el Estado ha de acreditarle ese crecimiento repentino del gasto público (art. 6). Finalmente, se celebra un acuerdo de préstamo entre la Comisión y el Estado miembro. Existe, sin embargo, un cambio sustancial respecto al modelo diseñado en el MEDE, pues en el caso del Programa SURE, la ayuda no está condicionada a la realización de una serie de reformas.

Junto al Programa SURE, también de forma rápida se aprobó el programa REACT (Ayuda a la Recuperación para la Cohesión y los Territorios de Europa), que quería evitar una salida asimétrica de la crisis²¹. La Unión entendió que era imprescindible liquidez inmediata. Dadas las restricciones del derecho presupuestario europeo, ceñido por el Marco Financiero Plurianual, la Comisión aprovechó el uso de los cinco Fondos Estructurales y de Inversión para lograr esa activación económica, veloz en tanto que podían utilizar los programas en marcha, con su finalidad natural para reequilibrar y cohesionar. Lo más relevante es la metodología utilizada para el reparto del dinero. Son tres los criterios: la pérdida de producto

²¹ Reglamento (UE) 2020/2221 del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de diciembre de 2020 por el que se modifica el Reglamento (UE) n. 1303/2013 en lo que respecta a los recursos adicionales y las disposiciones de ejecución a fin de prestar asistencia para favorecer la reparación de la crisis en el contexto de la pandemia de COVID-19 y sus consecuencias sociales y para preparar una recuperación verde, digital y resiliente de la economía (REACT UE).

interior bruto, la pérdida de empleo, y los techos de inversión según el lugar del Estado miembro en relación con la media de la renta nacional bruta.

Pero, sin duda, el instrumento central para responder a la crisis económica derivada de la pandemia ha sido el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, que finalmente fue aprobado mediante el Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, y que dispone una ayuda económica masiva a ejecutar hasta finales de 2023²². Articula ayudas financieras para que los Estados miembros alcancen «los hitos y objetivos de las reformas e inversiones establecidos en sus planes de recuperación y resiliencia» (art. 4.2, Reglamento 2021/241). Ahora bien, esos hitos y objetivos han de encuadrarse en los ámbitos de actuación definidos por el artículo 3, entre los que destacan la transición ecológica, la transformación digital, la cohesión social y territorial, y la salud.

El Plan nacional de recuperación y resiliencia es el instrumento clave para la conformación de la ayuda. El Reglamento 2021/241 le exige que sea un documento «debidamente motivado y justificado», con un contenido mínimo recogido en el apartado 4 del artículo 18. Quiere el Reglamento que el Plan muestre una respuesta integral a la situación económica, efectiva en atención a los retos que diseña, que refuerce el potencial de crecimiento y creación de empleo, y que contribuya a la transición ecológica y a la transición digital. Asimismo, impone que se recojan los planes de inversión concretos, con su correspondiente despliegue temporal, dando cuenta de los proyectos de inversión. Y, no menos importante, pide medidas de seguimiento, con especial énfasis en evitar casos de corrupción y fraude.

Una vez definido el Plan por el Estado miembro, la Comisión lo evalúa. Toma cuerpo una suerte de diálogo político, en tanto que la Comisión ha de trabajar «en estrecha cooperación con el Estado miembro». El examen ha de verificar, según el artículo 18.4, si el plan cumple con el contenido mínimo exigido (pertinencia), implica repercusiones duraderas y una ejecución correcta (eficacia), la razonabilidad de los costes y la previsión frente a los riesgos de fraude (eficiencia) y su coherencia. A su vez, el análisis de la Comisión ha de precisar la contribución financiera, los tramos de abono, la descripción de las reformas, los plazos para alcanzar los objetivos (siendo el 2026 su límite) y las disposiciones adoptadas para el seguimiento. La consideración positiva del Plan conduce a una Decisión de ejecución del Consejo, que lo aprueba y fija la cuantía de la contribución (art. 20).

²² Otra vía de exploración es la consecuencia sobre la estructura constitucional interna, como ya avanzan para el caso italiano, A. Carosi – P. Zitoli, *Disciplina e gestione del recovery fund con particolare riguardo alle problematiche nazionali*, in *Rivista AIC*, 2023, 4.

La preeminencia política de la Unión sobre los Estados miembros se hace así manifiesta en tanto que marca las líneas de gobierno del Estado miembro. Pero la condicionalidad no acaba ahí. El artículo 10 profundiza en elementos que ya son de sobra conocidos en el campo europeo y que conceptualmente se han consolidado en la idea de «buena gobernanza económica». De este modo, los pagos de la contribución financiera se suspenderán total o parcialmente si el Estado miembro no adopta las medidas necesarias para reducir el déficit excesivo; cuando el Estado miembro no toma esas medidas en el marco del procedimiento de desequilibrio excesivo; o cuando el Estado miembro no cumple con su programa de ajuste macroeconómico (art. 10).

El Reglamento de Recuperación y Resiliencia prevé que, al menos la mitad aproximada del montante se distribuya mediante ayudas financieras no reembolsables. Esto es una importante novedad, que separa este instrumento de los utilizados en la crisis de 2008 y lo acerca a los principios que articulan el resto de los fondos sociales. No menos relevantes son los criterios de reparto, que adoptan un marcado cariz redistributivo. Según el artículo 11, el 70% del importe se reparte en función de la población, la inversa del PIB y la tasa de desempleo. El reparto del 30% restante elimina el criterio de la tasa de desempleo y suma la evolución del PIB real en 2020 y el acumulado en el periodo 20/21. Dados estos parámetros, la imagen global muestra que Italia, España y Francia se reparten aproximadamente el 50% de las ayudas. A España le corresponde el 19,88% del primer tramo y el 22,15% del segundo. A Italia, el 20,45% y el 20,25; y a Francia, el 10,38% y el 14,54%.

Junto al carácter redistributivo y no reembolsable de las ayudas, se ha destacar el modo elegido para financiar el gasto. La Decisión (UE, Euratom) 2020/2053 del Consejo de 14 de diciembre de 2020 sobre el sistema de recursos propios de la Unión Europea, en su artículo 5, faculta a la Comisión para contraer empréstitos por valor de las ayudas del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia, deuda pública que será sufragada por el presupuesto de la Unión. Nos encontramos así con una comunitarización del coste, circunstancia que supone un elemento de solidaridad inédito hasta ahora.

El hecho de que la mitad de la ayuda financiera sean contribuciones no reembolsables, pone el foco en el control de la ejecución. En este sentido, el artículo 23.3 dispone que el compromiso jurídico o el préstamo contengan un largo elenco de previsiones dirigido a asegurar el uso correcto de la financiación y reaccionar frente al fraude. Asimismo, el apartado 5 estipula que los acuerdos de ayuda han de prever mecanismos de reducción

o reembolso en caso de fraude, corrupción o conflicto de intereses. El control se extiende asimismo al desempeño, de manera que, si los hitos y objetivos no se han cumplido de manera satisfactoria, «se suspenderá el pago de la totalidad o una parte de la contribución financiera, y, en su caso, del préstamo» (art. 24.6), pudiendo incluso resolver el acuerdo de financiación (art. 24.9). Debe advertirse, no obstante, que la metodología del control está aún por determinar, a expensas del desarrollo de los Reglamentos delegados previstos en los artículos 29 y 30, con los que habrán de fijarse los indicadores de la recuperación y resiliencia.

Finalmente, el Reglamento recoge estipulaciones específicas respecto al equilibrio institucional dentro de la Unión. En virtud del peso específico que cobra la Comisión, se le impone un deber de información al Consejo y al Parlamento en el artículo 25. El 26 prevé un debate bimensual en el Parlamento, con la Comisión, que además habrá de emitir un informe anual (art. 31) y otro final que ha de resultar de una evaluación independiente (art. 32).

5. El problema político de la solidaridad en la unión

5.1 La paradoja democrática que encierra la solidaridad europea

La primera respuesta para afrontar la crisis del euro (las transferencias dinerarias, esencialmente a través del MEDE) plantea una paradoja democrática: en la deliberación y decisión sobre los rescates, tanto los Estados que aportaban la mayor parte del dinero, como los que lo recibían, manifestaron un malestar democrático²³.

El ejemplo de Alemania nos sirve para comprender la posición de los que sumaron recursos con los que apoyar a los Estados en crisis de liquidez y solvencia. Los mayores reparos democráticos han sido expuestos por su Tribunal Constitucional, en las diversas resoluciones con las que controló los paquetes de rescate y la compra de deuda pública. Los paquetes de rescate consistieron en la aportación de ingresos públicos de los Estados a vehículos extraordinarios (hoy el MEDE), que fueron utilizados para sostener a los Estados en dificultad. Dicho de la forma más expresiva posible, la riqueza de los alemanes fue utilizada para garantizar un cierto

²³ A. Benz, *Federal democracy, distributive justice and the future of Europe*, in *European Law Journal*, 28, 2021, 22, desde una perspectiva más amplia, pero centrada en la Unión, afirma que encontrar reglas de decisión para las cuestiones de redistribución es casi imposible.

nivel de vida a los griegos, españoles, etc. Para el Tribunal Constitucional germano estos instrumentos planteaban un grave problema: ¿qué ocurriría si el Parlamento alemán asumiese tantos compromisos financieros, que en el futuro su Cámara parlamentaria carecería de un poder real? Vaciada de poderes la Asamblea, ¿se podría seguir hablando de democracia en la República federal?²⁴

El Tribunal Constitucional alemán, para dar respuesta a estas preguntas, ha partido del axioma clásico, según el cual, no puede haber poder público al margen del pueblo. Sin embargo, su doctrina introduce un matiz capital referido al concepto de pueblo. Un conglomerado humano, para ser pueblo en sentido político, necesita una historia común, una cultura y, sobre todo, una lengua. Llegado a este punto, el Tribunal sostiene que solo existen los pueblos nacionales, sin que se den los rasgos de un pueblo europeo. Por tanto, el principio democrático ha de salvaguardar los poderes del Parlamento nacional. Y, por ello, inevitablemente, la transferencia de riqueza ha de ser limitada, so pena de vaciar de poderes a la Cámara. Y, del mismo modo, la Unión debe actuar en el estricto margen de los Tratados, pues de lo contrario no tendría vínculo con los poderes nacionales que le han dado su legitimidad. Esta lógica, asimismo, impediría soluciones más ambiciosas como sería la creación de un tesoro público europeo.

Como vemos, la Unión causa un malestar democrático en los Estados financiadores de los rescates. Pero, también, y aquí está la paradoja, en los Estados receptores. El ejemplo paradigmático es Grecia. En el proceso de negociación de las condiciones para recibir asistencia financiera, su Gobierno decidió convocar un referéndum para que la ciudadanía se pronunciase sobre las condiciones que imponía la Unión. El rechazo fue mayoritario. Sin embargo, esa decisión política no se materializó, dado que Grecia acabó recibiendo ayudas bajo severos requisitos. Pero, además, tal decisión solo fue posible una vez que el propio Gobierno griego puso su

²⁴ El mismo problema se ha planteado en relación con la compra de deuda pública por el BCE. ¿Está el BCE capacitado para comprar bonos estatales de manera ilimitada, cuando los Tratados no le otorgaban esa competencia? Si los Tratados son el gozne entre la democracia nacional, que los autoriza, y el poder público europeo, que encuentra en ellos su marco, ¿pueden las instituciones de la Unión sentirse liberados de su texto y agrandar su poder? ¿No afectaría al poder democrático estatal, que vería como la Unión suma competencias sin una autorización previa del pueblo nacional? Un análisis en detalle de las decisiones en M. Azpitarte Sánchez, *Los confines de la democracia y la solidaridad. A propósito de las decisiones del tribunal constitucional federal alemán de 14 de enero y 18 de marzo de 2014 que enjuician el marco jurídico supranacional de las políticas de rescate*, in *Revista Española de Derecho Constitucional*, 101, 2014, 301.

economía en coma, ordenando un corralito, ante el riesgo evidente de que la decisión manifestada en el referéndum condujese al colapso.

Otros dos ejemplos manifiestan la incidencia de la crisis sobre los procesos democráticos internos. Uno, el fenómeno de los gobiernos técnicos o de gran coalición, que fueron una evidente neutralización de los mecanismos políticos cotidianos. Sin embargo, ahora me interesa destacar el caso español para subrayar la incidencia sobre el poder de reforma. Según explicó el presidente Zapatero, una carta del presidente del BCE le animó a proponer la reforma de la Constitución para instaurar condiciones más exigentes en el control del déficit y el equilibrio presupuestario. Sin embargo, Zapatero auspició una modificación por el procedimiento de urgencia, sin apenas debate, minando las bases democráticas que habrían de iluminar toda reforma constitucional.

Esta paradoja democrática nos lleva al principio del texto. La desigualdad económica por razones territoriales es una cuestión clásica de la teoría constitucional en cuanto que cuestiona la esencia del proyecto constitucional, que tiene en su centro el postulado de la igualdad de oportunidades. La respuesta estatal clásica parte de una premisa ontológica, que nos remite al sentido de pertenencia, según el cual estamos dispuestos a ceder algo de riqueza a nuestros conciudadanos. Difícilmente mantendríamos una postura semejante si nuestros ingresos fuesen a parar a otros Estados.

La solución a este problema se hace más difícil cuando no situamos en el proyecto de integración. La dificultad nace precisamente porque no se da el a priori de pertenencia que justificaría las iniciativas redistributivas. ¿Cómo construir, entonces, el principio de solidaridad?

5.2 Primera hipótesis: ¿Solidaridad sin democracia? La política monetaria

Hoy aceptamos sin mayor dificultad que los bancos centrales han de ser independientes y dirigidos por personas con conocimiento en el ámbito de la política monetaria²⁵. En términos prácticos, y sobre todo en el campo

²⁵ V.C. Smith, *The rationale of central banking and the free banking alternative*. Indianapolis, 1990, 5 recuerda que a lo largo del siglo XIX el interrogante esencial consistía en saber si era preferible que la potestad para emitir papel dinero estuviese en manos de un solo banco (o en varios bancos conservando uno la preeminencia para ejercer el control) o bien que fuese una actividad de libre mercado. Bajo esta pregunta, en definitiva, latía la necesidad de establecer un sistema bancario seguro, que evitase quiebras. Por tanto, la preocupación primordial no era garantizar la estabilidad de precios, E. Apel, *Central banking systems compared*. Abingdon, Oxon, 2003, 21.

del derecho de la Unión, nunca hubo dudas sobre la configuración del BCE²⁶. Desde los primeros sistemas de cooperación informal en política monetaria, esta fue conducida por los bancos centrales nacionales. Cuando en el año 1992 acaba tomando forma la política monetaria de la Unión, un elemento asumido por todos es que el BCE habrá de parecerse lo más posible al Bundesbank. Así las cosas, nadie pone hoy en cuestión la posición del BCE, al margen del equilibrio institucional Comisión/Consejo/Parlamento, que define por antonomasia la vida política de la Unión.

No menos evidente, sin embargo, es la aparente contradicción que implica el BCE a la luz del principio democrático. Si todo el poder procede del pueblo, ¿cómo es posible aceptar que la política monetaria queda al margen de las instituciones que dan expresión a la soberanía popular? La respuesta, y con ella la comprensión del sistema institucional que desarrolla la política monetaria, necesita una mínima revisión del principio democrático.

Nuestro punto de partida ha de ser la democracia constitucional. Sabemos de sobra que consiste en el gobierno de la mayoría, bajo control político y jurídico de la minoría. Partiendo de esta premisa, la democracia constitucional siempre ha dado un espacio al criterio técnico. Ocurre con la Administración y el Poder Judicial. En ambos casos, su naturaleza democrática se ha explicado por el sometimiento al principio de legalidad y al imperio de la ley, ley que, en definitiva, es dada por el Parlamento.

Sin embargo, los bancos centrales presentan una variante en la articulación de la especialidad técnica. Obviamente, sus poderes no se restringen a una función de control a petición de parte, como ocurre con el Poder Judicial. Tampoco se trata de una burocracia en cuya cúspide se encuentra un Gobierno elegido democráticamente, al modo de la Administración. Y no podemos trasladar sin más la configuración de las agencias independientes americanas controladas por una Presidencia de la República elegida democráticamente²⁷.

²⁶ Es esta, sin embargo, una ecuación puesta en discusión, B. Hayo – C. Hefeker, *Reconsidering central bank Independence*, in *European Journal of Political Economy*, 18, 4, 2002, 65, 663 consideran, primero, que optar por la estabilidad de precios es una decisión política fruto de la cultura inflacionista de un Estado y de las preferencias que se manifiestan en el proceso político. Segundo, que no está acreditado que la independencia de la banca central contribuya inexorablemente a la independencia.

²⁷ Este modelo, formalmente sí es apto para la Reserva Federal, que ejerce un poder delegado del Congreso, que es el que ostenta la competencia la cantidad y el valor del dinero, E. Apel, ob.cit., 40.

Los bancos centrales desempeñan una acción política, que innova dentro de los amplios márgenes que le da el ordenamiento. La razón histórica de su singular posición se explica precisamente para evitar las tensiones inflacionistas que causaba la dinámica política. En la segunda mitad del siglo XX se quiere poner freno a una política monetaria que los gobiernos alineaban antes con el ciclo electoral que con el económico. En efecto, cuando se acercaba el correspondiente proceso electoral era una tentación irresistible utilizar los diversos instrumentos al alcance para generar el dinero que diese a la población una mayor capacidad de consumo, siquiera con efectos temporales. A esta circunstancia habría que añadir el especial peso que ganó en Europa el viejo marco alemán, cuyo poderío era sostenido, en una parte sustancial, por la férrea dirección del *Bundesbank*, nítidamente separado del resto de órganos de dirección política.

Esta breve explicación histórico-política nos permite comprender el estado de cosas actual. Pero no nos da una justificación constitucional del estatus de los bancos centrales, caracterizados por la independencia técnica, y al margen de la dicotomía mayoría/oposición que define nuestras democracias. Cabría sostener, dentro del marco de la democracia constitucional, que, simplemente, se introduce una variable más, según la cual, la mayoría de gobierno encontraría otro límite adicional, la estabilidad de precios, sin el cual la política económica no es de facto viable. Sería también posible negar la premisa mayor del problema, defendiendo que la naturaleza democrática de los bancos centrales se logra en la medida que su campo de actuación está suficientemente delimitado por la ley. O bien, tendría sentido concluir que los sistemas constitucionales no se agotan en el principio democrático, de manera que para su funcionamiento requieren de la introducción de otros elementos, entre ellos, por ejemplo, el tecnocrático (o burocrático), que antes de los bancos centrales ya estaba presente en la Administración o el Poder Judicial. Es decir, los sistemas constitucionales necesitan de expertos que den sentido a las decisiones populares.

En definitiva, la lógica constitucional de los bancos centrales continúa siendo una cuestión abierta desde el punto de vista teórico. Las dificultades no acaban aquí. Incluso si encontramos una justificación constitucional adecuada al BCE, su control político y jurídico plantean problemas adicionales. Es evidente que la categoría de control político la hemos construido inductivamente a partir de la dinámica que se genera en los sistemas de gobierno constitucionales, sean parlamentarios o presidencialistas. Controla el Parlamento y el horizonte último son las elecciones, donde unas y otras posiciones se verán sometidas al examen del electorado. La traslación de esta mecánica a otros ámbitos no es fácil. La

política monetaria y la acción del BCE es un buen ejemplo. Existen una serie de circunstancias que conducen a poner en cuestión la misma posibilidad de un control político.

Debemos recordar que la intención expresa era situar la política monetaria fuera del ciclo electoral. Pero si los bancos centrales están fuera de la estructura electoral/parlamentaria, ¿quién los ha de controlar? En segundo lugar, la independencia supone una dificultad esencial en el desempeño de la función de control. ¿Quién ha de ejercer ese control si los organismos de la Unión y los Estados miembros tienen vedado dictar instrucciones? ¿Cómo ejercer el control sin la posibilidad siquiera de plantear alternativas? Más aún, ¿qué consecuencias habría de tener ese control si está blindado el mandato de los miembros del Comité Ejecutivo y el de los gobernadores de los bancos centrales? Finalmente, no debe dejar de reseñarse el carácter no público o reservado de la actuación del BCE, en tanto que las reuniones del Consejo de Gobierno son confidenciales (art. 10.4 del Protocolo) y el BCE «podrá decidir hacer públicos sus decisiones, recomendaciones y dictámenes». Sobra subrayar que, si no se puede conocer las deliberaciones o la actuación del BCE, difícilmente se puede ejercer el control político.

El control jurídico también ha mostrado serias debilidades. ¿Cómo ejercer un control de derecho público si la actuación del BCE se articula esencialmente a través de instrumentos de derecho privado? Más aún, ¿puede realizarse un control efectivo sobre el mero anuncio de las medidas, a sabiendas de una vez dadas a conocer su puesta en práctica se descompondrá en una miríada de contratos? Y, finalmente, si la actuación del BCE se caracteriza por la capacidad técnica, ¿es posible realmente que el Tribunal de Justicia desempeñe algún tipo de control real?

5.3 *Segunda hipótesis: ¿solidaridad sin conflicto?*

5.3.1 *¿Cómo integra la Unión el conflicto?*

Los nuevos mecanismos de supervisión han transformado la naturaleza de la unión económica. El principio de autonomía estatal delimitado mediante normas que fijan barreras externas ha sido superado y ahora encontramos una Unión que marca el paso de la política económica. Esto supone un cambio sustancial en la medida que rompe el modelo propio de la Comunidad de derecho, en el que el proyecto de integración se reducía a limar los excesos del proteccionismo, dejando a los Estados la racionalización y articulación del pluralismo y del conflicto que le es

intrínseco. Ahora, el conflicto político, en su vertiente económica, se ha situado en el corazón del proyecto de integración. Cuando la Unión marca las líneas de la política económica o incluso impone los pasos específicos que ha de dar un Estado, está participando en la resolución del conflicto y, a su vez, generando nuevos motivos de tensión. Este fenómeno plantea dos dificultades.

La primera exige explicar el fundamento del novedoso poder de coacción que asume la Unión. En efecto, uno de los elementos estructurales del proceso de integración era que la Unión carecía de las instituciones apropiadas para imponer su derecho. Se apoyaba en la Administración y el Poder Judicial estatal, circunstancia que, además, le servía para integrar en la aplicación de su derecho la legitimidad de la que disfrutaban estas instituciones estatales. Pero, a la hora de dirigir, tutelar e imponer la política económica del Estado, ¿dónde radica la legitimidad de la Unión?

El peso de los acontecimientos históricos empuja a considerar que la mera necesidad fáctica fue la razón de ser que llevo a intensificar la supervisión. Se podría sostener así que la dirección de la política económica estatal simplemente quiere evitar futuras crisis de solvencia o, lo que es igual, el fin último de la supervisión es salvar la pura viabilidad del Estado social y democrático de derecho. No obstante, esta explicación factual padece un sesgo grave, en tanto que asume que la crisis de los Estados fue autónoma, sin que la dinámica del euro tuviese consecuencia alguna. Además, las construcciones normativas postulan una legitimidad distinta, pues no es la pervivencia del Estado afectado el motivo justificante, sino la estabilidad de la zona euro. De este modo, la legitimidad de la supervisión sería ancilar a la de la unión económica y monetaria. La unión económica y la monetaria han experimentado cualificadas transformaciones tras la crisis de 2008, lo que denota un reajuste en su legitimidad que es precisamente el problema que se quiere afrontar. Cabría, finalmente, defender que los nuevos poderes coactivos de la Unión descienden directamente de su preeminencia política sobre los Estados. Pero es justamente esta afirmación la que necesita ser explicada.

Un segundo problema tiene que ver con la capacidad de la Unión para articular y neutralizar el conflicto ínsito a la política económica. Sabemos de sobra que el proyecto de integración renunció expresamente a los mecanismos propios del derecho constitucional. El momento electoral carece de la relevancia que cobra en el Estado constitucional; simplemente las unidades políticas de mayoría de gobierno y oposición, no existen y, por tanto, no se forman en el momento electoral. La Unión, frente al principio político de mayoría de gobierno/oposición, apostó por la integración

negativa a través del derecho o, en su defecto, por una armonización normativa fruto de procedimientos guiados por el consenso. Esta apuesta por el consenso respondía a la necesidad de articular los diversos intereses estatales. Se intentaba evitar a toda costa que un Estado quedase en minoría ante el riesgo de que esa circunstancia hiciese tambalear la legitimidad de la decisión.

La nueva textura de la unión económica rompe este escenario. Los mecanismos de supervisión, si el Estado se desvía, conducen a posiciones que condicionan la política económica de ese Estado e incluso puede acabar forzando su corrección²⁸. ¿Cómo articular en este punto la discrepancia política que pueda mostrar el Gobierno del Estado? Ciertamente, la supervisión y los mecanismos de corrección tienen un trasunto de negociación, pero la realidad es que no parece factible dar lugar al acuerdo en los principios políticos que han de guiar la soluciones²⁹. De este modo, y aquí radica el problema, la discrepancia puede transformarse en una crisis de legitimidad de la Unión.

B) El vaciamiento de los instrumentos estatales para articular el conflicto

La Unión carece de los instrumentos necesarios para articular el conflicto, en definitiva, para dar sentido al pluralismo. Pero, además, su

²⁸ Una cuestión distinta consiste en determinar en qué medida, tanto las orientaciones generales como las recomendaciones por país son realmente efectivas para marcar una dirección política. S. Casagrande – B. Dallago, *Socio-economic and political challenges of EU member countries: Grasping the policy direction of the European semester*, in *Comparative Economic Studies*, 64, 3, 2022, 487, 515 alcanzan conclusiones negativas, sobre todo en lo referente al aspecto social. Distinta es la conclusión de C. Ferrer Martín De Vidales, *Semestre europeo: La supervisión de las políticas económicas, presupuestarias y fiscales del estado español*, in *Foro: Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 21, 2, 2019, 157, 179 ofrece una visión más optimista en relación con España, imputando al Semestre el espoleo de importantes reformas, teniendo en cuenta, lógicamente, que ha estado sometida a procedimientos de supervisión.

²⁹ Es más, el propio modelo de supervisión está en crisis. Según la Comisión son varios los problemas que padece: no diferencia lo suficiente entre Estados miembros pese a que tienen posiciones fiscales y riesgos distintos; no se ha podido dirigir el área fiscal del euro por no desarrollarse en los estados políticas prudentes en los tiempos de bonanza ni contar la unión con un instrumento estabilizador; las políticas nacionales no han estado orientadas al crecimiento; el sistema ha resultado demasiado complejo, quebrando la transparencia, el control del Estado (*ownership*) y la predictibilidad.

Por ello se está en fase de negociar unas nuevas reglas, que quieren poner el acento en el medio plazo, a través del *national medium-term plan*, cuyo cumplimiento se evaluará anualmente. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Central Bank, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions, Communication on orientations for a reform of the EU economic governance framework, Brussels, 9.11.2022, COM(2022) 583 final.

nueva posición en la dirección de la política económica acaba por producir en paralelo un vaciamiento de los mecanismos estatales de reconducción del pluralismo. La democracia constitucional da un lugar prioritario al momento electoral, que forma mayorías y minorías. La primera gobierna, la segunda controla con la expectativa de conformar una alternancia que tenga acogida en las siguientes elecciones. La alternancia es el principio político fundamental en la democracia constitucional. Principio que más allá de la convocatoria electoral periódica, tiene un momento álgido en el debate presupuestario anual. Es este el instante en el que se renueva la confianza parlamentaria de la mayoría. Si esta no consigue el apoyo necesario para aprobar los presupuestos, su gobierno está políticamente herido de muerte y en el horizonte, tarde o temprano, se avizoran las elecciones en las que será el cuerpo electoral el que dirima las tensiones intraparlamentarias. ¿Qué sentido tiene, sin embargo, el debate presupuestario, e incluso las elecciones, si la política económica ya ha sido definida por la Unión a través de su control del Plan nacional de reformas y del Plan de estabilidad? ¿Existe realmente una posible alternancia que dé sentido esos momentos políticos claves?³⁰

Esta debilitación del proceso político estatal puede incluso derivar en dos fenómenos aún más graves. El primero tienen que ver con los gobiernos técnicos o de gran coalición. A la luz de la experiencia griega e italiana, creo que son varios los rasgos que distinguen a los gobiernos técnicos. Se originan por impulsos extraparlamentarios y supraestatales³¹. La Unión Europea y el Fondo Monetario Internacional, o algunos de sus Estados miembro, los mercados financieros, o bien todos estos elementos a la vez, determinan la inoperancia de la mayoría de gobierno y niegan cualquier confianza como alternativa a la oposición. La reconstrucción de la gobernabilidad no se articula a través del momento electoral, sino que las propias instituciones internacionales propician la constitución de un gobierno técnico. Por tanto, este tipo de Ejecutivo se compone de actores cuyo pedigrí político se ha forjado fuera del Parlamento y cuya supuesta competencia se impone sobre la legitimidad que venían dando las elecciones. Así las cosas, las Cámaras quedan en la práctica neutralizadas: el Gobierno se siente solo subsidiariamente responsable ante los representantes; la oposición percibe que han sido esterilizados los

³⁰ En el mismo sentido C. Ferrer Martín De Vidales, ob. cit., 165.

³¹ Para una recapitulación de la formación del reciente gobierno técnico en Italia, véase T. E. Frosini, *Anatomía e anomalía di un governo tecnico*, in *Ianus*, 7, 2012, 267. Un recuento histórico de los gobiernos técnicos en Italia F. Marone, *Prime riflessioni sul governo tecnico nella democrazia maggioritaria italiana*, in *Rivista Gruppo di Pisa*, 3, 2012.

instrumentos de responsabilidad política, que podrían causar un cambio de gobierno o forzar la convocatoria de nuevas elecciones. Toda la dinámica de gobernabilidad queda fuera del sistema parlamentario, sin que sean fácilmente conocibles los criterios sustitutivos.

Es el escenario alemán, con su significativa relevancia contemporánea, el que ha ofrecido un ejemplo tangible del modelo gubernamental de gran coalición. En él, uno de los partidos en condiciones de componer por sí solo el Ejecutivo, o que le bastaría armar una coalición con grupos minoritarios, opta, sin embargo, por asociarse al otro gran partido del arco parlamentario³². Las razones de esta decisión son lógicamente difíciles de aislar, pero se suele invocar la oportunidad de una dirección política estable o la necesidad de generar reformas estructurales que requieren de un acuerdo amplio. En consonancia con el modelo visto en el párrafo anterior, los gobiernos de gran coalición se caracterizan en todo caso por desplazar el centro de gravedad fuera de las Cámaras, bien a los partidos o bien al propio Ejecutivo³³. Los términos iniciales del acuerdo de gran coalición se suelen fijar en un documento programático que ha de orientar las relaciones entre los dos partidos gubernamentales. Y es ahí, en el espacio del Ejecutivo, donde se van a resumir las posibilidades de la alternancia, en un contexto paradójico que obliga a los partidos a gobernar a la vez que a intentar marcar acentos singulares. El equilibrio entre uno y otro, el propio funcionamiento de la gran coalición, se rige por criterios inciertos que se van construyendo de forma espontánea y que, en todo caso, están absolutamente desformalizados y son ignorados por el elector. La oposición jurídicamente ordenada, aquella que se despliega en el Parlamento, queda bloqueada, dado que su tamaño la hace irrelevante para promover una crítica que desemboque en una verdadera alternancia. La confrontación entre mayoría y oposición como sustrato de la posibilidad de cambio en la dirección política del Estado pierde toda sustancia parlamentaria y las Cámaras (y su ley) pasan a cumplir una función de pura convalidación.

³² Para un recuento de las razones exógenas y endógenas que han propiciado históricamente grandes coaliciones en Austria y Alemania, G. Strohmeier, *Große Koalitionen in Deutschland und Österreich*, in *Zeitschrift für Politikwissenschaft*, 2009, 5, 12.

³³ Sobre las consecuencias en relación al control parlamentario, y en especial las posibilidades de readaptar las mayorías para constituir comisiones de control o el control de normas, me remito al dictamen para el caso alemán elaborado por P. Cancik, *Wirkungsmöglichkeiten parlamentarischer opposition im falle einer qualifizierten großen Koalition - Anforderungen des grundgesetzes kurzgutachten*, 2013 <https://silو.tips/download/prof-dr-pascal-cancik-kurzgutachten-wirkungsmöglichkeiten-opposition>.

Pese a su diferencia, el gobierno técnico y el gobierno de gran coalición comparten una serie de rasgos estructurales. En ambos casos, la formación de la mayoría de gobierno y la correlativa oposición se desvinculan del momento electoral. Resulta así difícil encontrar una línea que ligue las opciones de gobernabilidad expuestas en la campaña y el resultado efectivamente producido con la dinámica postelectoral generada por los partidos en el caso de la gran coalición u otras instituciones constitucionales para el gobierno técnico. A consecuencia de ese desacople entre las elecciones y mayoría de gobierno, la posibilidad de la alternancia queda difuminada. En el gobierno técnico, porque las fuerzas parlamentarias han sido soslayadas y en el de gran coalición porque la oposición es reducida a lo testimonial. La mecánica decisoria y los equilibrios propios de toda acción de gobierno se mueven fuera del Parlamento y de este modo pierden su marco de racionalización jurídica.

Los modelos del gobierno técnico y del gobierno de gran coalición, en definitiva, introducen un nuevo paradigma cuyo elemento distintivo radica precisamente en ahogar el conflicto nacido de perspectivas distintas relativas al planteamiento y solución de problemas públicos. Más aún, el gobierno técnico y el gobierno de gran coalición se apoyan en el descrédito del fenómeno político, al que a menudo se tacha de ser incapaz de lograr decisiones operativas. Desde este punto de partida, son tres al menos las ideas llamadas a fraguar esta realidad. Primero, la de eficacia, puesto que estos tipos de gobernabilidad que esterilizan la disputa son capaces de tomar decisiones, incluso si estas conllevan importantes sacrificios para la ciudadanía. Segundo, la idea de necesidad³⁴, que logra dibujar un contexto donde no parece haber alternativas y se hace imprescindible una dirección política unánime, con fuerza para alcanzar el único fin posible. Y, en tercer lugar, se vale del pedigrí del consenso, tan útil en los excepcionales momentos constituyentes, pero que es la antítesis de la confrontación cotidiana que ofrece la dicotomía mayoría-oposición. Eficacia, necesidad y consenso aparecen así como elementos capaces de originar una nueva legitimidad constitucional que necesariamente ha de modificar el lugar de la ley en el sistema de fuentes.

El segundo fenómeno es el de la polarización en el seno del parlamento y con él la propia crisis de la representación. La discusión política suele organizarse en torno a dos tipos de bienes. Aquellos que

³⁴ E. Guillén López, *La crisis económica y la dirección política: Reflexiones sobre los conceptos de necesidad y de elección en la teoría constitucional*, in *Revista de Derecho Constitucional Europeo*, 20, 2013, 431.

admiten redistribución y los que provocan posiciones binarias, de todo o nada. Los primeros son típicos de la política económica. Las decisiones en materia tributaria, el diseño de la política de gasto, está abierta al pacto. En cambio, en los bienes binarios (la política de símbolos, los derechos fundamentales, etc.) la negociación es mucho más difícil y el enfrentamiento de posiciones no es reconciliable, pero sí neutralizable a través de las elecciones: decide quien obtienen el respaldo electoral.

Desde el momento que el diseño de la política económica esta predeterminado por la Unión, se incentiva la polarización en el discurso de la política nacional. Los partidos pierden el escenario de la economía para proponer y negociar, para encontrar su espacio electoral. Les quedan los espacios binarios, las disputas de reconocimiento, en el que se hacen precisos discursos de máximos para significarse ante el electorado.

6. Resumen

Hoy día resulta muy difícil explicar el Estado constitucional sin una conexión directa con el sistema capitalista. Este vínculo genera una relación permanente entre el mercado y el derecho (con la política que produce este derecho). Una manifestación típica de esta relación es la solidaridad, entendida esta como la intervención de los poderes públicos para forzar una redistribución de la riqueza, modulando así las consecuencias del funcionamiento ordinario del intercambio capitalista.

En este contexto, la lucha efectiva contra la desigualdad material ha sido un objetivo característico del Estado constitucional que emerge tras la Segunda Guerra Mundial. Sin embargo, se ha experimentado una evolución conceptual significativa. Del paradigma clásico del Estado social hemos pasado, primero, al Estado regulador y hoy al Estado competitivo. Ya no basta con asegurar determinados servicios públicos, sino que su financiación a través de los mercados financieros es uno de los signos distintivos de nuestro Estado.

A su vez, se ha producido una evolución en el paradigma normativo. Las Constituciones de postguerra partieron de la idea de neutralidad económica; así, bajo la lógica capitalista, cabía un amplio margen a la política para determinar la intensidad de la intervención estatal. Sin embargo, en las últimas décadas del siglo xx se impone el paradigma del equilibrio presupuestario, que se materializa con reglas prohibitivas sobre la actuación económica.

El proceso de integración europea se incardina perfectamente en esta vocación de normativizar la política económica. Podría incluso sostenerse que ha sido su ejemplo cualificado. En efecto, las Comunidades primero y luego la Unión se han construido básicamente a través del derecho. Sus grandes hitos, en especial el mercado interior y la unión monetaria, fueron ordenados jurídicamente al detalle.

Pero, además, esa juridificación respondía a una determinada lógica constitucional. El proceso de integración rehuía de los elementos políticos típicos, entre ellos la solidaridad, que quedaba en manos del Estado. Se generó así una división funcional en el que las instituciones europeas tenían como finalidad primordial garantizar la racionalidad de la economía, evitando las actuaciones proteccionistas.

Este modelo de división funcional colapsó con la crisis económica de 2008, en tanto que la Unión se vio obligada a intervenir en la política económica de los Estados miembros para salvar el euro. La primera intervención estuvo destinada a sostener de forma inmediata a los Estados con problema de solvencia, articulando transferencias monetarias en forma de préstamos.

Posteriormente se fueron estableciendo mecanismos que han terminado por consolidarse. Destacó la posición del Banco central, asumiendo funciones de pagador de última instancia, empeñado en dotar de liquidez al sistema bancario y los Estados. Se articuló el Semestre europeo, destinado a tutelar la actuación económica de los Estados. Y se centralizaron las funciones de supervisión y resolución bancaria.

Lo más importante fue la irrupción de un nuevo paradigma político: la austeridad condicionada. La Unión forzó una inédita devaluación interna encaminada a reducir el gasto público y los ingresos de los ciudadanos. Solo bajo estas premisas se lograría la ayuda de la Unión.

La difícil experiencia que implicó la austeridad condicionada, unida a la generalidad de la crisis postulada por la pandemia, forzó a un cambio. Se mantiene la condicionalidad, pero la actuación de la Unión se ha reconducido hacia políticas de gasto expansivas, articuladas parcialmente mediante transferencias a fondo perdido y financiadas con deuda pública de la Unión.

Una vez repasados los nuevos mecanismos de intervención de la Unión en la política económica de los Estados, en especial el tránsito de una división funcional a la condicionalidad, es el momento de explorar la posibilidad de una comprensión de la solidaridad más potente en la Unión.

A mi juicio, para dar una mayor operatividad a la solidaridad en el ámbito de la Unión, antes es necesario resolver una paradoja democrática.

En efecto, cuando los Estados miembros han puesto a disposición de otros Estados parte de su riqueza, la dificultad democrática ha sido doble. Por un lado, la que experimentan los Estados prestamistas: temen que la capacidad presupuestaria de su parlamento se vea constreñida sin límite temporal. Por otro, el de los Estados receptores: sufren profundas reformas económicas, sin una verdadera capacidad de incidir sobre ellas.

Las soluciones que ha articulado la Unión vacían el sentido político de la solidaridad.

a) La activa intervención del Banco central nos interroga sobre su estatus constitucional, en tanto que se mueve al margen de la comprensión clásica del principio democrático.

b) La institución del Semestre europeo que, por un lado, plantea la capacidad de la Unión para articular el conflicto político y, por otro, vacía de esa capacidad al proceso político nacional.

ABSTRACT: The work begins by presenting the importance that solidarity has always had for constitutional law. In this sense, the paper underlines that economic asymmetries pose a problem of equality; it exposes the different responses that have been given by the State (in its form of social, regulatory or competitive State). The second section highlights that solidarity had always been left aside in the integration process. This was because the European structure was built on the idea of a division of functions between the States and the Union, so that issues of solidarity essentially corresponded to the former. In the third and fourth points it is argued that this premise has been called into question with the financial crisis of 2008 and the health crisis of 2020. Finally, the fifth section goes on the political difficulties of solidarity in the Union. On the one hand, we wonder if solidarity is possible without democratic mechanisms. On the other hand, it is studied whether the Union has the necessary instruments to neutralize the conflict underlying solidarity.

KEYWORD: solidarietà - crisi economica - crisi sanitaria – democrazia - Unione Europea

Miguel Azpitarte Sánchez - Professore ordinario di Diritto Costituzionale, Università di Granada (mazpitar@ugr.es)

La función del Banco Central Europeo en un contexto institucional *sui generis**

Daniela Dobre

SOMMARIO: 1. La independencia del Banco Central Europeo dentro de un contexto institucional originariamente asimétrico. – 2. I. La Unión Bancaria como manifestación potencial de la voluntad política de los Estados miembros de redistribuir a nivel transnacional. – 3. ¿Compensar por medios técnicos las carencias materiales de la UEM?

1. La independencia del Banco Central Europeo dentro de un contexto institucional originariamente asimétrico

En las páginas que se siguen se describirán las asimetrías inherentes del euro y el *telos* originario limitado del BCE, justificado por su racionalidad técnica. Es bien sabido que BCE es el garante institucional del euro, culminando el pilar monetario de la UEM. Esta última se conforma como un área regulada esencialmente por normas de Derecho de la Unión Europea (UE), en el que (hoy) veinte Estados miembros de la Unión comparten un mercado único, una misma moneda y una política monetaria única.

De acuerdo con el artículo 3.4 del Tratado de la Unión Europea (TUE), la UEM es un objetivo de la Unión cuya materialización se sustenta en una división de competencias originariamente «asimétrica»¹. Mientras que la competencia en materia de política económica (incluida la presupuestaria y fiscal) se mantiene en el terreno de los Estados miembros –adquiriendo la Unión un «mero» poder de coordinación y vigilancia de las políticas económicas nacionales–, la competencia en materia de política monetaria se atribuye exclusivamente a la Unión. Tal división de competencias ha dado lugar a una «asimetría equivalente» en la organización

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ Conclusiones del Abogado General Giovanni Pitruzzella presentadas el 28 de mayo de 2020, asuntos acumulados C-597/18 P, C-598/18 P, C-603/18 P y C-604/18 P, *Consejo c. Dr. K. Chrysostomides & Co. LLC y otros*, párr. 41.

institucional de la UEM, configurando un «equilibrio institucional propio»². De esta forma, el ejercicio de la política monetaria corresponde exclusivamente al Sistema Europeo de los Bancos Centrales (SEBC) y al BCE, creados específicamente para este fin. En cambio, los actores institucionales responsables para coordinar y vigilar las políticas económicas de la Unión son de distinta naturaleza (supranacional e intergubernamental). Una esencia similar caracteriza también a las normas que guían los modos de interacción y decisión de dichos actores, al tratarse de normas de Derecho de la Unión que coexisten con otras, propias del Derecho Internacional clásico. El principio constitucional sobre el que se asienta dicho pilar económico es la disciplina presupuestaria, reforzado por la prohibición de corresponsabilidad financiera (sea de los Estados miembros entre sí, sea con la Unión Europea) recogida en el artículo 125 del TFUE.

Con todo, también es un hecho comúnmente conocido hoy que el objetivo de la Unión de establecer una UEM estará eternamente predisposto a la crisis interna sin la presencia, en su seno, de un poder fiscal centralizado. La razón central de la propensión a la crisis de la UEM se refiere al hecho de que esta no cumple los requisitos para ser considerada un «área monetaria óptima»³. Puesto que la transferencia de la política monetaria a la Unión implica la pérdida de los mecanismos clásicos del Estado para hacer frente a los shocks exógenos (esto es, la devaluación externa), el nacimiento del euro afectó directamente la capacidad de los Estados miembros de la eurozona de (re)posicionarse en el comercio internacional según las necesidades de sus balanzas de pago y los criterios internos de oportunidad coyuntural. Además, el euro careció desde el origen de instrumentos centralizados que permitieran la realización de transferencias fiscales desde las áreas comerciales con superávit hacia las zonas deficitarias, esto es, no se estableció un Ministerio de Hacienda europeo que recaudara los ingresos y distribuyera los gastos a nivel transnacional⁴. Las consecuencias de esta carencia quedaron profundamente intensificadas por el rechazo de los países con superávit y de sus ciudadanos

² Conclusiones del Abogado General Giovanni Pitruzzella, *op. cit.*, párr. 44.

³ R.A. Mundell, *A Theory of optimum currency areas*, en *American Economic Review*, vol. 51, núm. 4, 1961, p. 657 ss.

⁴ Cfr. M. Moltó Calvo, *Unión económica y monetaria: concepto, evolución histórica y desafíos de la gobernanza económica en la Unión Europea*, en J.M^a. Beneyto Pérez (dir.), *Tratado de Derecho y Políticas de la Unión Europea, Tomo VI (Mercado Único Europeo y Unión Económica y Monetaria)*, Madrid, 2013, p. 816 ss., esp. p. 884; M. Brunnermeier, H. James, J-P. Landau, *The Euro and the Battle of Ideas*, Princeton University Press, Princeton, 2016, esp. p. 101-112.

de hacer su parte en lo que a la sostenibilidad del euro corresponde, transfiriendo fondos incondicionales hacia los Estados deficitarios⁵.

Siguiendo la tesis propuesta por Miguel Arjona Sánchez, la función primordial de una unión monetaria contemporánea – la UE siendo, en este sentido, el experimento por excelencia – sería la de responder al problema macroeconómico de los desequilibrios comerciales a nivel internacional⁶. En el ámbito estatal, el mecanismo constitucional de corrección de los desequilibrios es la política fiscal, concretamente el principio de solidaridad territorial, que asegura una redistribución del producto nacional desde las regiones más ricas hacia los territorios menos desarrollados económicamente. Sin embargo, la UEM carece de los mecanismos estatales clásicos destinados a garantizar la solidaridad entre los territorios. De modo que el BCE se configura en última instancia como una institución europea inserta en un contexto jurídico *sui generis* y se identifica precisamente por una posición constitucional peculiar, en particular porque ni la Unión es un Estado constitucional ni el euro ha dado lugar una zona monetaria óptima.

Según el artículo 13 del TUE, el BCE es una «institución de la Unión». Por otro lado, el artículo 282 del TFUE establece el SEBC, compuesto por el «BCE y los bancos centrales nacionales (BBCCNN)», indicando que el BCE y los BBCCNN de los Estados miembros cuya moneda es el euro constituirán «el Eurosistema» y dirigirán la política monetaria de la Unión. El mismo precepto atribuye personalidad jurídica al BCE. El artículo 3.1 (c) del TFUE reconoce el carácter exclusivo de la competencia en materia de política monetaria. El objetivo de la política monetaria será el de «mantener la estabilidad de precios»⁷. De este modo, el BCE se adhiere a un modelo reglado de banca central – muy similar al *Bundesbank* en su configuración previa a la adhesión a la UM⁸ – según el cual la autoridad monetaria garantiza un objetivo jerárquicamente superior a todos los demás que se le encomiendan: la estabilidad de los precios⁹.

El artículo 130 del TFUE ancla la política monetaria en el principio constitucional de independencia técnica. La independencia del SEBC ha

⁵ Esta es una de las tesis centrales de M.J. Arjona Sánchez, *El euro, entre la nostalgia postmoderna al oro y un supra-federalismo europeo. Un debate constitucional*, Cizur Menor, 2021.

⁶ M.J. Arjona Sánchez, *op. cit.*, *passim*.

⁷ Tfeue, Artículo 119.2.

⁸ J. García-Andrade Gómez, *El sistema monetario en una Unión Europea de Derecho*, en M.^a A. Salvador Armendáriz, (dir.), *Regulación bancaria: transformaciones y Estado de Derecho*, Navarra, 2014, p. 251 ss, spec. p. 253.

⁹ Según C. Zilioli – M. Selmayr, *The Law of the European Central Bank*, Oxford - Portland Oregon, 2004, se trataría de la «Grundnorm» del SEBC (p. 36).

sido una condición indispensable para transferir íntegramente el ejercicio del poder monetario al nivel supranacional. Además, siempre según la visión político-constitucional de la que se nutre el Derecho originario, el principio de independencia técnica (y su excepcionalidad a la luz del principio del Estado democrático) solo se justificaría por el correlativo objetivo de garantizar la estabilidad de precios en la UM; un objetivo que contendría, en principio, una esencia predominantemente técnica y estaría limitado por la propia jerarquía teleológica sobre los demás objetivos potencialmente atribuidos al SEBC. En efecto, la lógica que subyace al nacimiento orgánico del BCE parte de la atribución al mismo de un objetivo constitucional restringido (la estabilidad de los precios), cuya garantía deberá realizarse sin intromisiones políticas nacionales o europeas, observándose una presunta voluntad de los legisladores de Maastricht de «neutralizar políticamente»¹⁰ al BCE, configurándolo de forma exclusiva como guardián de la estabilidad de la moneda. En resumidas cuentas, el BCE adquirió una legitimidad basada en los objetivos (*output legitimacy*), distinta de la legitimidad democrática ordinaria (*input legitimacy*). La legitimidad de la institución monetaria supranacional se justifica esencialmente por la naturaleza técnica del objetivo encomendado, exigiendo, por extensión, una amplia discrecionalidad tanto para definir la «estabilidad de los precios» como para diseñar los medios para conseguirla¹¹.

Por otro lado, la capacidad del BCE de garantizar de manera eficiente el objetivo de la estabilidad de los precios exige como presupuesto indispensable que la política monetaria por él adoptada sea «única»¹². Puesto que los Tratados de la Unión no definen ni el concepto de política monetaria ni el de la estabilidad de los precios, el Tribunal de Justicia ha señalado que, «para determinar si una medida está comprendida en el ámbito de la política monetaria, deberán tenerse en cuenta principalmente los objetivos de esa medida y la pertinencia de los medios que la medida utiliza para alcanzar esos objetivos»¹³. Según el TJ, «los autores de los Tratados han optado» por

¹⁰ L.A. Pomed Sánchez, *Régimen jurídico del Banco de España*, Madrid, 1996, p. 253.

¹¹ Véase sobre todo la Sentencia de 16 de junio de 2015, asunto C-62/14, *Gauweiler*, párr. 75. Cfr., por todos, S. Baroncelli, *La Banca Centrale Europea: profili giuridici e istituzionali, un confronto con il modello americano della Federal Reserve*, Fucecchio, 2000. Sobre la rendición de cuentas del BCE en el ámbito de la política monetaria, y en la supervisión y la resolución bancarias, A. Pisaneschi, *L'accountability delle autorità finanziarie europee*, en *Rivista AIC*, n° 4, 2023, p. 185 ss.

¹² Sentencia *Gauweiler*, cit., párr. 47-48.

¹³ Sentencia de 27 de noviembre de 2012, C-370/12, *Pringle*, párr. 53 y 55; *Gauweiler* (párr. 46); Sentencia de 11 de diciembre de 2018, C-493/17, *Weiss*, párr. 5).

una formulación «general y abstracta» del concepto de política monetaria¹⁴, abriéndose un espacio voluntariamente discrecional para que el BCE decida acerca de las concreciones del objetivo de la política monetaria (i.e., la estabilidad de los precios) en función de las necesidades económicas del momento. Más recientemente, y a raíz de la creación de la Unión Bancaria (UB), el BCE también actúa en aras del objetivo de la Unión de asegurar la estabilidad financiera de la zona del euro, lo que amplía considerablemente el *telos* originariamente estipulado para este órgano técnico, así como su margen de actuación discrecional.

2. La Unión Bancaria como manifestación potencial de la voluntad política de los Estados miembros de redistribuir a nivel transnacional

En efecto, los representantes políticos acordaron en el 2012 la creación de la UB, con el fin de «salvaguardar la estabilidad financiera de la zona euro en su conjunto, reducir la fragmentación financiera y restablecer el crédito normal a la economía»¹⁵. La UB se compone actualmente de dos pilares (supervisión y resolución bancarias) y pretende integrar, en el futuro, un (controvertido) fondo de depósitos europeo (EDIS, por sus siglas en inglés). A pesar de su clasificación jurídica e institucional en distintos «pilares», la interconexión sustancial y procedimental entre las vertientes de supervisión, resolución y (los fondos para garantizar mínimamente) los depósitos bancarios, es innegable. En este sentido, el diseño general de la UB se basa «en un alto grado de integración federal y originalidad»¹⁶, al poner en común la actuación de las diferentes autoridades supranacionales responsables de la supervisión prudencial y de la resolución bancaria, respectivamente, con la participación de las autoridades nacionales competentes en las mismas materias.

El primer pilar de la UB es el Mecanismo Único de Supervisión (MUS) y su naturaleza es esencialmente preventiva, en cuanto que busca garantizar el cumplimiento del marco regulatorio establecido y el correcto funcionamiento del mercado financiero, reduciendo el riesgo de contagio a nivel supranacional. El segundo pilar es el Mecanismo Único de Resolución

¹⁴ Sentencia *Weiss*, párr. 55.

¹⁵ Conclusiones del Consejo Europeo EUCO 104/2/13, de 27-28 de junio de 2013, Bruselas, pp. 9-10; Comisión Europea, «Comunicación al Parlamento Europeo y al Consejo: Hoja de ruta hacia una unión bancaria», COM/2012/0510 final, 12.9.2012.

¹⁶ D. Sarmiento, *El Derecho de la Unión Europea*, 4ª ed., Madrid, 2022, p. 762.

(MUR, junto con un Fondo Único de Resolución, FUR)¹⁷, y su función es más bien «correctiva o paliativa», dado que entra en acción sobre la base de una situación de grave dificultad financiera de una entidad de crédito¹⁸. Los dos pilares vigentes de la UB se apoyan en un código normativo único, que establece los requisitos de capital para las entidades de crédito, los criterios mínimos para la garantía de los depositantes y un marco jurídico para la prevención y gestión de las quiebras bancarias.

El MUS se sustenta jurídicamente en el artículo 127.6 del TFUE y el Reglamento del MUS, adoptado por el Consejo mediante un procedimiento legislativo especial, previa consulta al Parlamento Europeo y al BCE¹⁹. A través de este Mecanismo se crea un sistema de supervisión europeo integrado del que forman parte el BCE y las Autoridades Nacionales Competentes (ANC) de los Estados miembros participantes. Su objetivo es contribuir a la seguridad y la solidez de las entidades de crédito y a la estabilidad del sistema financiero dentro de la Unión y en cada uno de los Estados miembros, teniéndose en cuenta, además, la unidad e integridad del mercado interior²⁰. Los países de la eurozona participan directamente en el MUE, aunque la adhesión voluntaria al mecanismo está abierta también a los Estados miembros de la Unión cuya moneda no sea el euro, mediante acuerdos de cooperación estrecha²¹.

El MUS se rige según los principios de integridad y descentralización²², lo que implica que las ANC llevan a cabo sus poderes bajo la vigilancia última del BCE²³. Por otro lado, la distribución interna de tareas entre el BCE y las ANC se realiza en virtud del carácter significativo

¹⁷ Su base jurídica es el art. 114 TFUE; Reglamento (UE) núm. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, por el que se establecen normas uniformes y un procedimiento uniforme para la resolución de entidades de crédito y de determinadas empresas de servicios de inversión en el marco de un Mecanismo Único de Resolución y un Fondo Único de Resolución y se modifica el Reglamento (UE) n° 1093/2010, OJ L 225, 30.7.2014, p. 1–90 (Reglamento del MUR).

¹⁸ D. Sarmiento, *op. cit.*, p. 746.

¹⁹ Reglamento (UE) núm. 1024/2013, del Consejo, de 15 de octubre de 2013, que encomienda al BCE tareas específicas respecto de políticas relacionadas con la supervisión prudencial de las entidades de crédito, *DOUE* n° 287, de 29 de octubre de 2013, p. 63-89 (Reglamento del MUS).

²⁰ Reglamento del MUS, art. 1.

²¹ Con los requisitos enunciados en el art. 7.2 del Reglamento del MUS.

²² L. Arranz Alonso, «Aspectos legales del MUS», en J.A. Ureña Salcedo (coord.), *Unión Bancaria Europea. Lecciones de Derecho Público*, Madrid, 2019, p. 15 ss., p. 24.

²³ Cfr. Sentencia del Tribunal General de 16 de mayo de 2017, asunto T-122/15, *Landeskreditbank/BCE*, spec. párr. 54, 57-58, 65 (interpretación confirmada en casación).

o menos significativo de las entidades financieras²⁴, que a su vez se determina en función del tamaño de la entidad, la importancia para la economía de la Unión (o de cualquier Estado miembro participante) y el carácter significativo de sus actividades transfronterizas²⁵. Hoy, el BCE es responsable de la supervisión directa de 113 de entidades de crédito significativas de los países participantes, representando casi el 82 % del total de los activos bancarios de esos países²⁶. Sin embargo, indirectamente el BCE es responsable de todas las entidades supervisadas en el marco del MUS, dado el carácter integrado de tal competencia.

El ejercicio de la función de supervisión prudencial se lleva a cabo a través de las potestades clásicas que giran en torno a la idea de organización del mercado²⁷. Interesa destacar aquí la fase de salida del mercado, en la cual el BCE deberá evaluar si una entidad de crédito se encuentra en graves dificultades financieras o si existe la probabilidad de que lo esté (la llamada declaración «*Failing Or Likely To Fail, FOLTF*»)²⁸. La adopción del instrumento de resolución corresponderá, sin embargo, a la Junta Única de Resolución (JUR). La JUR se clasifica de agencia independiente con personalidad jurídica propia, creada por una norma de Derecho derivado (el Reglamento del MUR)²⁹.

El término de «resolución bancaria» en el contexto institucional del MUR hace referencia a un tipo específico de liquidación de las entidades de crédito. Tal especificidad se deriva del objetivo más amplio de la UB de garantizar la estabilidad financiera de la Unión, que, en el ámbito concreto del MUR, se traduce en la finalidad de proteger mínimamente los depósitos

²⁴ Reglamento del MUS, Considerando 5 y art. 6.4, primer párrafo.

²⁵ Reglamento del MUS, Artículo 6.4; Reglamento (UE) núm. 468/2014 del Bce, de 16 de abril de 2014, por el que se establece el marco de cooperación en el Mus entre el Bce y las autoridades nacionales competentes y con las autoridades nacionales designadas (Reglamento Marco del MUS) (Bce/2014/17), OJ L 141, 14.5.2014, p. 1–50, art. 39; véase, en el mismo sentido, la sentencia del Tribunal General en el asunto *Landeskreditbank/Bce*, párr. 26.

²⁶ Banco Central Europeo, «Mecanismo Único de Supervisión», <https://www.bankingsupervision.europa.eu/about/thessm/html/index.es.html> (consulta: 20.12.2023)

²⁷ R. Lastra, *Banking Union and Single Market: Conflict or championship?*, en *Fordham International Law Journal*, vol. 36, núm. 5, 2013, p. 1190 ss., pp. 1993 y 1205. En igual sentido, D. Sarmiento, *op. cit.*, p. 746.

²⁸ Reglamento del Mus, Artículo 5.

²⁹ Reglamento (Ue) núm. 806/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de julio de 2014, Artículos 42 y ss.

de los ciudadanos europeos (actualmente hasta los 100,000 EUR³⁰) y de evitar los rescates bancarios con dinero público (*bail out*)³¹. Estas dos finalidades se distinguen con claridad del objetivo clásico de las liquidaciones bancarias llevadas a cabo de acuerdo con el Derecho concursal, que persigue garantizar los derechos de cobro y el patrimonio real de los acreedores³². En este sentido, uno de los principios fundacionales de la UB es el llamado *bail in*, que exige que las pérdidas potenciales sean asumidas, en primer lugar, por los accionistas de la entidad, y después por los acreedores, evitando de esta manera que el contribuyente asuma el riesgo de la actividad bancaria transnacional³³. La adopción del instrumento de resolución conllevará la aplicación del principio del *bail in* y, supletoriamente, el uso de los fondos específicamente creados al respecto dentro del MUR: el Fondo Único de Resolución (FUR).

Es indudable que el diseño institucional de la UB presenta una considerable originalidad. Sin embargo, este mismo carácter original conlleva, a la vez, una opacidad estructural que imposibilita descubrir de inmediato la vocación fiscal de la UB en relación con la sostenibilidad material de la zona monetaria común. En estas páginas se pretenden señalar los dos mecanismos de la UB que ejercen de respaldo fiscal (insuficiente) del euro. Conviene realizar, sin embargo, dos consideraciones generales. En primer lugar, la conexión sustancial y procedimental entre los pilares de supervisión, resolución y garantía de los depósitos bancarios demuestra un compromiso político institucionalizado por limitar la tendencia expansiva de los riesgos intrínsecos de la actividad bancaria. Por otra parte, la UB supone un avance sin precedentes para la garantía de la estabilidad financiera de la Unión y de sus Estados miembros, en tanto en cuanto toma en consideración, por primera vez, la dimensión transnacional de la actividad bancaria, consiguiendo reforzar – esta vez a nivel supranacional – los instrumentos prudenciales clásicos de anticipación y de evaluación de los riesgos financieros.

En segundo lugar, la UB rompe (parcialmente) el «círculo vicioso» entre el sector bancario y la deuda soberana. En este sentido, entre las razones fundacionales de la UB se encuentra su pretensión de desarticular

³⁰ Directiva 2014/49/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, relativa a los sistemas de garantía de depósitos, Artículo 6.1.

³¹ Directiva 2014/49/UE, Considerando 5.

³² C.V. Gortsos, *Banking resolution. The EU Framework Governing the Resolution of Credit Institutions*, en F. Amtenbrink – C. Herrmann – R. Repasi (dirs.), *The EU law of Economic and Monetary Union*, Oxford, 2020, p. 1145 ss., spec. p. 1147.

³³ Artículo 15 (1, letras a, b) del Reglamento del Mur.

la intrínseca relación entre el riesgo de insolvencia bancaria y la insolvencia soberana³⁴. Ciertamente, las entidades de crédito suelen asumir en sus hojas de balance una cantidad considerable de títulos de deuda soberana³⁵, lo que, a la vez que permite la ampliación de los recursos fidejados del Estado, expande la necesidad potencial de un «autorescate» soberano en el caso de desajustes macroeconómicos dentro de la zona monetaria común (provenientes, a su vez, de crisis financieras). Más allá de su función preventiva respecto de futuras crisis bancarias que pudieran surgir en la eurozona, la UB pretende dar una respuesta supranacional al problema político de los rescates públicos, i.e., relativo a quién debe asumir las pérdidas económicas cuando los riesgos intrínsecos de la actividad bancaria se materializan. En este sentido, la UB positiviza la prohibición de rescatar a las entidades financieras inviables de la eurozona con el dinero de los contribuyentes³⁶. Dado que la recapitalización bancaria por la vía pública se lleva a cabo con cargo al presupuesto estatal, el principio del *bail in* se orienta asimismo a limitar las necesidades de expansión de la deuda fiscal, reforzando, indirectamente, el principio constitucional de la disciplina fiscal. Desde este entendimiento, la UB supone una garantía de la Constitución económica de la Unión en sentido amplio: limitando el llamado *moral hazard* de las entidades bancarias – esto es, la asunción de riesgos financieros incrementados bajo la certeza de que los costes de una mala gestión de la hoja de balance serían asumidos externamente por los ciudadanos – se reduce un riesgo básico para el potencial desequilibrio presupuestario de los Estados miembros de la Unión.

Con todo, la operación institucional de desvinculación financiera del Estado respecto del sector bancario es parcial dentro la UB – y solo puede mantenerse parcial, dado el carácter único de la zona monetaria supranacional. En ausencia de mecanismos fiscales centralizados de redistribución transnacional del dinero, la banca privada constituye un mecanismo primordial de transmisión de los fondos de inversión entre los Estados miembros del euro, así como un canal esencial de transmisión de la política monetaria única (léase un canal para que, en tiempos de crisis, el

³⁴ C. Zilioli – K-P. Wojcik, *European Banking Union: a giant step towards European integration and a challenge for judicial review*, en *Idem*, *Judicial Review in the European Banking Union*, Cheltenham, 2021, p. 1 ss., spec. p. 3.

³⁵ De hecho, existe en la Unión una tradicional dependencia económica del Estado en cuanto a la financiación del presupuesto público mediante el sector bancario. R.M. Lastra, *Multilevel Governance in Banking Regulation*, en M.P. Chiti – V. Santoro (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Basingstoke, 2019, p. 3 ss., p. 5.

³⁶ D. Sarmiento, *op. cit.*, p. 771.

BCE pueda reducir los tipos de interés de las deudas soberanas mediante compras en el mercado secundario, la modificación de la política de colaterales exigibles o la modulación de la tasa de interés nominal). De manera que, aunque ciertamente la conexión banca privada-Estado puede (y, de hecho, ha dado) lugar a un «círculo vicioso» con altos costes sociales, la sostenibilidad de la UEM también depende, por ahora, precisamente de esta relación para sobrevivir.

A la luz de estas reflexiones se comprenderán los dos componentes que atribuyen a la UB una clara vocación fiscal, consolidando la frágil continuidad de una moneda única que carece de las anclas macroeconómicas propias del Estado constitucional contemporáneo. Los dos elementos cumplen una misma función, conjugando las complejas asimetrías existentes en la UEM; en particular, construyen las vías jurídicas para recapitalizar directamente el sector bancario con dinero público «europeo», respetando el principio de democracia nacional, y consiguiendo, a la vez, eliminar la presión ejercida por los mercados financieros sobre los tipos de interés del Estado en cuyo territorio se hubiera detectado inicialmente el riesgo de insolvencia bancaria.

El primero de ellos se refiere a la posibilidad de recapitalizar directamente a las entidades de crédito supervisadas por el BCE (sobre la base de su competencia atribuida dentro del MUS) a través del Mecanismo Europeo De Estabilidad (MEDE)³⁷. El segundo de ellos es una red común de soporte fiscal introducida mediante el FUR, que se activa cuando los mecanismos de rescate conforme al principio del *bail in* sean insuficientes para finalizar la operación de recapitalización bancaria. Las dos vías jurídicas mencionadas encuentran como denominador común al MEDE: una institución financiera internacional predestinada, según la interpretación del *Bundesverfassungsgericht*, a una transmisión transnacional de fondos eternamente condicional y limitada en cantidad (por la clave de contribución inicial de los Estados)³⁸.

Por un lado, la recapitalización directa de las entidades bancarias significativas para la economía de la Unión queda habilitada a través del artículo 15 del Tratado del MEDE, interpretado juntamente con el Reglamento del MUS. El Tratado del MEDE establece, entre los instrumentos de apoyo disponibles, los «préstamos afectados a la finalidad

³⁷ Tratado Constitutivo del Mecanismo Europeo de Estabilidad, hecho en Bruselas el 2 de febrero de 2012. Boe núm. 239, de 21 de junio de 2012, p. 70375 y ss. La reforma del Mede, acordada en Bruselas el 27 de enero y el 8 de febrero de 2021, se encuentra pendiente de ratificación por los Estados miembros.

³⁸ BVerfG, 2 BvR 1390/12, esp. párr. 129 a 133.

específica de recapitalizar las entidades financieras del miembro del MEDE». De acuerdo con la normativa reguladora del MUS, se podrán conceder, de manera directa y «sobre la base de la condicionalidad adecuada», préstamos acordados a través del MEDE a las entidades de crédito que se encontrasen bajo la supervisión prudencial directa del BCE³⁹. Tal cláusula se explica a la luz de los debates políticos que motivaron finalmente su positivización en el Derecho de la Unión. ¿Cómo se configura la segunda vía «laberíntica» de la UB que permite introducir directamente apoyo fiscal para reforzar el sector bancario europeo (y, por conexión, la deuda soberana de los Estados miembros)? Mientras que la recapitalización directa de las entidades de crédito a través del artículo 15 del MEDE es una posibilidad jurídica admitida en el Derecho supranacional vigente, el segundo instrumento está todavía pendiente de aprobación por los parlamentos nacionales, en el contexto de la reforma del Tratado del MEDE⁴⁰. Su comprensión exige volver sobre el diseño jurídico del MUR.

Se ha visto en las páginas anteriores que la premisa conceptual del MUR se construye sobre el principio del *bail in*, según el cual los accionistas y los acreedores internalizan los riesgos financieros en primer lugar. Por su parte, el FUR se adecúa (en la superficie) a la cosmovisión sustentada en el *bail il*, en conexión con el principio de democracia nacional, configurándose como un instrumento de mutualización privada de los riesgos de la actividad bancaria transnacional, a disposición de la Jur⁴¹. En efecto, el FUR refleja la voluntad política de redistribuir los riesgos de la actividad bancaria de manera internalizada (por las propias entidades de crédito y, dentro de éstas, por los accionistas y acreedores) y privatizada, porque se compone de las aportaciones obligatorias de las entidades de crédito supervisadas en el contexto de la UB. Sobre la base de un acuerdo internacional de mayo de 2014, los Estados miembros de la UB se comprometieron a recaudar gradualmente – desde el 2016 – las contribuciones de las entidades de

³⁹ Reglamento del MUS, Considerando 9.

⁴⁰ Es imprescindible advertir aquí sobre el rechazo de Italia de ratificar la reforma del Tratado del MEDE el pasado 21 de diciembre de 2023, por lo que, de momento, las posibilidades de modificar dicho Tratado quedan paralizadas. Véase, al respecto, la contribución de G. Zaccaroni, *The non-ratification of the reform of the ESM by the Italian Parliament and the dilemma of the vincolo esterno*, Brexit Institute News, enero de 2024. Disponible en línea: <https://dcubrexitinstitute.eu/2024/01/the-non-ratification-of-the-reform-of-the-esm-by-the-italian-parliament-and-the-dilemma-of-the-vincolo-esterno/> (consulta: 14.03.2024).

⁴¹ P.G. Teixeira, *The future of the European Banking Union: Risk-Sharing and Democratic Legitimacy*, en M.P. Chiti – V. Santoropp (eds.), *The Palgrave Handbook of European Banking Union Law*, Basingstoke, 2019, p. 135 ss., pp. 139-142.

crédito autorizadas a operar en sus territorios, y a transferir tales recaudaciones al FUR hasta alcanzar el nivel de financiación establecido por la Directiva 2014/59/UE en la fecha máxima de 31 de diciembre de 2024⁴². En concreto, la dotación final del FUR está fijada en al menos un 1 por 100 del importe de los depósitos garantizados de todas las entidades autorizadas en el territorio de cada Estado miembro (esto es, aproximadamente 55,000 millones de euros)⁴³. Los Estados miembros deberán garantizar asimismo que la obligación de pago de las contribuciones establecidas en la Directiva 2014/59/UE es ejecutiva con arreglo al Derecho nacional, y que las contribuciones son íntegramente desembolsadas⁴⁴.

Aunque la proveniencia de las contribuciones recaudadas para el FUR le convierte a este, en principio, en una red de soporte financiero de esencia privada, las normas de Derecho supranacional atribuyen la propiedad y la administración del Fondo a la JUR⁴⁵. Por lo tanto, el diseño del FUR y los poderes reconocidos a la JUR al respecto refuerzan la eficacia del principio del *bail in* y garantizan, a la vez, el principio de democracia nacional⁴⁶. En primer lugar, porque la decisión para la utilización efectiva del FUR en un procedimiento de resolución bancaria corresponde exclusivamente a la JUR. En segundo lugar, la legalidad de tal decisión está condicionada al presupuesto de hecho según el cual los instrumentos ordinarios de resolución bancaria (esto es, los propios fondos de la entidad financiera afectada) resultan insuficientes para garantizar los fines del procedimiento de resolución. En otras palabras, el FUR se configura como un mecanismo subsidiario respecto de los instrumentos de resolución basados en el *bail in*, acordados asimismo por la JUR.

Una vez que la JUR decidiera hacer uso del FUR, los fondos efectivos procederían según el orden establecido por el legislador supranacional: en primer lugar, se emplearán las contribuciones ex ante (transferidas hacia el FUR desde las entidades de crédito a través de los Estados miembros). En el caso de que las contribuciones ex ante resultaran insuficientes para el objeto de la resolución, la JUR está habilitada para recaudar fondos

⁴² Instrumento de ratificación del Acuerdo sobre la transferencia y mutualización de las aportaciones al Fondo Único de Resolución, hecho en Bruselas el 21 de mayo de 2014, BOE núm. 302, 18.12.2015, p. 119033-119052, Boe-A-2015-13769, Artículo 3.

⁴³ Directiva 2014/59/UE, Artículo 102.1. Sin embargo, los Estados miembros podrán fijar niveles de financiación por encima de dicha cantidad.

⁴⁴ Directiva 2014/59/UE, Artículo 103.4.

⁴⁵ Según el artículo 67.2 del Reglamento del Mur.

⁴⁶ En lugar de «democracia nacional», P.G. Teixeira se refiere al «respeto de la soberanía fiscal de los Estados miembros» (*op. cit.*, p. 143).

adicionales, en particular, exigiendo la realización de contribuciones ex post extraordinarias a las entidades de crédito que estuvieran autorizadas a operar en los territorios de los Estados miembros participantes⁴⁷. Finalmente, si las contribuciones ex post resultaran, a su vez, insuficientes, la JUR podría recabar financiamiento de aquellas entidades de crédito o terceros que ofrezcan mejores condiciones financieras en el momento más adecuado, a fin de optimizar el coste de la financiación y preservar su reputación. La Unión no responderá de los gastos incurridos por la Jur en la consecución y utilización de los fondos adicionales para la resolución bancaria⁴⁸.

Las normas sobre la gestión del FUR contienen algunas garantías adicionales que dan efectividad al principio del *bail in* y, por conexión, a la regla de *no bail out* en el mercado bancario único⁴⁹. En primer lugar, el Reglamento del MUR establece que «[l]as decisiones o medidas de la Junta no exigirán la concesión de una ayuda financiera pública extraordinaria por parte de los Estados miembros ni afectarán a la soberanía ni a las competencias presupuestarias de los Estados miembros»⁵⁰. Además, la Junta deberá «utilizar el Fondo exclusivamente con el fin de garantizar la aplicación eficiente de los instrumentos de resolución y el ejercicio eficiente de las competencias de resolución»⁵¹. En segundo lugar, la utilización (como último recurso) del FUR deberá decidirse en sesión plenaria de la Junta, y podrá dirigirse a la absorción de un máximo del 5 por ciento de los pasivos de la entidad de crédito, siempre que esta última hubiera absorbido previamente, mediante sus propios fondos (*bail in*), al menos el 8 por ciento del total de los pasivos. La decisión sobre el uso de contribuciones ex ante del FUR requieren la mayoría simple de los miembros de la Junta que represente al menos un 30 % de las aportaciones⁵². Por último, es de destacar que el Consejo mantiene el poder de objeción sobre la activación del FUR en la operación de resolución bancaria, mientras que la Comisión vigilará su compatibilidad con las normas sobre ayudas estatales⁵³.

En un contexto institucional en el que los esfuerzos políticos indicarían una firme voluntad por consolidar una red de mutualización de los riesgos bancarios desligada del presupuesto estatal, ¿dónde se averigua la vocación fiscal de la UB? Dicho de otro modo, ¿qué razones

⁴⁷ Reglamento del Mur, Artículo 71.1.

⁴⁸ *Ibid.*, Artículo 73.

⁴⁹ P.G. Teixeira, *op. cit.*, p. 143.

⁵⁰ Reglamento del Mur, Artículo 6.6.

⁵¹ *Ibid.*, Artículo 67.2.

⁵² *Ibid.*, Artículo 52.

⁵³ *Ibid.*, Artículo 19. Véase asimismo P.G. Teixeira, *op. cit.*, p. 143.

descomponen la apariencia del FUR como un mecanismo financiero en absoluta desconexión con la base fiscal de los Estados miembros del euro? Evidenciando una capacidad de improvisación jurídica inagotable, el Tratado del MEDE – en este caso, su artículo 3.2, requerido de aprobación por los parlamentos nacionales – establecía que «el MEDE podrá proporcionar el mecanismo de respaldo a la JUR para que el FUR pueda apoyar la aplicación de los instrumentos de resolución y el ejercicio de las competencias de resolución de la JUR, según lo establecido en el Derecho de la Unión Europea»⁵⁴. En cuanto que el MEDE se financia precisamente a través de las contribuciones de los Estados miembros del euro, es innegable que su reforma pretendía institucionalizar – siquiera por la vía intergubernamental – instrumentos que hagan posible caminar en la sombra de la prohibición del *bail out* y, avanzar, con ello, hacia una integración política alrededor de la moneda única.

Los dos instrumentos expuestos en estas páginas permiten vislumbrar un potencial traspaso de las fronteras prohibidas de las transferencias transnacionales de riqueza con cargo al presupuesto nacional. Desde esta perspectiva, la UB ilustra un silencioso intento político de adecuar el contexto institucional interno del euro a sus exigencias materiales intrínsecas. Sin perjuicio del complicado funcionamiento de las dos líneas de crédito potencialmente concedidas por el MEDE directamente a las entidades de crédito, la consecuencia práctica es idéntica en ambos casos. Los Estados miembros del MEDE se alejan paulatinamente de las posiciones originariamente ocupadas en el momento de firmar el Tratado constitutivo del mecanismo de estabilidad (deudor-acreedor), y se sitúan conjuntamente en el lugar del acreedor que concede préstamos precisamente a aquellas entidades de crédito cuya insolvencia resultaría automáticamente en una quiebra soberana. El empeño imaginativo de los responsables políticos de la UEM solo confirma una premisa latente desde 1999, hoy reconocida explícita e implícitamente por todos los actores institucionales relevantes: el diseño del euro resulta difícilmente sostenible desde un punto de vista material, sin un ancla fiscal apto para ofrecerle acomodo macroeconómico y social. Teniendo en cuenta las incompletas vías de redistribución a nivel supranacional, el nuevo objetivo de la

⁵⁴ Por contraste a la propuesta (hoy paralizada) de la Comisión en 2017, que habría integrado el MEDE en el Derecho supranacional, transformándolo en un llamado *European Monetary Fund*. Véase, al respecto, European Parliament, «Establishment of a European monetary fund (EMF)», disponible en línea: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635556/EPRS_BRI\(2019\)635556_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2019/635556/EPRS_BRI(2019)635556_EN.pdf) (consulta: 20.12.2023).

«estabilidad financiera» de la Unión – un objetivo atribuido hoy también al BCE – se constituye potencialmente como una vía adicional para suplir las carencias originarias de la UEM⁵⁵.

3. *¿Compensar por medios técnicos las carencias materiales de la UEM?*

Recordemos que la inserción de la estabilidad financiera en el ordenamiento jurídico de la Unión se ha llevado a cabo mediante la reforma del artículo 136 del TFUE, que habilita la creación de un mecanismo de estabilidad por los Estados miembros cuya moneda es el euro⁵⁶. La UB ha consolidado tal objetivo, puesto que, sobre la base del MUS, también el BCE actuará en aras de alcanzar el objetivo «superior» de la UEM⁵⁷. Lo que interesa destacar en estas últimas páginas es la esencia multifacética del concepto de «estabilidad financiera», al permitir distintas definiciones complementarias⁵⁸. La alta intensidad política del concepto de estabilidad financiera contrasta con el contenido (presuntamente) técnico de la política monetaria y amplía los poderes originariamente técnicos del BCE. La comprensión de esta idea requiere volver sobre la sentencia fundacional de la UEM, *Pringle*, en la que se enjuiciaba la compatibilidad del MEDE con el Derecho de la Unión.

Recordemos que el MEDE es «institución financiera internacional» cuya creación se basa en un tratado internacional negociado entre los Estados miembros de la eurozona y tiene por finalidad la movilización de fondos para la estabilidad⁵⁹; especialmente la estabilidad del sector financiero de los Estados miembros. En la Sentencia *Pringle*, el TJ declaró, entre otros aspectos, que el MEDE no vulneraba la división originaria de competencias en las materias de política económica y política monetaria.

⁵⁵ Al contrario, reivindicando la necesidad de avanzar hacia la deconstitucionalización de la UEM, M. Dani, *Deconstitutionalising the Economic and Monetary Union*, en *Continuity and change – how the challenges of today prepare the ground for tomorrow. ECB Legal Conference 2021*, abril 2022 p. 282 ss. Disponible en línea: <https://www.ecb.europa.eu/pub/pdf/other/ecb.ecblegalconferenceproceedings202204~c2e5739756.en.pdf> (consulta: 14.03.2024).

⁵⁶ Decisión 2011/199/UE del Consejo Europeo, de 25 de marzo de 2011, *DOUE* L-91, 6.4.2011.

⁵⁷ Reglamento del Mus, art. 1. Cursiva añadida.

⁵⁸ Sobre la evolución de este concepto jurídico, cfr. G. Comparato, *Financial stability in private law: Intersections, conflicts, choices*, en *Common Market Law Review*, vol. 58, núm. 2, 2021, p. 391 ss.

⁵⁹ Tratado del Mede, Artículo 3.

Mientras que la primera se basa en la «estrecha coordinación de las políticas económicas de los Estados miembros», la segunda corresponde exclusivamente al Bce⁶⁰. Según el TJ, el objetivo del MEDE «se diferencia con claridad del objetivo de mantener la estabilidad de los precios, que constituye el objetivo principal de la política monetaria de la Unión». Además, «una medida de política económica no puede equipararse a una medida de política monetaria por el solo hecho de que pueda tener efectos indirectos en la estabilidad del euro»⁶¹.

Se deduce de la interpretación del TJ que una medida cuyo objeto es garantizar la estabilidad financiera de un Estado miembro o de la Unión mantendría una mayor cercanía sustancial con la política económica, diferenciándose «claramente» de la política monetaria. Es cierto que también la política monetaria se define en los Tratados fundacionales de forma deliberadamente «general y abstracta», en función del objetivo concreto que se persiga conseguir, i.e., dentro del objetivo amplio de la estabilidad de precios⁶². De ahí que se le reconozca al BCE una «amplia facultad de apreciación» en el ejercicio de la política monetaria⁶³. No obstante, la sentencia *Pringle* permite afirmar que una medida que pretenda garantizar la estabilidad financiera solo es lícita (a la luz del Derecho de la Unión) si se enmarca en el ámbito de la política económica. En otras palabras, el objetivo de la «estabilidad financiera» contendría, por su propia naturaleza polifacética, un considerable componente de oportunidad política; por el contrario, la política monetaria se definiría justamente por su (presunta) neutralidad política. Se explica, entonces, por qué el ejercicio del poder de supervisión «implica para el BCE [una] gran responsabilidad» que requiere una rendición de cuentas cualificada ante el Parlamento Europeo y los parlamentos nacionales⁶⁴.

La existencia de un componente intrínseco de oportunidad de política en el objetivo supranacional de la estabilidad financiera también extiende los límites del poder discrecional del BCE. De manera que, al menos cuando este actúa sobre la base de la competencia en materia de supervisión prudencial, su discrecionalidad traspasa las fronteras sustantivas del

⁶⁰ Tfue, Artículos 3 y 119.

⁶¹ Sentencia *Pringle*, párr. 56.

⁶² Sentencia *Weiss*, párr. 55.

⁶³ Sentencia *Gaumeiler*, párr. 68.

⁶⁴ Acuerdo interinstitucional entre el Parlamento Europeo y el Banco Central Europeo (Acto no legislativo 2013/694/Ue, DO L 320, 30.11.2013, pp. 1-6), Considerando 3.

«prudente arbitrio», propio de toda potestad administrativa⁶⁵. En palabras del TJUE, la atribución de la supervisión directa al BCE implica «la concesión [...] de amplios poderes de apreciación»⁶⁶. Una prueba de esta discrecionalidad es el artículo 6.5 del Reglamento del Mus, que habilita al BCE decidir en cualquier momento, por iniciativa propia – previa consulta de las ANC o a instancia de una ANC – «ejercer por sí mismo directamente todos los poderes pertinentes por lo que respecta a una o varias de las entidades de crédito menos significativas».

Según una interpretación dogmática del Derecho de la Unión, las competencias en materia de política monetaria y de supervisión prudencial conformarían dos esferas materiales autónomas de actuación del BCE. Sin embargo, es un hecho comúnmente aceptado que los dos ámbitos supranacionales están interrelacionados sustancialmente a través del objetivo de la estabilidad financiera de la zona del euro y de sus Estados miembros, conformando este último un ilustrativo «land in between»⁶⁷, en el cual el BCE se erige nuevamente como protagonista institucional. Esta misma interconexión sustancial entre las medidas fiscales, financieras y monetarias dentro del laberinto constitucional de la UEM consigue explicar por qué, en una situación de inestabilidad financiera en la cual las primeras de las medidas son insuficientes – por el alto coste político de intervenir de los Estados miembros con superávit –, la presión sociopolítica por actuar económicamente se dirigirá con aumentada intensidad hacia el propio BCE. Con todo, la cuestión de si es la independencia técnica del BCE la que puede (o debe) contrarrestar la asimetría inherente del euro seguirá siendo – por el momento – un interrogante existencial latente de la gobernanza económica europea⁶⁸.

⁶⁵ Cfr. al respecto, S. Romano, *Fragments de un diccionario jurídico*, trad. S. Sentís Melendo – M. Ayerra Redín, Buenos Aires, 1964, p. 310.

⁶⁶ STG *Landeskreditbank/BCE*, *cit.*, párr. 61.

⁶⁷ T. Padoa-Schioppa, *The euro and its central bank: Getting united after the union*, Cambridge, 2004, p. xii.

⁶⁸ A la luz de este interrogante existencial se deben comprender también las recientes propuestas de 26 de abril de 2023, presentadas por la Comisión, para la revisión de la gobernanza económica. A pesar de mantener como centro de gravedad la obligación de los Estados miembros de garantizar unas finanzas públicas saneadas y sostenibles, en su conjunto la reforma pretende impulsar la adopción de enfoques diferenciados con respecto a cada Estado miembro, a fin de tener en cuenta «la heterogeneidad de las situaciones fiscales, la deuda pública y los retos económicos en toda la UE» (Consejo de la UE, *Revisión de la gobernanza económica: el Consejo acuerda la reforma de las normas fiscales*, Comunicado de prensa de 21 de diciembre de 2023), <https://www.consilium.europa.eu/es/press/press->

ABSTRACT: The European Central Bank (ECB) embodies the principle of technical independence within the European Union. Although from the outset it has responded to the classical rationality of independent institutions, today it also acts in the pursuit of the objective of the financial stability of the euro and of its Member States. This paper reflects on the teleological scope of the ECB in the light of the material needs of Economic and Monetary Union (EMU). It argues that the new objective responds to considerations of political feasibility and is a consequence of the failure of member states to respond politically to the inherent asymmetries of EMU. Two instruments within the Banking Union are identified as evidence of the potential willingness of euro member states to engage in a redistributive sense. It is concluded that the inadequacy of transnational credit redistribution instruments in the euro area generates socio-economic pressure on the ECB to use technical means to compensate for the imbalances of a monetary union that lacks an economic union.

KEYWORDS: Banca Central Europea – governance economica europea – indipendenza tecnica – solidarietà – stabilità finanziari

Daniela Dobre – Re:constitution Fellow 2023/2024
(danieladobre@ugr.es)

releases/2023/12/21/economic-governance-review-council-agrees-on-reform-of-fiscal-rules/ (consulta: 14.03.2024). Véanse al respecto la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a la coordinación eficaz de las políticas económicas y a la supervisión presupuestaria multilateral y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1466/97 del Consejo y por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1466/97 del Consejo [COM(2023) 240 final – 2023/0138 (COD)]; la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 1467/97 del Consejo relativo a la aceleración y clarificación del procedimiento de déficit excesivo [COM(2023) 241 final – 2023/0137 (CNS)] y la Propuesta de Directiva del Consejo por la que se modifica la Directiva 2011/85/UE del Consejo sobre los requisitos aplicables a los marcos presupuestarios de los Estados miembros [COM(2023) 242 final – 2023/0136 (NLE)] (C/2023/880).

La protezione sociale dei lavoratori autonomi e intermittenti per un nuovo modello sociale europeo*

Giuseppe Allegri

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. Dal principio 12 del Pilastro europeo dei diritti sociali (2017), alla Raccomandazione del Consiglio (2019) e alla Relazione della Commissione (2023): il diritto a un'adeguata protezione sociale per tutti i lavoratori. 3. Vent'anni dopo il *Rapporto Supiot* (1999): ancora alla ricerca di tutele per i soggetti del "lavoro personale", al di là dell'impiego. 4. Verso una protezione sociale universale per un'Unione Sociale Europea?

1. Premessa.

Dalla seconda parte degli anni Dieci del nuovo Millennio nelle istituzioni euro-unitarie si è innescato un ripensamento e un rilancio dell'agenda sociale continentale, in cui l'approvazione del Pilastro europeo dei diritti sociali (2017) è stato uno spartiacque. Da quel momento è tornato d'attualità, anche nelle dinamiche istituzionale euro-unitarie, e non solo nel dibattito pubblico e nei percorsi di ricerca, confrontarsi sulla necessità di bilanciare il processo di integrazione economico-monetaria con il ripensamento e l'aggiornamento del modello sociale europeo. Per provare ad uscire dalle molteplici crisi che il vecchio Continente attraversava dal fallimento del processo di costituzionalizzazione avvenuto nella primavera del 2005 con i negativi pronunciamenti referendari, delle cittadinanze di Francia e Paesi Bassi, al Trattato che adottava una Costituzione per l'Europa, passate poi per la Grande Recessione globale post-2008 e la connessa crisi dei debiti sovrani che ha minato dall'interno l'Unione, in particolare l'Eurozona – a partire da alcuni dei suoi Stati membri (Grecia, Italia, Portogallo e Spagna)¹. Anche perché tale crisi è stata in gran parte alimentata da una risposta controproducente da parte delle stesse istituzioni

* L'articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ K. Busch - C. Hermann - K. Hinrichs - T. Schulten, *Euro Crisis, Austerity Policy and the European Social Model. How Crisis Policies in Southern Europe Threaten the EU's Social Dimension*, Berlin, 2013, (<https://library.fes.de>).

euro-unitarie, caratterizzata dall'austerità macroeconomica e dalla riduzione della spesa per la protezione e l'inclusione sociale, minando così radicalmente il tradizionale, e già affaticato, modello sociale europeo in tempi di crisi, tanto che si parlò anche di fine o «morte dell'Europa sociale»².

Ora, se è vero che l'Unione europea tende a rimanere ancora intrappolata tra austerità e solidarietà collettiva³, in queste brevi note si proverà a ricostruire come da almeno un decennio, a partire dall'attivismo della Commissione Juncker (2014-2019) si stia cercando costantemente un metodo migliore per bilanciare i diritti sociali ed economici fondamentali nella dialettica tra Stati membri e Unione europea, anche tenendo conto del fatto che l'instabilità macrosistemica continentale e globale si è ulteriormente intensificata dinanzi ai duraturi effetti causati dalla pandemia di Covid-19 e quindi dal ritorno di un conflitto bellico nel cuore centro-orientale della vecchia Europa, con l'invasione russa dell'Ucraina⁴.

Proprio dinanzi a queste sfide che segnano un cambio d'epoca, nelle transizioni ecologiche e digitali che permangono, è necessario indagare e proporre misure altrettanto "epocali". E questo sembra essere in parte il percorso, che qui si ricostruisce, intrapreso dalle istituzioni euro-unitarie a valle del già ricordato Pilastro sociale, specificamente riguardo all'attuazione del suo principio 12, dedicato alla protezione sociale, tanto dei tradizionali lavori subordinati quanto dei lavoratori autonomi, indipendenti, intermittenti, atipici in una prospettiva che pare indirizzata nel solco di un diritto a un'adeguata protezione sociale per i soggetti di tutte le forme di attività e lavoro, seguendo la Raccomandazione del Consiglio UE del 2019 e la Relazione della Commissione del 2023 (paragrafo 2). Questo processo

² Si veda quanto ricostruito in quegli anni, tra gli altri, in D. Vaughan-Whitehead (ed.), *The European Social Model in Crisis Is. Europe Losing its Soul?*, Edward Elgar Publishing - ILO, UK - USA - Switzerland, 2015, quindi in K.D. Ewing, *The Death of Social Europe*, in *King's Law Journal*, 26(1), 2015, p. 76 ss.

³ Seguendo una recente ricostruzione analitica delle politiche europee in campo sociale, in B. Hacker, *Social Europe. From vision to vigour. The need to balance economic and social integration*, FEPS, Bonn, 2023, 81 e ss.

⁴ Si rinvia a S. Garben, *Balancing fundamental social and economic rights in the EU: in search of a better method*, in B. Vanhercke - D. Ghailani - S. Spasova - P. Pochet, *Social policy in the European Union 1999-2019: the long and winding road*, Brussels, 2020 (ww.etui.org), B. Vanhercke - S. Sabato - S. Spasova (eds.), *Social policy in the European Union: state of play 2022, Policymaking in a permacrisis*, Brussels, 2022. Nel dibattito italiano, un volume collettivo, con il quale si concorda e cui si rinvia, ha recentemente proposto un'articolata analisi intorno all'emergere del valore aggiunto del costituzionalismo europeo nel percorso di risocializzazione dello spazio politico continentale: G. Martinico - L. Pierdominici (a cura di), *Miserie del sovrano giuridico. Il valore aggiunto del costituzionalismo europeo*, Roma, 2023.

prende le mosse in una strana coincidenza temporale, quella del ventennale del *Rapporto Supiot* commissionato dalle stesse istituzioni europee nel 1999, dove il grande giuslavorista francese, insieme con il suo gruppo di ricerca, indagò l'emergere di nuovi soggetti del lavoro autonomo e indipendente e la conseguente proposta di articolare tutele, garanzie e protezioni sociali al di là dell'impiego salariato tradizionale, che ora possono essere pensate dinanzi all'emergere del concetto di "lavoro personale", che tanto la dottrina quanto le istituzioni unionali sembrano prendere in considerazione proprio per promuovere una tendenza universalistica nella protezione sociale (paragrafo 3). Nell'ultimo paragrafo, anche alla luce di un'ulteriore comunicazione del Consiglio UE (del 9 ottobre 2023) sulla necessità di intervenire per colmare le lacune nei confronti della protezione sociale dei lavoratori autonomi, si prova a insistere sui margini possibili di una maggiore convergenza nella protezione sociale delle cittadinanze del vecchio Continente, anche dinanzi alla presidenza belga del Consiglio UE (gennaio-giugno 2024) e all'imminente campagna elettorale per l'Europarlamento e la successiva formazione della Commissione 2024-2029.

2. Dal principio 12 del Pilastro europeo dei diritti sociali (2017), alla Raccomandazione del Consiglio (2019) e alla Relazione della Commissione (2023): il diritto a un'adeguata protezione sociale per tutti i lavoratori.

Nell'aprile 2017, la Commissione Juncker presenta lo European Pillar of Social Rights (EPSR), il Pilastro europeo dei diritti sociali, per promuovere una maggiore convergenza nella protezione e nell'inclusione sociale, nonché per rafforzare complessivamente la dimensione sociale dell'Unione europea, portando a compimento un processo evocato dal Presidente Juncker già nel Discorso sullo stato dell'Unione, tenuto al Parlamento europeo il 9 settembre 2015, dove parlò dell'esigenza di adottare un «pilastro europeo dei diritti sociali tenendo conto delle mutevoli realtà delle società europee e del mondo del lavoro»⁵.

Nelle intenzioni della Commissione, il Pilastro è presentato «come una bussola per un rinnovato processo di convergenza verso migliori condizioni di lavoro e di vita in Europa. È concepito principalmente per la zona euro ma applicabile a tutti gli Stati membri dell'UE che desiderano

⁵ J.C. Juncker, *Stato dell'Unione: l'ora dell'onestà, dell'unità, della solidarietà*, 9 settembre 2015, Strasburgo (<https://ec.europa.eu/>).

farne parte»⁶. Viene ufficialmente sottoscritto dalle istituzioni europee a Göteborg, durante il Summit del 17 novembre 2017, con una proclamazione interistituzionale congiunta di Parlamento Europeo, Consiglio dell'Unione Europea e Commissione, con l'obiettivo di condividere venti «principi e diritti fondamentali per assicurare l'equità e il buon funzionamento dei mercati del lavoro e dei sistemi di protezione sociale nell'Europa del 21° secolo»⁷, insistendo quindi sulla connessione tra l'affermazione di un elenco di principi e una sorta di dichiarazione di diritti sociali fondamentali.

Il Pilastro si presenta infatti come uno strumento istituzionale ibrido, prontamente indagato e discusso da studiosi, soggetti sociali e istituzioni che interrogano le innovazioni istituzionali provenienti dall'ordinamento euro-unitario⁸. Si tratta di una dichiarazione di 20 principi guida per «approfondire l'Unione economica e monetaria», con particolare «attenzione alla situazione occupazionale e sociale» e con l'aspirazione di estendere i suoi effetti anche agli altri Stati membri dell'UE⁹. Ma questi principi nelle intenzioni sembrano evocare una nuova carta dei diritti sociali fondamentali europei, in una prospettiva più universalistica della celebre Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori (1989), ancora pensata nel quadro della società salariale e del dialogo tra le tradizionali rappresentanze del lavoro e dell'impresa. Ma di fatto è da intendersi come una dichiarazione

⁶ Si veda il comunicato stampa *Commission presents the European Pillar of Social Rights*, 26 April 2017, (<https://ec.europa.eu/>), di presentazione della Comunicazione, Commissione Europea, *Istituzione di un pilastro europeo dei diritti sociali*, Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo e al Comitato delle Regioni, COM(2017) 250 final. Ma il progetto del Pilastro, aperto a una vasta consultazione, fu presentato già l'anno precedente, si veda Commissione europea, *Avvio di una consultazione su un Pilastro europeo di diritti sociali*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 8 marzo 2016, COM(2016) 127 final.

⁷ Così recita il punto 14 del *Preambolo* della solenne proclamazione interistituzionale del Pilastro, si veda Parlamento europeo, Consiglio, Commissione europea, *Proclamazione interistituzionale sul pilastro europeo dei diritti sociali*, 2017/C/428/09 (<https://eur-lex.europa.eu/>).

⁸ Impossibile riportare in questa sede l'ampia bibliografia, italiana ed europea, in merito, quindi si rinvia a M. Corti (a cura di), *Il Pilastro europeo dei diritti sociali e il rilancio della politica sociale dell'UE*, Milano, 2022.

⁹ Questo il punto 13 del *Preambolo*: «una maggiore attenzione alla situazione occupazionale e sociale è particolarmente importante per accrescere la capacità di reazione e approfondire l'Unione economica e monetaria. Per questo motivo il pilastro europeo dei diritti sociali è stato ideato segnatamente per la zona euro, ma è rivolto a tutti gli Stati membri».

di *soft-law*, capace però di innescare processi di convergenza continentale nei diversi ambiti della protezione, inclusione e assicurazione sociale, quasi a voler bilanciare le doppie spinte disgregative del processo di integrazione continentale degli ultimi due decenni. Da un lato l'inesorabile incedere di parametri macro-economici fortemente restrittivi riguardo la spesa pubblica e sociale, che, anche a valle delle molteplici crisi attraversate, hanno acuito l'instabilità economico-sociale di singoli Paesi e dell'intera società europea. Dall'altro il rinserrarsi di una parte delle classi dirigenti nazionali in posizioni di reciproca gelosia intergovernativa, che alimentano diffidenze e conflitti tra opinioni pubbliche impaurite, impoverite e insicure.

I 20 principi del Pilastro sono strutturati in tre categorie: pari opportunità e accesso al mercato del lavoro (1-4); condizioni di lavoro eque (5-10), protezione sociale e inclusione (11-20). Si tratta di un quadro di riferimento di principi e diritti per guidare e coordinare le politiche sociali nella dimensione continentale con una prospettiva di previsione universalistica di garanzie e tutele che promuovano una società europea più equa e socialmente sostenibile. Con l'obiettivo finale di attuare tali principi nella prospettiva istituzionale multilivello europea, inserendoli nelle politiche esistenti per rafforzare la dimensione sociale, promuovendo un'armonizzazione verso l'alto delle garanzie sociali in tutti gli Stati membri e prevedendo il coinvolgimento diretto delle parti sociali¹⁰. Lo sfondo di riferimento di questo processo sembra essere quello di promuovere un rilancio e un aggiornamento del modello sociale europeo, in quel processo di risocializzazione dello spazio politico continentale, con una prospettiva di convergenza in materia sociale che proprio in quegli anni una parte della dottrina cominciava a ricostruire, a valle delle già ricordate crisi attraversate nel lungo decennio precedente¹¹.

¹⁰ Seguendo le indicazioni del punto 17 e 20 del *Preambolo*, ivi: «il pilastro europeo dei diritti sociali dovrebbe essere attuato a livello dell'Unione e degli Stati membri nell'ambito delle rispettive competenze, tenendo conto dei diversi contesti socioeconomici e della diversità dei sistemi nazionali, compreso il ruolo delle parti sociali, e nel rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. [...] Il dialogo sociale svolge un ruolo centrale nel rafforzare i diritti sociali e nell'incrementare la crescita sostenibile e inclusiva. In linea con la loro autonomia nel negoziare e concludere accordi e con il loro diritto alla contrattazione collettiva e all'azione collettiva, le parti sociali a tutti i livelli hanno un ruolo cruciale da svolgere nello sviluppo e nella realizzazione del pilastro europeo dei diritti sociali».

¹¹ Tra i molti, così ricostruiva quella congiuntura, con ampio sguardo dottrinario e giurisprudenziale, F. Saitto, "Risocializzare l'Europa". *La dimensione sociale europea tra economia di mercato e integrazione sovranazionale*, in *Diritti Comparati*, 3/2017, p. 88 ss. (<https://www.diritticomparati.it/>). Per una lettura del Pilastro anche «come risposta alla "flessibilità senza sicurezza" realizzata nella grande crisi economico-finanziaria», si veda

È l'inesorabile di un processo evolutivo di interventi delle istituzioni euro-unitarie seguiti alla proclamazione del Pilastro, per dare attuazione a diversi di quei principi a partire dalla Raccomandazione del Consiglio relativa all'istruzione e formazione professionale (IFP) per la competitività sostenibile, l'equità sociale e la resilienza (2020/C 417/01), quindi la proposta di Direttiva sul miglioramento delle condizioni di lavoro mediante piattaforme digitali (novembre 2021), fino alla Direttiva (UE) 2022/2041 del Parlamento europeo e del Consiglio del 19 ottobre 2022 relativa a salari minimi adeguati nell'UE, per citarne solo alcune.

In questo quadro macro-sistemico, la nuova Commissione europea, presieduta da Ursula Von der Leyen (2019-2024), nel marzo del 2021 adotta il Piano d'azione del pilastro dei diritti sociali, che rappresenta il contributo della Commissione all'attuazione dei principi del "pilastro sociale"¹². Lo strumento principale risultante dall'attuazione del Pilastro, che dal 2021 è entrato in connessione con il Piano d'azione della Commissione, è il quadro di valutazione sociale (Social Scoreboard) inizialmente adottato nel 2018, come un insieme di indicatori creati per monitorare l'avanzamento dell'attuazione dei principi del Pilastro nelle politiche sociali degli Stati membri, da integrare e promuovere all'interno del semestre europeo, tanto che una parte di analisti e studiosi delle politiche euro-unitarie si è da subito interrogata sull'avvenuta introduzione di una sorta di «semestre sociale europeo»¹³.

Ma il punto più radicalmente innovativo di questo processo di aggiornamento del modello sociale europeo è rappresentato da quanto anticipato al punto 15 del già ricordato preambolo del Pilastro, dove si esplicita che «i principi che si riferiscono ai lavoratori si applicano a tutte le persone occupate, indipendentemente dalla loro situazione occupazionale, dalle modalità e dalla durata dell'occupazione».

In questo senso è centrale il principio 12 del Pilastro, il secondo del capitolo dedicato alla protezione e all'inclusione sociale, che afferma il

recentemente M. Corti, *Il Pilastro europeo dei diritti sociali: una svolta per l'Europa sociale*, in G. Martinico - L. Pierdominici (a cura di), *Miserie del sovranismo giuridico*, cit., p. 128 ss.

¹² Commissione Europea, *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, Comunicazione della Commissione al Parlamento, al Consiglio, al Comitato Economico e Sociale Europeo, al Comitato delle Regioni, COM(2021) 102 final (<https://eur-lex.europa.eu/>).

¹³ B. Hacker, *A European Social Semester?*, WP ETUI, Brussels, November 05, 2019 (<https://www.etui.org/>), ma si veda anche T. Grossi - D. Brady - L. Rayner - V. Pedjasaar, *The European Pillar of Social Rights: Five years on*, EPC Discussion Paper, Brussels, 2022, 4 ss. (<https://www.epc.eu/>).

diritto a un'adeguata protezione sociale in favore di tutti i lavoratori (*workers*), indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, e, in condizioni comparabili, anche in favore dei lavoratori autonomi (*self-employed*).

È forse bene riportare per intero il testo, in italiano e inglese, di questo principio 12, titolato “protezione sociale”: «indipendentemente dal tipo e dalla durata del rapporto di lavoro, i lavoratori e, a condizioni comparabili, i lavoratori autonomi hanno diritto a un'adeguata protezione sociale» («regardless of the type and duration of their employment relationship, workers, and, under comparable conditions, the self-employed, have the right to adequate social protection»). Si tratta di una chiara ed esplicita dichiarazione di riconoscimento di un diritto a un'adeguata protezione sociale in favore tanto dei lavoratori salariati tradizionali che dei lavoratori autonomi, con la premessa che la condizione di lavoro prescinde dalla durata e dal tipo di rapporto lavorativo in essere. Sembra quindi di rintracciare una visione tendenzialmente universalistica alla protezione sociale, in una prospettiva sistemica che trascende dalla valutazione del tipo di contratto/condizione lavorativa e della sua durata.

Due anni dopo arriva la Raccomandazione del Consiglio UE sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi¹⁴, che si concentra quindi proprio sull'attuazione di questo principio 12 del Pilastro, con particolare attenzione nei confronti delle diverse forme delle condizioni di lavoro autonomo e atipico, ricordando che «nei mercati del lavoro dell'Unione esiste una varietà di rapporti di lavoro subordinato e di tipi di lavoro autonomo», menzionando anche lo sviluppo, a partire dagli anni Duemila, del lavoro a chiamata, o a voucher e tramite piattaforma (considerato 11), partendo dalla consapevolezza che «i lavoratori autonomi costituiscono un gruppo particolarmente eterogeneo» (considerato 12) e mettendo al centro la necessità che «i sistemi di protezione sociale nelle loro diverse forme devono evolversi di pari passo con i mercati del lavoro per garantire che il modello sociale europeo sia adeguato alle esigenze future e consenta alle società e alle economie dell'Unione di trarre il massimo vantaggio dal futuro mondo del lavoro». Partendo dalla condizione di disparità di trattamento riguardo la protezione sociale dei lavoratori autonomi e atipici, rispetto alla quale gli Stati membri hanno intrapreso ben poche misure correttive, perché i sistemi sociali sono ancora pensati per

¹⁴ Raccomandazione UE del Consiglio dell'8 novembre 2019 *sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi* (2019/C 387/01), GU C 387 del 15.11.2019, p. 1 ss. (<https://eur-lex.europa.eu/>).

contratti a tempo pieno e indeterminato da lavoratore subordinato (considerato 13)¹⁵. Si tratta di una sferzata in favore di un ripensamento del modello sociale europeo anche rispetto all'inadeguatezza delle garanzie sociali previste al livello statale, che lo stesso Consiglio sembra dipingere come ancora fortemente pensato e strutturato all'interno della società salariale, mentre tanto i diversi mercati del lavoro, quanto l'intera società europea è attraversata da decenni da mutamenti nelle forme di produzione e del lavoro che esigono nuove garanzie e tutele, con istituzioni pubbliche di protezione sociale adeguate alle sfide tecnologiche ed economico-finanziarie in atto.

In questo senso la Raccomandazione osserva che «la protezione sociale può essere garantita mediante una combinazione di sistemi, che la loro organizzazione sia garantita da organismi pubblici o affidata alle parti sociali o ad altri soggetti» (punto 1.2), ferma restando la peculiarità dei sistemi nazionali di protezione sociale, che devono essere però uniformati ai principi contenuti nella Raccomandazione. Principi che riguardano le condizioni da garantire in favore di tutti i lavoratori subordinati e autonomi, a partire da: a) copertura formale, che per i lavoratori autonomi deve essere almeno su base volontaria e, ove opportuno, su base obbligatoria; b) copertura effettiva dei diritti alle prestazioni sociali, in modo che possano essere preservati, accumulati e/o trasferiti in tutti i tipi di lavoro subordinato e autonomo e da un sistema all'altro, all'interno di un determinato settore di protezione sociale; c) adeguatezza, nel senso che il sistema di protezione sociale consenta di mantenere un tenore di vita dignitoso e fornisca un reddito sostitutivo appropriato, proteggendo costantemente dalla povertà; d) trasparenza, riguardo alla fornitura delle informazioni su regole, diritti e obblighi individuali per la protezione sociale, con l'auspicio di semplificare gli adempimenti amministrativi (punto 2).

La Raccomandazione prosegue poi dando una definizione molto ampia del suo campo di applicazione, rivolto alla protezione non solo delle persone che si trovano in una condizione lavorativa (subordinata o autonoma), ma anche quelle persone che hanno dovuto interrompere la propria attività, ribadendo quindi che la Raccomandazione si applica ai «lavoratori subordinati e autonomi, comprese le persone che si trovano in

¹⁵ Si rinvia alla lettura del considerato 13, che così esordisce: «nella maggior parte degli Stati membri le norme che disciplinano i contributi e i diritti a prestazioni dei sistemi di protezione sociale sono ancora in larga misura basate su contratti a tempo pieno e indeterminato tra un lavoratore subordinato e un singolo datore di lavoro, mentre altri gruppi di lavoratori subordinati e i lavoratori autonomi hanno ricevuto una copertura più marginale».

entrambe le condizioni lavorative o che sono in transizione tra l'una e l'altra, come pure alle persone che hanno interrotto l'attività lavorativa a causa del verificarsi di uno dei rischi coperti dalla protezione sociale» (punto 3.1). I settori della protezione sociale sono: «a) prestazioni di disoccupazione; b) prestazioni per malattia e assistenza sanitaria; c) prestazioni di maternità e di paternità assimilate; d) prestazioni d'invalidità; e) prestazioni di vecchiaia e prestazioni ai superstiti; f) prestazioni in caso di infortuni sul lavoro e malattie professionali» (punto 3.2).

Si tratta quindi di un vero e proprio programma di estensione della protezione sociale in una prospettiva sempre più universalistica, mirando a proteggere anche quelle persone che non sono più nelle condizioni di svolgere un'attività lavorativa, tanto subordinata (in tutte le sue forme, continuativa, intermittente, etc.) quanto autonoma o atipica, a causa della mancata copertura in caso del verificarsi di uno dei rischi che avrebbe dovuto essere coperto dalla protezione sociale. Per questo il Consiglio da una parte raccomanda agli Stati membri di attuare i principi per migliorare la protezione sociale ed estenderla a lavoratori autonomi e atipici, presentando un Piano nazionale di attuazione (PNA) che definisca le misure corrispondenti da adottare a livello nazionale entro il 15 maggio 2021, osservando che tali «piani dovrebbero essere discussi nel contesto degli strumenti multilaterali di sorveglianza in linea con il semestre europeo e con il metodo aperto di coordinamento per la protezione sociale e l'inclusione sociale» (punto 19). Dall'altro impegna la Commissione tanto a intervenire nel processo per l'attuazione della Raccomandazione, tanto monitorando il comportamento degli Stati membri, quindi prevedendo azioni finanziate dai programmi UE, per favorire infine apprendimento reciproco e condivisione delle migliori prassi tra Stati membri e soggetti portatori di interessi (punti 20, 21, 22).

Così nel gennaio 2023 la Commissione pubblica una Relazione al Consiglio sull'attuazione della Raccomandazione¹⁶, osservando che, nel 2022, in 19 Stati membri i lavoratori autonomi non sono coperti da tutti i rami della protezione sociale e nella dozzina di Stati membri che hanno riportato i dati circa 15 milioni di lavoratori autonomi non hanno accesso alle indennità di disoccupazione. La Commissione europea osserva che tutti gli Stati membri, tranne il Lussemburgo, avevano presentato il loro PNA, successivamente discusso dai ministri del Consiglio per l'occupazione, la

¹⁶ Relazione della Commissione al Consiglio *sull'attuazione della raccomandazione del Consiglio sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi*, COM/2023/43 final (url: <https://data.consilium.europa.eu/>).

politica sociale, la salute e i consumatori (EPSCO), quindi in seno al Comitato per la protezione sociale (CPS), con l'ulteriore coinvolgimento delle organizzazioni delle parti sociali europee¹⁷.

La Commissione lamenta il permanere di molte difficoltà, osservando che le persone in condizioni di lavoro autonomo, o in forme contrattuali atipiche, rimangono escluse da molte misure di protezione sociale, con la constatazione dell'esistenza di ampie lacune nella copertura formale ed effettiva, osservando inoltre che le parti sociali e le organizzazioni della società civile non siano state realmente coinvolte nell'elaborazione dei PNA¹⁸. Per questo la Commissione conclude riconoscendo la centralità della Raccomandazione del Consiglio, con la consapevolezza che la sua attuazione debba essere inclusa in un quadro di politiche socioeconomiche più ampie, tanto al livello euro-unitario che negli Stati membri, osservando che «adattare i sistemi al fine di garantire un accesso migliore alla protezione sociale per tutti è un processo a lungo termine, che coinvolge le parti sociali e altre organizzazioni nazionali pertinenti»¹⁹.

3. *Vent'anni dopo il Rapporto Supiot (1999): ancora alla ricerca delle tutele per i soggetti del "lavoro personale", al di là dell'impiego*

Per una casuale coincidenza temporale, la Raccomandazione del Consiglio del 2019 è arrivata esattamente vent'anni dopo l'adozione di quello che è universalmente conosciuto come il *Supiot Report - Rapporto Supiot* (1999), dal giuslavorista Alain Supiot che coordinava il gruppo di lavoro voluto dalla stessa Commissione europea²⁰, dove si descriveva la necessità di affermare garanzie e tutele «*au-delà de l'emploi*», *beyond employment*, dinanzi all'affermarsi di nuove forme del lavoro autonomo, indipendente e intermittente, e specificamente di un «nuovo gruppo» di lavoratori autonomi nel settore dei servizi, emerso in vari Stati membri dell'Unione nel

¹⁷ Ivi, 7.

¹⁸ Ivi, 34.

¹⁹ Ivi, 36.

²⁰ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *Transformation of labour and future of labour law in Europe – Final Report*, Publications Office, 1999 (url: <https://op.europa.eu/>), che di lì a poco verrà pubblicato in francese con il celebre titolo A. Supiot (sous la direction de), *Au-delà de l'emploi. Transformations du travail et devenir du droit du travail en Europe. Rapport pour la Commission des Communautés européennes*, Paris, 1999 (la cui nuova edizione è del 2016, sempre presso lo stesso editore), quindi in inglese, A. Supiot, *Beyond employment. Changes in Work and the Future of Labour Law in Europe*, New York, 2001.

corso degli anni Novanta del Novecento, con la capacità di contribuire allo sviluppo del sistema socioeconomico europeo e di quella che ai tempi veniva definita, anche a partire dall'impulso e dagli interventi operativi della precedente Commissione Delors (1985-1995), società europea della conoscenza.

Con un certo rammarico, possiamo oggi dire che gli sforzi per far comprendere i cambiamenti avvenuti nel mercato del lavoro e nelle società della vecchia Europa erano evidenti alle stesse istituzioni europee già alla fine degli anni Novanta del Novecento, quando quel Rapporto rifletteva su queste nuove forme del lavoro tipiche dell'era post-fordista, capaci di rispondere ai «bisogni dei settori economici più avanzati» della società europea²¹, e insisteva quindi su di una doppia necessità. Da un lato quella di promuovere e sostenere la creatività e la professionalità di queste persone, lavoratori professionali e non, che svolgono l'opera in maniera autonoma e flessibile in termini di tempi, luoghi, tipologia di servizio e costi. Dall'altro di prevedere tutele, garanzie, diritti e protezioni sociali anche in favore di questi stessi soggetti che da sempre erano rimasti ai margini dei regimi di protezione sociale degli Stati nazionali, disegnati per la società salariale del lavoratore, inteso come impiegato subordinato con contratti standardizzati, nel patto tra datori di lavoro e rappresentanze sindacali che aveva contraddistinto l'affermarsi dei tre modelli di Welfare negli Stati capitalisti²². Si trattava quindi di pensare e realizzare diritti, tutele e garanzie per proteggere tutti i soggetti al di là delle diverse forme e tipologie contrattuali di lavoro, al di là dell'impiego tradizionale, per riprendere la summenzionata formula utilizzata da Alain Supiot e da quella scuola giuslavoristica europea fautrice di un'estensione di diritti e tutele al soggetto lavoratore, indipendentemente dalla qualificazione giuridica dell'attività lavorativa, per realizzare un sistema di protezione sociale oltre la società salariale.

Partendo dalla consapevolezza che il lavoro autonomo, indipendente e professionale, era stato sempre caratterizzato da una varietà inconciliabile di regimi giuridici e statuti professionali²³, con le diverse attività autonome e professionali sottoposte a regolamentazioni diverse in base al contenuto del servizio offerto e al collegamento con gli ordini professionali, come nella

²¹ European Commission, Directorate-General for Employment, Social Affairs and Inclusion, *Transformation of labour*, cit., 3 ss.

²² Per ricordare il classico studio di G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, 1990.

²³ Regimi giuridici e statuti professionali indagati da ampia letteratura, proprio nello spartiacque dell'ultimo decennio del Novecento, a partire dal classico studio di G. Lyon-Caen, *Le droit du travail non salarié*, Paris, 1990.

tradizionale evoluzione delle professioni “liberali” otto-novecentesche, fino alle Costituzioni del secondo dopoguerra, con diverse condizioni di protezione sociale, tra pubblico e privato²⁴. D’altro canto, nell’ultimo trentennio, il variegato e frammentato mondo del lavoro autonomo è stato sempre più attraversato da trasformazioni produttive, lavorative, professionali che hanno comportato sempre maggiore assunzione di rischi economici e sociali associati agli sforzi professionali profusi, ricevendo in cambio poca attenzione dalle istituzioni in crisi della società salariale e del tradizionale diritto del lavoro²⁵.

Nel passaggio di Millennio, questi professionisti emergenti, caratterizzati come lavoratori autonomi in vari ruoli nei settori del terziario tradizionale e avanzato, hanno svolto un ruolo fondamentale in quella che è stata descritta come «l’ascesa della forza lavoro autonoma europea», di quel lavoro autonomo di «seconda generazione», tuttora da «definire e proteggere», all’interno del panorama del lavoro in evoluzione, in quella duplice tendenza che ha tenuto insieme rifiuto di partecipare alla disciplina della società salariata e centralità del sistema flessibile di produzione dell’economia della conoscenza post-fordista²⁶. Perché l’evolversi del lavoro autonomo professionale è il risultato di vari fattori interconnessi, tra cui la ricerca del lavoro indipendente e dell’autonomia nell’organizzazione del tempo, i cambiamenti nei sistemi di produzione, la ristrutturazione aziendale e imprenditoriale, quindi la digitalizzazione del lavoro nell’economia delle piattaforme. Evoluzione micro e macro sistemica che ha accompagnato l’emergere dell’economia europea dei servizi basata sulla conoscenza e sulle

²⁴ Per un primo riferimento al dibattito costituzionalistico italiano si veda G. Colavitti, *La libertà professionale tra Costituzione e mercato*, Torino, 2012, quindi le recenti ricostruzioni proposte in G. Canavesi – E. Ales, (a cura di) *Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione ed emergenza*, Napoli, 2022 e in A. Buratti, *La protezione sociale dei liberi professionisti tra pubblico e privato*, in CNEL, *XXIV Rapporto mercato del lavoro e contrattazione collettiva*, Roma, 2022, p. 131 ss.

²⁵ Recentemente A. Perulli, T. Treu, “*In tutte le sue forme e applicazioni*”. *Per un nuovo Statuto del lavoro*, Torino, 2022 hanno ricostruito l’annosa necessità di un nuovo statuto delle attività lavorative.

²⁶ Sui mutamenti della forza lavoro, in fuga dalla subordinazione, si vedano i classici studi di Sergio Bologna, che affondano nella tradizione operaista degli anni Sessanta italiani ed europei e giungono a S. Bologna - A. Fumagalli (a cura di), *Il lavoro autonomo di seconda generazione. Scenari del postfordismo in Italia*, Milano, 1997 e S. Bologna, *The Rise of the European Self-Employed Workforce*, Milano-Udine, 2018. Per arrivare al recente studio collettivo e transdisciplinare T. Addabbo - E. Ales - Y. Curzi - T. Fabbri - O. Rymkevich - I. Senatori (a cura di), *Defining and Protecting Autonomous Work. A Multidisciplinary Approach*, London, 2022.

innovazioni tecno-sociali della «società in rete nell'era dell'informazione», segnando l'inizio di quella «nuova Grande Trasformazione» del capitalismo cognitivo dell'epoca post-industriale, nella ricerca di nuove garanzie sociali, dopo quella indagata dai classici studi di Karl Polanyi sul doppio movimento tra società di mercato del capitalismo industriale e (nuove e vecchie) istituzioni di protezione e inclusione sociale²⁷.

Ecco quindi il definitivo emergere, nel lungo e travagliato ventennio successivo che giunge a noi, di una plurale varietà di “nuovi lavoratori autonomi”, professionali e indipendenti, ancora ampiamente esclusi dalle garanzie del diritto del lavoro e dagli istituti di protezione sociale e per giunta sospesi in quella «area ibrida», tra autonomia lavorativa e dipendenza economica, e nebulosa «zona grigia» di precarizzazione e impoverimento²⁸ che finisce con il rendere vulnerabili tanto le nuove classi lavoratrici, precarie e insicure, che quel ceto medio in crisi, vere e proprie basi sociali delle conflittuali democrazie costituzionali europee del secondo dopoguerra e dei loro sistemi di Welfare, non a caso sempre più in crisi anche loro²⁹.

²⁷ Seguendo la ricostruzione proposta dai monumentali studi del sociologo catalano ed europeo Manuel Castells, M. Castells, *The rise of Network Society*, Malden Mass., 1996 e Id. *The Information Age. Economy Society, and Culture*, Malden Mass., 2000, per arrivare a Y. Moulier-Boutang, *Le capitalisme cognitif. La Nouvelle Grande Transformation*, Paris, 2007, che nel passaggio di secolo, quasi in contemporanea con la stesura del *Rapport Supiot*, aveva partecipato all'importante ricerca collettiva coordinata dall'economista e sociologo Bernard Gazier (successivamente autore di *Vers un nouveau modèle social*, Paris, 2003) e condotta da A. Corsani - P. Dieuaudie - M. Lazzarato - J.-M. Monnier - Y. Moulier-Boutang - B. Paulré - C. Vercellone, *Le capitalisme cognitif comme sortie de la crise du capitalisme industriel. Un programme de recherche*, Paper, Paris, 2001. Per il confronto sui temi del lavoro autonomo e delle sue garanzie tra queste scuole si veda il dialogo tra Antonella Corsani e Alain Supiot (in seguito alla pubblicazione del volume di quest'ultimo *L'Esprit de Philadelphie. La justice sociale face au marché total*, Paris, 2010): *L'esprit de Philadelphie. Alain Supiot: entretien avec Antonella Corsani*, in *Droit Social*, 4, 2010, p. 443 ss. Il classico studio polanyiano è appunto K. Polanyi, *The Great Transformation*, 1944, trad. it. di R. Vigevani, introduzione di A. Salsano, Torino, 1974.

²⁸ Su questi temi la ricerca comincia ad essere ampia, si ricordano sinteticamente: M.C. Bureau - A. Corsani - O. Giraud - F. Rey (dir.), *Les zones grises des relations de travail et d'emploi. Un dictionnaire sociologique*, Buenos Aires, 2019, quindi i lavori di A. Murgia - R. Bozzon - P. Digennaro - P. Mezihorak - M. Mondon-Navazo - P. Borghi, *Hybrid Areas of Work between Employment and Self-employment. Emerging Challenges and Future Research Directions*, in *Frontiers in Sociology*, Specialty Section: Work, Employment and Organizations, 4, 86, 2020, 1-8, quindi, per il caso italiano, P. Borghi - A. Murgia, *Between Precariousness and Freedom. The Ambivalent Condition of Independent Professionals in Italy*, in W. Conen - J. Schippers (eds.) *Self-Employment as Precarious Work: a European perspective*, Cheltenham, 2019, p. 132 ss.

²⁹ S. Bologna, *Ceti medi senza futuro? Scritti, appunti su lavoro e altro*, Roma, 2007. A. Bagnasco, *La questione del ceto medio. Un racconto del cambiamento sociale*, Bologna, 2016. Negli anni si erano affrontati questi temi in G. Allegri - R. Ciccarelli, *Il quinto stato. Perché il lavoro*

Per questo continua a rimanere aperta quella ricerca di un nuovo diritto del lavoro, oltre la tradizionale distinzione tra forme del lavoro subordinato e forme del lavoro autonomo e indipendente, per la promozione di migliori condizioni di vita e socialità dell'essere umano nello svolgimento delle sue molteplici attività, sul quale proprio Alain Supiot indicava la possibilità di una funzione trainante della dimensione continentale e delle politiche comunitarie, unionali, per superare la disomogeneità delle politiche regolative nazionali e affermare un «diritto comune del lavoro», perché «l'importanza che il diritto comunitario accorda al principio della sussidiarietà presagisce bene la sua capacità di articolare questo diritto comune del lavoro con i “diritti professionali”, largamente negoziati, e lasciando gran spazio alla libertà dell'essere umano sul lavoro»³⁰.

Questa capacità interpretativa evolutiva del diritto euro-unitario riguardo la tutela dei soggetti del lavoro autonomo e indipendente sembra effettivamente essere ribadita anche da una recente sentenza della Corte di Giustizia UE (Causa C-356/21, J.K. c. TP S.A.)³¹ che ha ulteriormente ribadito come la Direttiva 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro si applichi anche in favore dei soggetti delle diverse forme del lavoro autonomo e indipendente, laddove la Polonia, Paese del ricorrente J.K., professionista nel settore degli audiovisivi, riteneva di escludere gli indipendenti e gli autonomi dalle garanzie ivi previste, nonostante gli espliciti riferimenti normativi. La Corte ha così stabilito che la tutela del diritto antidiscriminatorio euro-unitario è «destinata a coprire un ampio ventaglio di attività professionali, ivi comprese quelle svolte da lavoratori autonomi al fine di assicurare il loro sostentamento» (ritenendo di dover escludere solo le attività «consistenti in una mera fornitura di beni o di servizi a uno o a più destinatari»). Osservando, al punto 47, che «l'attività svolta dal ricorrente costituisce un'attività professionale reale ed effettiva, esercitata personalmente in modo regolare a beneficio di uno

indipendente è il nostro futuro. Precari autonomi freelance per una nuova società, Milano, 2013, quindi si è provato a riflettere sulla connessione tra impoverimento della società europea e delle forme del lavoro ed emergenza di un'opinione pubblica sempre più impaurita, attirata da ripiegamenti e soluzioni identitarie, nazionaliste e sovraniste in G. Allegri, *Pluralismo solidale, innovazione sociale e processi federali: per un nuovo garantismo costituzionale?*, in G. Allegri - A. Sterpa - N. Viceconte (a cura di), *Questioni costituzionali al tempo del populismo e del sovranismo*, Napoli, 2019, p. 51 ss.

³⁰ A. Supiot, *Lavoro subordinato e lavoro autonomo*, in *Diritto delle Relazioni Industriali*, 2/2000, p. 217 ss., 239. Si veda quindi A. Perulli, *Oltre la subordinazione. La nuova tendenza espansiva del diritto del lavoro*, Torino, 2021.

³¹ Sentenza della Corte (Seconda Camera), 12 gennaio 2023, J.K. vs. TP S.A., Causa C-356/21, ECLI:EU:C:2023:9.

stesso destinatario, che gli consente di accedere, in tutto o in parte, a mezzi di sostentamento» e «non dipende dalla qualificazione di tale attività come lavoro “dipendente” o “autonomo”», ribadendo che, «da un’interpretazione teleologica dell’articolo 3, paragrafo 1, lettera c), della direttiva 2000/78 risulta che la nozione di “[condizioni di]occupazione e (...) di lavoro” ivi contenuta riguarda, in senso ampio, le condizioni applicabili a qualsiasi forma di lavoro dipendente e autonomo, a prescindere dalla forma giuridica in cui esso viene svolto» (punto 58). Si tratta dell’esplicito riconoscimento di diritti oltre -l’impiego tradizionale. Perché ciò che rivela ai fini dell’applicazione della Direttiva in questione, e delle tutele e garanzie in generale, a partire da quelle antidiscriminatorie, «è che una persona svolga un *lavoro personale*, indipendentemente dalla forma giuridica in cui tale lavoro è svolto», come ricostruito dalle conclusioni dell’Avvocatura Generale (Tamara Čapeta). In questo senso lo svolgimento di attività di *lavoro personale* per un’altra parte trascende la forma contrattuale attraverso la quale si svolge la prestazione e mira ad estendere le garanzie del diritto del lavoro e il riconoscimento di diritti e tutele oltre la subordinazione, in tutte le forme di lavoro autonomo, indipendente e in generale intermittente e non-standard³².

Questa dottrina ed evoluzione giurisprudenziale potrebbe essere un sentiero utile per ragionare sul superamento del conflitto tra diritto della concorrenza e diritto del lavoro nella definizione del lavoro autonomo nel diritto euro-unitario e nel connesso riconoscimento di adeguati diritti sociali³³. C’è infatti da aggiungere, come osservato recentemente da Adalberto Perulli, che il concetto di “lavoro personale” è utilizzato dalle istituzioni europee anche negli interventi in corso d’opera per la regolazione

³² N. Countouris - M. Freedland - V. De Stefano, *Making labour law fit for all those who labour*, in *Social Europe*, 17/1/2023 (<https://www.socialeurope.eu/>), insistono molto sulla centralità del riconoscimento del *personal work* come strumento attraverso il quale superare le antiquate suddivisioni tra lavoro autonomo e lavoro subordinato e quindi la sperequazione tra le tutele. G. Bronzini, *La sentenza della Corte di giustizia sulla discriminazione dei lavoratori autonomi*, in *Italian Equality Network*, 5/2/2023 (<https://www.italianequalitynetwork.it/>) insiste particolarmente sulla logica di universalizzazione delle tutele che attraversa l’intera sentenza. Sulle origini del concetto di *personal work* si veda: M. Freedland - N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, 2011.

³³ I. Lianos - N. Countouris, V. De Stefano, *Re-Thinking the Competition Law/Labour Law Interaction Promoting a Fairer Labour Market*, CLES Research Papers, 3/2019, N. Countouris - V. De Stefano - I. Lianos, *The EU, Competition Law and Workers’ Rights*, CLES Research Paper, 2/2021 (<https://www.ucl.ac.uk/cles/research-papers>), L. Ratti, *Alla difficile ricerca dei contorni del lavoro autonomo nel diritto europeo*, in *Lavoro Diritti Europa*, 3/2023 (<https://www.lavorodirittieuropa.it/>).

del lavoro di piattaforma e per la contrattazione collettiva del lavoro autonomo personale, nella prospettiva di contribuire alla definizione di un quadro generale di protezione tendenzialmente universale della persona che svolge attività lavorative, indipendentemente dal concreto inquadramento giuridico³⁴.

4. *Verso una protezione sociale universale per un'Unione Sociale Europea?*

Per provare a tirare le fila dell'evoluzione di questa consapevolezza delle istituzioni euro-unitarie intorno alla necessità di ripensare e aggiornare il modello sociale europeo, nella pluralità delle differenti tradizioni statuali, ma in una prospettiva di convergenza multilivello continentale, a partire dalla protezione dei soggetti alle prese con tutte le diverse forme del lavoro, subordinato, autonomo, indipendente, atipico, intermittente, è bene, come prima considerazione conclusiva, auspicare che non debbano passare altri anni o decenni (come testimonia faticosamente l'oramai superato ventennale del Rapporto Supiot) dal compimento di questo processo di universalizzazione di tutele e garanzie, che sembra pensato in una prospettiva di nuova solidarietà europea, tra cittadinanze, parti sociali, società civile e le diverse dimensioni delle istituzioni pubbliche. Avendo contezza del fatto che la stessa Commissione, nella Relazione succitata, osservava come il periodo di attuazione della Raccomandazione sia coinciso con l'esplosione della pandemia da Covid-19 con le forze sociali, politiche e di governo concentrate sull'adozione di misure di emergenza per affrontare le gravi conseguenze socio-economiche sopraggiunte per tutti i lavoratori e l'intera società. Misure che hanno contribuito a «estendere la protezione sociale a gruppi precedentemente non coperti o parzialmente coperti, ma lo hanno fatto prevalentemente in via temporanea. Nel contempo la crisi ha evidenziato anche alcune profonde lacune strutturali e la necessità di affrontarle, ma solo alcuni Paesi hanno perseguito riforme strutturali»³⁵.

Nel Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali, la stessa Commissione ha inoltre osservato che lo Strumento europeo di sostegno temporaneo per mitigare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza

³⁴ A. Perulli, *Il "lavoro personale" nel prisma del diritto dell'Unione europea*, in *Rivista Italiana di Diritto del lavoro*, 42/2023, p. 61 ss.

³⁵ Relazione della Commissione al Consiglio *sull'attuazione della raccomandazione del Consiglio sull'accesso alla protezione sociale per i lavoratori subordinati e autonomi*, cit., 32-33.

(SURE)³⁶ è stato utilizzato per proteggere i lavoratori e i cittadini europei durante la crisi pandemica del Covid-19 finanziando regimi di sostegno sociale, di riduzione dell'orario lavorativo e misure simili, in particolare in favore dei lavoratori autonomi, con l'emissione delle prime obbligazioni sociali, garantendo sostegni finanziari per queste misure in favore degli Stati membri per circa 140 miliardi tra le fine del 2020 e i primi mesi del 2021³⁷. Con queste considerazioni la Commissione tiene a sottolineare il suo intervento pro-attivo per una spesa sociale condivisa a livello europeo, esortando gli Stati membri a «utilizzare appieno i fondi senza precedenti che l'UE ha messo a disposizione per sostenere le riforme e gli investimenti in linea con il pilastro europeo dei diritti sociali»: un totale di circa 1800 miliardi di euro stanziati nel bilancio a lungo termine dell'UE, periodo 2021-2027³⁸. Al contempo, la stessa Commissione sottolinea il fatto che durante gli eventi pandemici gli Stati membri hanno sicuramente esteso la protezione sociale a soggetti e gruppi precedentemente scoperti, ma lo hanno fatto con quelle misure temporanee, di emergenza, eccezionali, *ad hoc*, che dovrebbero invece «costituire una fonte di ispirazione per riforme strutturali volte a migliorare la protezione dei disoccupati, dei lavoratori atipici e dei lavoratori autonomi e che ne garantiscano il finanziamento sostenibile, in linea con la raccomandazione del Consiglio del 2019 sull'accesso alla protezione sociale»³⁹. In tal senso si concorda con chi sostiene che proprio la crisi pandemica da un lato pone l'imperativo di adottare inedite misure di solidarietà e coesione sociale espandendo e rendendo più inclusiva la dimensione sociale europea multilivello⁴⁰, dall'altro rende ineludibile l'urgenza di promuovere un nuovo concetto di lavoratore (*worker*) in quella prospettiva della “persona che lavora” – nel “rapporto di lavoro personale”, «personal work relation» – già incontrata anche in quei percorsi normativi e giurisprudenziali delle istituzioni euro-

³⁶ Regolamento (UE) 2020/672 del Consiglio del 19 maggio 2020 *che istituisce uno strumento europeo per attenuare i rischi di disoccupazione nello stato di emergenza (SURE) a seguito dell'epidemia di Covid-19*, GU L 159, 20.5.2020, 1-7 (<https://eur-lex.europa.eu/>).

³⁷ Commissione Europea, *Piano d'azione sul pilastro europeo dei diritti sociali*, cit., paragrafo 3.1 dedicato a «posti di lavoro migliori e più numerosi».

³⁸ Ivi, paragrafo 4, «unire le forze per la realizzazione degli obiettivi», dove si esortano esplicitamente gli Stati membri a «sbloccare gli investimenti sociali attraverso i fondi dell'UE».

³⁹ Ivi, paragrafo 3.3 su «protezione sociale e inclusione», dove si afferma la necessità di «adeguare la protezione sociale al nuovo mondo».

⁴⁰ S. Spasova - D. Ghailani - S. Sabato - S. Coster - B. Fronteddu - B. Vanhercke, *Non-standard workers and the self-employed in the EU: Social Protection during the Covid-19 pandemic*, Bruxelles, 2021 (<https://www.etui.org/>).

unitarie appena ricordati, e che ritiene i diritti del lavoro e della protezione sociale si applichino a «ogni lavoratore che fornisce lavoro o servizi a titolo prevalentemente personale e non gestisce effettivamente un'impresa per proprio conto»⁴¹.

Questa ipotesi ricostruttiva che comincia ad essere tanto dottrina degli studiosi europei di diritto del lavoro e della protezione sociale, quanto in parte giurisprudenziale e normativa, favorirebbe l'affermazione di una convergenza continentale in favore di un diritto comune del lavoro e della protezione sociale ragionando su un nuovo equilibrio tra competenze statali e azioni comuni europee in campo sociale, per adottare delle risposte adeguate al permanere di sfide come cambiamenti demografici, emergenze economiche e sanitarie, transizioni ecologico-ambientali e digitali, che necessitano di inedite politiche pubbliche e istituzionali.

Nell'ultimo decennio, a partire dalla crisi economica globale del 2008, molti importanti analisti e studiosi hanno sostenuto la necessità di un'Unione Sociale Europea per integrare e controbilanciare l'unione economica e monetaria⁴², per superare i limiti dei Welfare nazionali di fronte ai nuovi e vecchi rischi sociali prodotti dai già ricordati mutamenti in atto nella sfera continentale e globale, acuiti dagli effetti economici e umanitari dei recenti conflitti armati che attraversano l'Europa centro-orientale, con l'invasione Russa dell'Ucraina, e il Medio Oriente. Si tratta di una proposta volta al rafforzamento della coesione solidale tra gli Stati membri, assicurando la tutela e la garanzia dei diritti sociali fondamentali per i cittadini europei, per trovare delle risposte adeguate al perdurante rischio di impoverimento delle cittadinanze europee⁴³.

Ciò richiede un continuo impegno e un rafforzamento delle iniziative sulla dimensione sociale europea intraprese dalle istituzioni europee negli ultimi cinque anni, prendendo sul serio l'avvento dei «ruggenti anni '20 per

⁴¹ Per parafrasare le tesi sostenute da N. Countouris - V. De Stefano - K. Ewing - M. Freedland, *Covid-19 crisis makes clear a new concept of 'worker' is overdue*, in *Social Europe*, 9/4/2020 (<https://www.socialeurope.eu/>).

⁴² Tra i molti: F. Vandenbroucke, *Why we need a European Social Union*, in *Reflets et perspectives de la vie économique*, LII, 2013, p. 97 ss, F. Vandenbroucke - C. Barnard - G. De Baere (eds.), *A European Social Union after the Crisis*, Cambridge, 2017, M. Ferrera, *Why we need a European Social Union, A free standing political justification*, Sciences Po LIEPP WP n°95/2019 (<https://sciencespo.hal.science/>).

⁴³ Si è provato a ricostruire questo dibattito in un intervento cui si rinvia per eventuali approfondimenti: G. Allegri, *Per una European Social Union. Dal Pilastro Europeo dei diritti sociali a un Welfare multilivello*, CSE WP, 4/2019, 1-32, (<https://www.centrostudieuropei.it/>).

l'Europa sociale»⁴⁴. Condividendo l'obiettivo comune di porre il principio 12 del Pilastro europeo dei diritti sociali al centro dell'agenda istituzionale per un'Unione Sociale Europea e di fare dell'accesso universale a un'adeguata protezione sociale il nuovo valore unificante del modello sociale europeo nell'era digitale.

A questo proposito può divenire cruciale la presidenza belga del Consiglio UE in questo primo semestre 2024, Paese che ha una lunga tradizione di Welfare attento ai diversi soggetti delle diverse forme di lavoro e attività, per dare priorità alla protezione sociale, soprattutto per i lavoratori atipici e autonomi, come sembra trasparire dalle intenzioni enunciate dal già ricordato Frank Vandenbroucke, studioso dei sistemi sociali nel quadro di un'Unione Sociale Europea, e in questo caso anche in qualità di vice Primo ministro e ministro degli affari sociali e della sanità pubblica dell'attuale governo belga presieduto dal Primo Ministro Alexander De Croo (da ottobre 2020), quindi già tra i protagonisti dell'adozione in Belgio dello "statuto degli artisti", per garantire tanto l'autonomia nell'attività lavorativa, quanto l'accesso alla protezione sociale. In un abbastanza recente intervento⁴⁵, ha sostenuto che debba essere messo al centro dell'agenda sociale europea per il 2024, a partire dal semestre di presidenza belga, proprio il principio 12 del Pilastro, per aggiornare i sistemi di previdenza sociale statuali ancora pensati per i lavoratori tradizionali, e sempre meno anche per loro, e da tempo incapaci di proteggere i gruppi più vulnerabili, che spesso attraversano le tradizionali e ormai obsolete categorie di lavoro subordinato e autonomo e sconfinano appunto in condizioni di lavoro intermittente, flessibile, occasionale, precario (tramite piattaforma digitale o meno), in ogni caso impoverite e prive di garanzie e tutele sociali adeguate ad una vita dignitosa.

Questa ipotesi potrebbe essere avvalorata dalle recenti Conclusioni adottate, il 9 ottobre 2023, dal Consiglio UE che riguardano specificamente la protezione sociale dei lavoratori autonomi, in attuazione del Pilastro sociale⁴⁶. Il Consiglio invita gli Stati membri a colmare le lacune rimanenti nei rispettivi sistemi nazionali al fine di migliorare l'accesso dei lavoratori autonomi alla protezione sociale, con particolare attenzione alle indennità

⁴⁴ C. Kilpatrick, *The Roaring 20s for Social Europe. The European Pillar of Social Rights and burgeoning EU legislation*, in *Transfer: European Review of Labour and Research*, 29(2), 2023, p. 203 ss.

⁴⁵ F. Vandenbroucke, *EU social agenda beyond 2024 – no time to waste*, in *Social Europe*, 7/2/2023 (<https://www.socialeurope.eu/>).

⁴⁶ Conclusioni del Consiglio *sulla protezione sociale per i lavoratori autonomi*, SOC 667 EMPL 475, 9 ottobre 2023, (<https://data.consilium.europa.eu/>).

di disoccupazione, quindi alle condizioni di malattia e di accesso alla sanità, sottolineando che gli Stati membri dovrebbero inoltre garantire un livello adeguato di protezione sociale e tutela dei lavoratori autonomi, al fine di garantire un tenore di vita decoroso e dignitoso e prevenire la povertà sul lavoro.

Ci sarebbero le premesse per auspicare che la difficile ricerca di un nuovo modello sociale europeo sia anche al centro della campagna elettorale continentale che le forze politiche condurranno per giungere alle elezioni per il Parlamento europeo del giugno 2024 e che la proposta di una adeguata protezione sociale per tutte le cittadinanze d'Europa sia al centro degli obiettivi del mandato della Commissione europea 2024-2029. Se non si rischiasse di apparire retorici: se non ora, quando?

ABSTRACT: This paper investigates the social dimension of the European Union, in light of the implementation of the European Pillar of Social Rights (2017). In particular, the European processes that have been initiated to implement Principle 12 of the Pillar in the different member States and ensure adequate social protection for all workers, whether salaried, self-employed, or freelance, regardless of the legal status of their work performance, are presented. In 2019 was adopted the EU Council Recommendation on access to social protection for workers and the self-employed, followed by the Report from the EU Commission to the Council on the implementation of the Recommendation (2023), approximately two decades after the adoption of the *Suipiot Report* (1999), which already signaled the urgency of ensuring social protections and rights beyond employment (*au-delà de l'emploi*). I conclude this study by investigating the category of “personal work”, which is useful for extending social protections in favor of the person at work, independently of work status, and understood as a possible lintel of a common labour law, for a new European social model and a European Social Union.

KEYWORD: modello sociale europeo - adeguata protezione sociale - diritti sociali - lavoro autonomo - lavoro personale - diritto comune del lavoro

Giuseppe Allegri - Assegnista di ricerca e docente a contratto, Dipartimento di Comunicazione e Ricerca Sociale, Sapienza, Università di Roma (giuseppe.allegri@uniroma1.it)

La solidarietà europea alla luce del *Recovery Plan**

Alessandro Francescangeli

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Quale solidarietà? – 2.1. Solidarietà politica e sociale. – 2.2. Solidarietà competitiva. – 3. Quale solidarietà per l’Unione europea? – 3.1. La solidarietà nei Trattati – 3.2 La *solidarietà transnazionale tra cittadini europei* ovvero il modello di *welfare* europeo e il suo rapporto con la cittadinanza. – 3.3. Dalla crisi della solidarietà transnazionale a quella della solidarietà tra stati: il mercato unico e la stabilità macroeconomica. – 3.4 C’è solidarietà nei meccanismi di stabilità macroeconomica? – 4. Solidarietà nel *Recovery Plan*. – 4.1 Nelle forme di finanziamento. – 4.2 Nel contenuto del Dispositivo. – 5. Può uno scoglio arginare il mare? Prime conclusioni sul principio di solidarietà alla luce del *Recovery Plan*.

1. Introduzione.

Quasi a voler riprendere l’originaria pluralità etimologica del termine — il quale significava “separazione”, “scelta” e poi “periodo decisivo”, “cambiamento”¹ — alla *crisi* pandemica sono spesso associate — o forse semplicemente auspicate — potenzialità di trasformazione più o meno profonda dell’ordinamento giuridico e politico dell’Unione europea.

La risposta ad essa avrebbe infatti aperto «faglie», innescato «mutamenti», determinato «salti di qualità», promosso «svolte» rispetto allo *status quo ante*, attraverso l’implementazione di misure — prima tra tutte il *Recovery Plan* — ispirate a «un sistema valoriale parzialmente diverso e

* L’articolo è stato sottoposto, in conformità al Regolamento della Rivista, a *double blind peer review*.

¹ Come è noto, le radici etimologiche del termine *crisi* risalgono al greco antico *κρίσις* (*krìsis*), a sua volta derivante dal verbo *κρίνω* (*krinō*) ovvero “separare”, verbo originariamente utilizzato per descrivere l’attività della trebbiatura di separazione del chicco del cereale dalla paglia e dalla pula. Da ciò ne è derivato il significato proprio di “separazione” quanto quello figurato di “scelta”, oltre a una serie di significati secondari, tra cui quello di “momento decisivo” della malattia. In latino il termine *crisis* recupera tale ultimo significato nel senso di “mutamento”, “trasformazione”, “momento decisivo”, per poi qualificarsi negli ultimi secoli con una accezione di “turbamento negativo”, *in primis* in ambito economico.

senz'altro atipico rispetto alla tradizione comunitaria»². La pandemia avrebbe così determinato «l'occasione per una discontinuità nelle scelte economiche, spronando l'Unione a ispirarsi a valori “dormienti”, *in primis* quello solidaristico»³.

Tuttavia, se è senz'altro vero che il *Recovery Plan* presenta elementi di novità, appare forse opportuno porre alcune riserve sulla possibilità che esso costituisca già un elemento di rottura rispetto al passato, ma anche che esso possa fungere da elemento catalizzatore per una trasformazione in senso “sociale” e quindi solidale dell'Unione europea.

La preferenza per un approccio prudente appare potersi giustificare per una pluralità di fattori. In primo luogo, il fatto che tanto il *Recovery* quanto le altre misure adottate a seguito della pandemia costituiscono ancora un tema di attualità e in continua evoluzione, con la conseguenza per cui le valutazioni sugli stessi rischiano di trasformarsi in giudizi prognostici più che in giudizi di realtà. In secondo luogo, come si argomenterà, per il fatto che sono ben possibili letture “disincantate” del *Recovery Plan*, le quali evidenziano sì alcuni elementi di rottura, ma altrettanti e forse maggiori di continuità.

Per poter esaminare continuità e rotture occorre però, *in primis*, definire i termini del confronto: ovvero il concetto e il ruolo che la solidarietà ha svolto nell'integrazione europea *prima* del *Recovery Plan*⁴, nonché il suo rapporto con il concetto di coesione, per *poi* analizzare se e come essa sia presente nel *Recovery*, così da poter evidenziare eventuali similitudini o differenze.

2. *Quale solidarietà?*

È comune⁵ riferirsi alla dichiarazione di Schuman del 1950 come prima esemplificazione — per quanto di natura politica e non giuridica —

² Così A. Apostoli, *La declinazione del principio di solidarietà nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, in D. De Lungo – F. S. Marini (a cura di), *Scritti costituzionali sul Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza*, Torino, 2023, p. 162.

³ *Ibidem*.

⁴ Si pone una questione simile, ad esempio, F. Covino, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica*, in *Rivista AIC*, 3, 2021, p. 185.

⁵ Si vedano, ad esempio, P. Mengozzi, *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 1, 2020, p. 99; F. Covino, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica* cit., p. 186.

della solidarietà in Europa: nell'idea della politica dei piccoli passi⁶, portata avanti dal ministro francese, secondo cui «l'Europa non potrà farsi in una sola volta, né sarà costruita tutta insieme, essa sorgerà da realizzazioni concrete che creino anzitutto una *solidarietà di fatto*⁷ sono infatti riscontrabili le problematiche radici — storiche e concettuali — della solidarietà in Europa.

La proposta di Schuman, rivolta alla Germania sconfitta nella guerra — dalla quale quindi traspare una concezione spiccatamente intergovernativa, i cui soggetti sono i governi e non i popoli, né i partiti o le forze sociali⁸ —, fa emergere una «chiara finalità politica generale», diversa da «una pura ragione di convenienza»⁹: quella di unire l'Europa per garantire la pace *attraverso* «la fusione degli interessi, essenziale per la creazione di una comunità economica, [che] si realizzerà in modo semplice e rapido e sarà il lievito per una comunità più ampia e profonda tra Paesi a lungo contrapposti da sanguinose divisioni»¹⁰. L'integrazione economica è quindi vista come *mezzo* per ingenerare pace e sviluppo economico tra gli stati europei, nonché nei paesi degli altri continenti¹¹, oltre che motore creativo della comunità politica¹², finalizzata anche a «solidificare la solidarietà politica tra di loro»¹³.

Nel discorso di Schuman, tuttavia, è riscontrabile un'ambiguità nel concetto stesso di solidarietà: la «solidarietà di fatto» cui fa riferimento

⁶ Sui limiti di tale approccio si veda G. Azzariti, *Diritto o barbarie. Il costituzionalismo moderno al bivio*, Roma-Bari, 2021, p. 145.

⁷ R. Schuman, *Dichiarazione del 9 maggio 1950*, sul punto si veda M. Gilbert, *Storia politica dell'integrazione europea*, Roma-Bari, 2005, p. 26.

⁸ In tal senso G. Azzariti, *Diritto o barbarie* cit., p. 136.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ R. Schuman, *Dichiarazione* cit.

¹¹ «La solidarietà di produzione in tal modo realizzata farà sì che una qualsiasi guerra tra la Francia e la Germania diventi non solo impensabile, ma materialmente impossibile. La creazione di questa potente unità di produzione, aperta a tutti i paesi che vorranno aderirvi e intesa a fornire a tutti i paesi in essa riuniti gli elementi di base della produzione industriale a condizioni uguali, getterà le fondamenta reali della loro unificazione economica. Questa produzione sarà offerta al mondo intero senza distinzione né esclusione per contribuire al rialzo del livello di vita e al progresso delle opere di pace. Se potrà contare su un rafforzamento dei mezzi, l'Europa sarà in grado di proseguire nella realizzazione di uno dei suoi compiti essenziali: lo sviluppo del continente africano», R. Schuman, *Dichiarazione* cit.

¹² Cfr. *infra*, oltre che A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, p. 1 ss.

¹³ A. Buratti, *Western Constitutionalism. History, Institutions, Comparative Law*, 2ª ed., Cham-Torino, 2019, p. 192.

riguarda quella visione del principio «non appiattita al solo momento economico e in forte continuità con le aspirazioni del costituzionalismo del secondo dopoguerra»¹⁴, ovvero corrisponde a quella «solidarietà di produzione» — cioè mera gestione comune, *di fatto*, dei mezzi di produzione di carbone e acciaio — cui Schuman si riferisce dopo qualche passaggio? Le differenti implicazioni tra i due concetti appaiono evidenti e sembrano prefigurare le due principali declinazioni del principio di solidarietà individuabili nella *solidarietà politica e sociale*, da un lato, e *solidarietà competitiva*¹⁵, dall'altro.

2.1. *Solidarietà politica e sociale.*

Le origini concettuali della solidarietà sono risalenti e non sempre appaiono ascrivibili a un'evoluzione storica lineare¹⁶. Alcuni passaggi, tuttavia, appaiono cruciali e aiutano a definirne i tratti essenziali: l'ascrizione della solidarietà a principio giuridico avviene infatti quando essa si trasforma da dovere morale a regola giuridica, in un processo che alcuni fanno risalire alle idee di Montesquieu¹⁷. La solidarietà si allontana così dalla *carità* come obbligo tutt'al più di natura morale e diventa un dovere giuridico. Attraverso il processo di costituzionalizzazione del principio di solidarietà non si esaurisce la componente sociale della stessa¹⁸, ma la si dota di un livello ulteriore: essa diventa la base per una «nuova rappresentazione del legame sociale e politico»¹⁹ e funge — attraverso il legame con la libertà, l'eguaglianza e la dignità²⁰ — da collante sociale, rendendo possibile la

¹⁴ G. Azzariti, *Diritto o barbarie* cit., p. 138.

¹⁵ Utilizza il termine «solidarietà competitiva» W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva*, in *Stato e mercato*, 58(1), 2000, p. 3 ss.

¹⁶ Sul punto, *ex pluribus*, S. Rodotà, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2014, p. 20; I. Massa Pinto, *Costituzione e fraternità. Una teoria della fraternità conflittuale: 'come se' fossimo fratelli*, Napoli, 2011.

¹⁷ In tal senso S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 16.

¹⁸ Sono infatti due i «versanti della solidarietà, che comprende sia comportamenti (individuali o collettivi) *non dovuti* giuridicamente, ispirati al sentimento di fraternità e solidarietà», — sul rapporto tra i quali si rinvia a S. Giubboni, *Solidarietà*, in *Politica del diritto*, 4, 2012, p. 527 — «sia comportamenti corrispondenti a *doveri* giuridicamente imposti, dei singoli e soprattutto delle istituzioni», così L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, p. 50; cfr. sul punto S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 43.

¹⁹ S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 20.

²⁰ In tal senso L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico* cit., p. 52; S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 46.

costruzione della comunità politica nonché la definizione del soggetto politico, quindi del cittadino²¹.

In altri termini, la solidarietà diventa principio fondativo della convivenza sociale, la quale «*deve essere costruita normativamente* sulla base del principio di ‘solidarietà’²², attraverso l’inevitabile definizione dei diritti e dei doveri dei cittadini. Il principio di solidarietà implica così una «nuova rappresentazione del legame sociale e politico, che porta a una profonda trasformazione dei modi di gestione del sociale e delle forme di intervento pubblico»²³, divenendo la stessa base costituzionale e principio fondatore dello stato sociale, senza tuttavia esaurirsi in esso²⁴, nonché strumento di integrazione e coesione sociale²⁵.

Non appare quindi un caso che l’art. 2 della Costituzione italiana, nel garantire i diritti, richieda «l’adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale», né che la Repubblica si fondi sul lavoro (art. 1), il quale costituisce tanto un diritto quanto un dovere (art. 4)²⁶ che rappresenta «la sintesi fra il principio personalistico (che implica la pretesa all’esercizio di un’attività lavorativa) e quello solidarista (che conferisce a tale attività carattere doveroso)»²⁷. In tal modo, la solidarietà si configura come strumento principale per la garanzia dei diritti²⁸ e principio

²¹ Cfr. G. Bascherini, *La solidarietà politica nell’esperienza costituzionale repubblicana*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2016, p. 129.

²² L. Carlassare, *Solidarietà: un progetto politico* cit., p. 46, corsivo originale.

²³ S. Rodotà, *Solidarietà* cit., pp. 20-21.

²⁴ In tal senso ivi, p. 69.

²⁵ In tal senso A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all’interno della comunità* cit., pp. 2-3.

²⁶ Sul punto cfr., *ex multis*, C. Esposito, *Commento all’art. 1 della Costituzione*, in *La Costituzione italiana. Saggi*, Padova, 1954, pp. 1-15, (già pubblicato in *Rassegna di diritto pubblico*, 1948), M. S. Giannini, *Rilevanza costituzionale del lavoro*, in *Scritti 1949-1954*, Milano, 2003, vol. III, p. 107 ss., (già pubblicato in *Rivista giuridica del lavoro*, 1-2, 1949); C. Mortati, *Il lavoro nella Costituzione*, in *Diritto del lavoro*, 1, 1954, p. 149 ss.; M. Mazziotti di Celso, *Lavoro (dir. cost.)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, 1973, vol. XXIII, p. 338 ss.; G. U. Rescigno, *Lavoro e Costituzione*, in *Diritto pubblico*, 1, 2009, p. 21 ss.; M. Luciani, *Radici e conseguenze della scelta costituzionale di fondare la Repubblica democratica sul lavoro*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 3, 2010, p. 628 ss.

²⁷ C. Mortati, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione. Principi fondamentali*, Bologna – Roma, 1975, p. 12.

²⁸ Evidenzia il nesso tra doveri di solidarietà e diritti sociali M. Fioravanti, *Costituzione italiana: articolo 2*, Roma, 2017, p. 37; per quanto occorre evitare una distinzione tra diritti “che costano” e diritti che “non costano”, in quanto tutti i diritti, di qualunque natura, appaiono “costare” ai pubblici poteri nel momento della loro garanzia sia pur in via eventuale o indiretta, cfr., *ex multis*, M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Studi in onore di Manlio Mazziotti di Celso*, Padova, 1995, vol. II, p. 97 ss.

alla base della redistribuzione della ricchezza²⁹, diventando funzionale — ma non funzionalizzata — al progetto di emancipazione sancito dal secondo comma dell'art. 3 della Costituzione³⁰.

Difatti, dal punto di vista concettuale, il passaggio dall'idea di fraternità al concetto giuridico di solidarietà sembra proprio trovare una sua precipitazione nel legame degli stessi con il principio di eguaglianza: è il passaggio dall'eguaglianza formale a quella sostanziale a trasformare la fraternità in solidarietà, definendo un principio socialmente connotato e inserito nei rapporti politici e sociali reali³¹.

Occorre quindi analizzare quale sia il rapporto tra solidarietà e rapporti economici, anche considerando il ruolo primario che questi ultimi giocano nella costruzione assiologica dell'Unione³². Dal punto di vista storico, la solidarietà — *rectius*: la fratellanza — e la proprietà hanno avuto un passato antitetico, almeno da quando Napoleone ridefinì, nel discorso del colpo di stato del 18 Brumaio (9 novembre 1799), la triade rivoluzionaria in «libertà, eguaglianza e proprietà»³³. Lo scambio tra i due termini appare sintomatico della ridefinizione — frutto della visione individualistica borghese impostasi nel seguito della rivoluzione francese e imperante per tutto il periodo liberale³⁴ — dei principi costituzionali, tanto antropologici quanto politici e sociali³⁵. Solidarietà e proprietà, infatti segnano due modalità opposte di definire la società: la seconda, configurandosi come il «diritto a escludere gli altri dal godimento di un bene»³⁶, appare infatti destinata «a spezzare quel legame tra gli uomini che attraverso la fraternità si intende stabilire»³⁷.

²⁹ In tal senso S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 31.

³⁰ Cfr. S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p.538; Cfr. M. Fioravanti, *Costituzione italiana: articolo 2* cit., p.38; G. Azzariti, *Diritto e conflitti. Lezioni di diritto costituzionale*, Roma-Bari, 2010, p. 380.

³¹ In tal senso S. Giubboni, *Solidarietà* cit., pp. 530-531.

³² Si veda, per tutti, A. J. Menéndez, *A European Union founded on capital? The fundamental norms organising public power in the European Union*, in C. Jouin (a cura di), *La constitution matérielle de l'Europe*, Paris, 2019, p. 147 ss.

³³ S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 22.

³⁴ Sul ruolo della proprietà nella rivoluzione francese, si vedano le classiche pagine di S. Rodotà, *Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e sui beni comuni*, 3^a ed., Bologna, 2013, p. 75 ss.

³⁵ Sul punto, per tutti, P. Barcellona, *L'individualismo proprietario*, Torino, 1987.

³⁶ S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 22.

³⁷ *Ibidem*.

Appare poi rilevante riflettere sul nesso tra solidarietà e gratuità o, più nel dettaglio, sul collegamento tra solidarietà e interesse³⁸. Infatti, come è stato correttamente evidenziato, un elemento essenziale della solidarietà è la sua irriducibilità alla logica dell'interesse, «non solo per quanto riguarda un possibile profitto, ma anche per quanto riguarda il destinatario dell'atto solidale»³⁹. Il collegamento tra solidarietà e altri principi fondamentali, quali quello di eguaglianza e quello di dignità, implica la rottura della logica dell'insindacabilità del potere proprietario sulle risorse disponibili, ponendo il rapporto sociale solidale al di fuori di relazioni di generosità-riconoscenza e superiori-inferiori⁴⁰.

Il principio proprietario e quello solidaristico appaiono poi permeare lo stesso paradigma teorico dei diritti, oltre che il loro contenuto⁴¹ e risultano dotati dello stesso carattere «pervasivo»⁴², anche vicendevolmente. In altre parole, il paradigma proprietario e quello solidaristico non escludono vicendevolmente la presenza della solidarietà o della proprietà, bensì appaiono determinare e definire differenti concetti di tali principi, nonché diversi contenuti dei relativi diritti⁴³. Da un lato, la costruzione del principio di solidarietà «è stata avviata proprio sul terreno dei rapporti patrimoniali, della proprietà e delle obbligazioni, per immergerle nel flusso delle relazioni sociali»⁴⁴ e ciò ha determinato una ridefinizione dei diritti economici attraverso la funzionalizzazione sociale degli stessi — che non è quindi un limite esterno bensì una caratteristica interna⁴⁵ — operando in tal modo una

³⁸ Sul punto *ivi*, pp. 55 e 69.

³⁹ *Ivi*, p. 55.

⁴⁰ Cfr. *ivi*, p. 99.

⁴¹ Cfr., recentemente, F. Mazzarella, *Da diritto a paradigma: uso e abuso della proprietà nella disciplina dei diritti d'esclusiva*, in *Rivista di diritto civile*, 4, 2019, p. 861.

⁴² La caratteristica della pervasività, associata al principio di solidarietà, è presente in S. Rodotà, *Solidarietà cit.*, p. 69; riferita alla competizione economica è invece riscontrabile in W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva cit.*, p. 4.

⁴³ Cfr. P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale. I diritti fondamentali in prospettiva storico-comparativa*, Torino, 2018, p. 53.

⁴⁴ S. Rodotà, *Solidarietà cit.*, p. 69.

⁴⁵ Cfr. sul punto, recentemente, P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale cit.*, p. 95; per la dottrina più risalente si veda la bibliografia contenuta in A. Baldassarre, *Proprietà. Diritto costituzionale*, in *Enciclopedia giuridica*, Roma, 1992, vol. XXVIII, pp. 1-16 e in S. Rodotà, *Art. 42*, in G. Branca (a cura di) *Commentario della Costituzione. Rapporti economici. Tomo II*, Bologna – Roma, 1982, p. 69 ss.; nonché specificamente S. Rodotà, *Il terribile diritto cit.*; M. S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata*, in *Politica del diritto*, 1, 1971, pp. 443-501; M. Luciani, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 8, 1977, p. 1345 ss.; A. M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2, 1972, p. 465 ss.

«demercificazione»⁴⁶ dei diritti, che non si configurano (più) sull'archetipo della proprietà. D'altro lato, anche il paradigma proprietario è capace di portare con sé una ridefinizione concettuale della stessa solidarietà, nei termini di quella che può essere definita come *solidarietà competitiva o concorrenziale*⁴⁷. Come è stato osservato, infatti, l'espressione *solidarietà* «è sempre stata una parola polisemica, capace di assorbire — nel tempo — significati diversi e finanche contrapposti»⁴⁸.

2.2. *Solidarietà competitiva.*

Il secondo modello di solidarietà si differenzia dal primo innanzitutto per un diverso rapporto con il concetto di coesione⁴⁹. Infatti, a differenza del modello già descritto — in cui la coesione *politica e sociale* si poneva come uno degli effetti dell'applicazione del principio solidaristico, attraverso la garanzia dei diritti e l'adempimento dei doveri definenti il vincolo di cittadinanza — in tale diversa visione la coesione è declinata in termini di omogeneità ed è finalizzata al perseguimento del corretto “funzionamento” del mercato ed è quindi perseguita attraverso atteggiamenti solidali solo entro tali limiti teleologici⁵⁰. La coesione economica appare quindi come fine unico e ultimo della solidarietà, senza spazio per il perseguimento di politiche redistributive e di giustizia sociale, così che il principio solidaristico risulta «privo del connotato redistributivo che tradizionalmente lo accompagna mentre appare residuale l'utilizzo di detto principio quale collante delle relazioni orizzontali tra i consociati»⁵¹.

Il principio di solidarietà così inteso, appare mancante anche del previo accordo comune sulle finalità politiche della comunità e sulla redistribuzione delle risorse all'interno della stessa. L'unico processo di coesione è quello di costruzione di un unico mercato concorrenziale: non

⁴⁶ S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 31.

⁴⁷ Così W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva* cit., p. 4.

⁴⁸ S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 553. Cfr. sul punto F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea*, Torino, 2020, p. 4.

⁴⁹ In generale, sul tema, ampiamente C. Buzzacchi, *Dalla coesione all'eguaglianza sostanziale. Il percorso comunitario*, Milano, 2005.

⁵⁰ Si veda L. Mengoni, *Proprietà e libertà*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 3, 1988, p. 445.

⁵¹ F. Covino, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica* cit., p. 187.

quindi integrazione sociale, ma piuttosto armonizzazione ovvero mero coordinamento⁵².

Ed è proprio il principio concorrenziale che, applicato alla totalità delle relazioni — esplicitazione nei rapporti sociali dell'individualismo proprietario⁵³ —, riesce così a ridefinire anche gli altri principi che con la solidarietà si relazionano: libertà, dignità ed eguaglianza, che vengono sostanzialmente ricondotti alla sfera individuale ovvero privatistica ed economica.

Tale impostazione non appare dissimile dalla concezione teorica lockiana dell'idea di *property* come «formula riassuntiva di tutti i diritti e le facoltà attraverso cui il soggetto può disporre della propria forza lavoro e delle proprie capacità»⁵⁴. Si assiste, in tal senso, a un recupero di quel «nesso inscindibile tra libertà e proprietà»⁵⁵ tipico dello stato liberale, che pone la proprietà come «proiezione di una certa immagine dell'uomo e [assunta] a paradigma non dei soli diritti di natura patrimoniale, bensì della generalità dei diritti e delle libertà individuali, omologati tutti allo schema proprietario dell'assoggettamento della realtà esterna»⁵⁶. La libertà appare così ricongiungersi alla proprietà, invertendo la rotta rispetto al processo politico e costituzionale novecentesco che aveva portato a una netta separazione tra i due principi⁵⁷, caratterizzandosi quindi come emanazione diretta dell'esercizio delle potestà economiche del soggetto proprietario, piuttosto che come emanazione e tutela della propria personalità⁵⁸.

Anche la dignità appare ridefinirsi attraverso i paradigmi dell'individualismo proprietario e della concorrenza, staccandosi in tal modo dal suo modello costituzionale. In quest'ultimo, infatti, la dignità, al

⁵² Cfr. W. Streeck, *Il modello sociale europeo: dalla redistribuzione alla solidarietà competitiva* cit., p. 10.

⁵³ Cfr. L. Mengoni, La tutela giuridica della vita materiale nelle varie età dell'uomo, «Rivista trimestrale di diritto e procedura civile», 4, 1982, p. 1119.

⁵⁴ P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale* cit., p. 53

⁵⁵ *Ibidem*.

⁵⁶ *Ivi*, p. 54.

⁵⁷ In tal senso, *ex pluribus*, M. S. Giannini, *Basi costituzionali della proprietà privata* cit., p. 465; A. M. Sandulli, *Profili costituzionali della proprietà privata* cit.; M. Luciani, *Corte costituzionale e proprietà privata (a proposito della sentenza n. 260 del 1976)* cit., p. 1349; S. Rodotà, *Art. 42* cit., p. 118; A. Baldassarre, *Proprietà. Diritto costituzionale* cit., p. 5; cfr. la posizione parzialmente diversa di L. Mengoni, *Proprietà e libertà* cit., pp. 445-446; *contra* G. Bognetti, *Proprietà e libertà (a proposito delle strutture giuridiche dell'economia americana)*, in *Studi parlamentari e di politica costituzionale*, 32-33, 1976, p. 1 ss.

⁵⁸ Sulle diverse dimensioni della libertà si veda P. Ridola, *Il principio libertà nello stato costituzionale* cit., p. 166 ss.

pari della solidarietà (art. 2), è definita dalla Costituzione come «sociale» (art. 3), legandosi in modo diretto con «la condizione reale della persona, nella sua propria dimensione economico-sociale»⁵⁹. Essa non si pone quindi come una dignità astratta, ma attraverso il legame con i principi d'eguaglianza e libertà — in base a una necessaria lettura unitaria dell'art. 3 Cost.⁶⁰ — si colloca dapprima alla base dell'azione dello stato nel rimuovere gli «ostacoli di ordine economico e sociale» che limitano «di fatto la libertà e l'eguaglianza dei cittadini». Inoltre, attraverso un ulteriore collegamento con la libertà, la stessa trova ulteriore base nella materialità della vita sociale, ponendosi a fondamento della retribuzione e quindi dei rapporti di lavoro (art. 36), costituendo poi un limite alla libertà di iniziativa economica (art. 41)⁶¹.

L'impatto del paradigma dell'individualismo proprietario, invece, attraverso il venir meno della centralità del principio lavoristico a favore delle libertà economiche capitalistiche, appare rompere quel fondamento materiale della dignità costituito dalla «connessione univoca tra dignità e lavoro, tra dignità e libertà, tra dignità ed eguaglianza»⁶². La dignità appare quindi «perdere le sue basi storiche, smaterializzandosi, collocandosi su un piano puramente etico individuale e non più sociale»⁶³. Essa si separa in tal modo dalla situazione reale e materiale della persona «che pure rappresenta la condizione che è necessario considerare se si vuole assicurare la qualificazione *sociale* della dignità, la natura *sostanziale* dell'eguaglianza e il carattere *materiale* della libertà»⁶⁴.

In tal modo il rapporto con la solidarietà muta: la dignità non riesce più a svolgere quel ruolo di fulcro tra la doverosità e la gratuità del principio solidaristico, quantomeno per quanto riguarda i rapporti sociali materiali e quindi economici. Si determina così anche una diversa concezione del principio di eguaglianza e del significato della giustizia sociale. Quest'ultima, infatti, smette di basarsi sul pari riconoscimento dei diritti dovuto al soggetto inteso come «*homo dignus*»⁶⁵, ma, vedendo il soggetto come «*homo*

⁵⁹ G. Azzariti, *Contro il revisionismo costituzionale. Tornare ai fondamentali*, Roma-Bari, 2016, p. 167.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ Sul punto *ivi*, p. 168.

⁶² *Ibidem*.

⁶³ *Ivi*, p. 169.

⁶⁴ *Ibidem*, corsivi originali.

⁶⁵ E quindi sul suo «diritto di avere diritti», su cui S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012, p. 179.

«economicus»⁶⁶ inserito in relazioni concorrenziali, ridefinisce l'eguaglianza nei termini di *parità di accesso al mercato*. Si assiste in tal modo a un'erosione della relazione tra solidarietà ed eguaglianza sostanziale che si traspone in una corrosione della base teorica del passaggio da fraternità a solidarietà che proprio nel mutamento di concezione dell'eguaglianza (da formale a sostanziale) trovava il suo fondamento⁶⁷.

La solidarietà concorrenziale — nella sua accezione di strumento per il perseguimento della coesione — diventa così la garanzia dell'eguaglianza nelle condizioni di accesso al mercato, superando quelle difficoltà “oggettive” che impedirebbero lo spiegarsi della concorrenza e quindi gli effetti positivi del libero mercato⁶⁸. Una solidarietà funzionalizzata tutt'al più allo «sviluppo», ma non partecipe del «progresso» degli individui⁶⁹. La distinzione tra diseguaglianze asseritamente oggettive e soggettive si tramuta in un giudizio morale sulle stesse: quelle “oggettive”, cioè derivanti da fattori esterni all'individuo e precedenti al suo ingresso nel mercato concorrenziale sarebbero *ingiuste* in quanto *incolpevoli*, quelle soggettive costituite dal risultato degli effetti del mercato sarebbero *giuste* in quanto frutto di *colpa* o comunque di *demerito* e quindi *responsabilità* dell'individuo⁷⁰.

Il concetto di colpa, applicato ai rapporti sociali e spiccatamente alle relazioni economiche, riesce così a rompere il piano di uguaglianza dato dalla *pari dignità sociale* che caratterizza il principio di solidarietà. In tal modo vengono quindi ad incrinarsi anche le caratteristiche della *gratuità* e *obbligatorietà*: nel momento in cui i soggetti non sono posti più sullo stesso piano la solidarietà può diventare *interessata* nonché *condizionata* oltre che *non obbligatoria* e quindi *volontaristica* su base *emergenziale* e *temporanea*.

⁶⁶ Sul punto G. Azzariti, *Diritto o barbarie* cit., p. 149.

⁶⁷ In tal senso S. Giubboni, *Solidarietà* cit., pp. 530-531.

⁶⁸ Sul punto appare utile la lettura critica degli interventi al convegno AIC del 1991, pubblicati in Associazione italiana dei costituzionalisti, *Atti del Convegno. Ferrara, 11-12 ottobre 1991*, Padova, 1997.

⁶⁹ In base alla nota distinzione di P. P. Pasolini, *Sviluppo e progresso*, in *Scritti corsari*, Milano, 2015, p. 176.

⁷⁰ Sul ruolo della morale nel neoliberismo cfr. A. Somma, *Non solo razionalità economica. Stato e morale nel pensiero neoliberale*, in *Rechtsgeschichte – Legal History*, 29, 2021, p. 407 ss.; J. Whyte, *The Morals of the Market. Human Rights and the Rise of Neoliberalism*, London-New York, 2019; sul rapporto tra debito e colpa E. Stimilli, *Debito e colpa*, Roma, 2015; G. Azzariti, *Diritto o barbarie* cit., p. 236; M. Benvenuti, *Le misure anticrisi adottate dall'Unione Europea: uno sguardo d'insieme (tra continuità delle scelte istituzionali, integrazione negativa e deconstituzionalizzazione del diritto sovranazionale)*, in F. Balaguer Callejón et al. (a cura di), *The Impact of the Economic Crisis on the EU Institutions and Member States*, Granada, 2015, p. 84.

Si assiste quindi a uno scivolamento «da una concezione della solidarietà intesa come una costruzione collettiva garantita senza condizioni dallo Stato sotto forma di *diritti* a una interpretazione contrattuale della solidarietà secondo la quale gli individui sono mobilitati secondo una *logica della contropartita* allo scopo di meritare le risorse di cui possono essere i beneficiari»⁷¹, provocando così un radicale «ri-orientamento in chiave produttivista della solidarietà»⁷².

3. Quale solidarietà per l'Unione europea?

Occorre a tal punto analizzare se e quale solidarietà sia presente all'interno della costruzione politica e giuridica europea.

La dualità dei soggetti che caratterizza la costruzione giuridica europea — in sintesi: l'Europa dei cittadini e l'Europa degli stati — si riflette anche sui soggetti portatori (effettivi o in potenza) dei doveri e dei diritti di solidarietà. Sono infatti individuabili almeno due possibili livelli di relazioni solidali: quello tra stati e quello tra individui, a loro volta distinguibili in due diverse declinazioni: quello della solidarietà esterna (cioè tra stati membri e stati terzi e tra cittadini di diversi stati membri⁷³) e quello della solidarietà interna (cioè rispettivamente tra stati membri ovvero tra cittadini dello stesso stato, nella misura in cui, più o meno direttamente, sono soggetti alle conseguenze del diritto dell'Unione)⁷⁴.

3.1. La solidarietà nei Trattati

L'origine della solidarietà tra stati membri — l'unica declinazione che presenta espliciti richiami all'interno dei trattati — pone le proprie radici normative nel preambolo del Trattato di Parigi istitutivo della CECA, che

⁷¹ Frase di R. Castel – N. Duvoux, *L'avenir de la solidarité*, Paris, 2012, p. 5, ripresa tradotta da S. Rodotà, *Solidarietà* cit., p. 132.

⁷² S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 552.

⁷³ Per semplicità si evita di considerare la relazione tra cittadini degli stati membri e cittadini degli stati terzi.

⁷⁴ Per una divisione di questo tipo, seppur in termini leggermente dissimili, si vedano A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2016, p. 144; G. Asaro, *Il principio di solidarietà nella politica di coesione: recenti sviluppi alla luce della crisi migratoria*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1, p. 167; F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., pp. 6 ss.

riprende quasi letteralmente la dichiarazione di Schuman, mantenendone quindi l'ambiguità concettuale. Da un lato, infatti, la «solidarietà di fatto» appare concettualmente distinta dalle comuni basi di sviluppo economico («e»), dall'altro l'integrazione promossa è di tipo meramente economico, relegando quindi la solidarietà politica e sociale a una mera prospettiva futura⁷⁵.

Nel Trattato di Roma il termine solidarietà scompare, almeno per quanto concerne i rapporti tra gli stati della Comunità: eccezion fatta, invero, per la «solidarietà che lega l'Europa ai paesi d'oltremare», nel preambolo, e quella che unisce la Comunità alla popolazione di Berlino, espressioni che rientrerebbero in quella che è stata definita *solidarietà tra stati esterna*⁷⁶. Tuttavia, secondo alcuni, viene introdotto un primo istituto basato sul principio solidale⁷⁷. Tale sarebbe il meccanismo previsto dall'art. 108, secondo cui in «caso di difficoltà o di grave minaccia di difficoltà nella bilancia dei pagamenti di uno Stato membro [...] capaci in particolare di compromettere il funzionamento del mercato comune o la graduale attuazione della politica commerciale comune» il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata può accordare un «concorso reciproco» che può assumere la forma della «concessione di crediti limitati da parte di altri Stati membri, con riserva del consenso di questi».

Appare tuttavia problematico ascrivere tale meccanismo pienamente all'interno del principio di solidarietà, almeno per quanto concerne il descritto concetto di *solidarietà politica e sociale*. Difatti, esso appare interessato (le difficoltà devono essere in grado di compromettere il mercato o la politica commerciale comune), volontario (è necessario il consenso degli stati anche dopo la deliberazione del Consiglio), emergenziale e temporaneo. Ciò — ovviamente — non stupisce, trovandoci alle scaturigini del processo d'integrazione; tuttavia appare utile per evidenziare le continuità o le discontinuità nell'evoluzione del concetto di solidarietà nell'Unione europea.

⁷⁵ «Coscienti che l'Europa non si potrà costruire altro che mediante concrete realizzazioni che creino innanzitutto una solidarietà di fatto, e mediante l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico | Desiderosi di concorrere con l'espansione delle loro produzioni fondamentali alla elevazione del livello di vita ed al progresso delle opere di pace | Risolti a sostituire alle rivalità secolari una fusione dei loro interessi essenziali, a fondare con la instaurazione di una comunità economica la prima assise di una più vasta e più profonda comunità fra popoli per lungo tempo».

⁷⁶ Cfr. P. Mengozzi, *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario* cit., p. 100.

⁷⁷ In tal senso G. Asaro, *Il principio di solidarietà nella politica di coesione: recenti sviluppi alla luce della crisi migratoria* cit., p. 169.

Il successivo Trattato di Maastricht, oltre a citare il principio solidale nel preambolo⁷⁸ assegna all'Unione, nell'art. A, «il compito di organizzare in modo coerente e solidale le relazioni tra gli Stati membri e tra i loro popoli». Inoltre, l'art. G novella l'art. 2 del precedente Trattato CEE, inserendo il compito per la Comunità (non più “economica”⁷⁹) europea «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, [tra le altre cose...] la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri».

Nel prosieguo del Trattato, tuttavia, la solidarietà è menzionata solo come principio caratterizzante lo «spirito» della PESC: gli stati membri «sostengono attivamente e senza riserve la politica estera e di sicurezza dell'Unione in uno spirito di lealtà e di solidarietà reciproca» (art. J.1, § 4). Per il resto essa non è presente nel Trattato che, anzi, appare caratterizzarsi per la sua «sostanziale funzionalizzazione dell'intero ordinamento alle esigenze di un'economia di mercato fortemente competitiva»⁸⁰, definendo così un diverso paradigma nelle relazioni tra politica e mercato⁸¹.

Segno di questa trasformazione appaiono le diverse regole previste in caso di difficoltà economica degli stati: l'art. 103 A, § 2, prevede infatti che qualora «uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria comunitaria allo Stato membro interessato. Qualora le gravi

⁷⁸ «Desiderando intensificare la solidarietà tra i loro popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni».

⁷⁹ Il Trattato di Maastricht, infatti, oltre a costituire l'Unione come istituzione che raggruppa e affianca — e ancora non sostituisce — le comunità europee (Cee, Ceca e Euratom), cambia denominazione alla Cee trasformandola in CE (art. g, § a.1).

⁸⁰ G. Azzariti, *Diritto o barbarie* cit., p. 162.

⁸¹ Poiché i riferimenti bibliografici sul punto sarebbero troppo numerosi, si consenta di ricondurli a tre diverse tesi, con altrettanti riferimenti puntuali: per la tesi per cui l'Unione sarebbe nata con tale impostazione neoliberista si veda A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa. E come continua a tradirsi nonostante la pandemia*, Roma-Bari, 2021; per un mutamento in senso neoliberista avvenuto negli anni Ottanta si vedano, oltre che il già menzionato G. Azzariti, *Diritto o barbarie* cit., p. 159, M. Dani – A. J. Menéndez, *Costituzionalismo europeo. Per una ricostruzione demistificatoria del processo di integrazione europea*, Napoli, 2022; mentre per una visione tuttora pluralista si rimanda a C. Kaupa, *The pluralist character of the European economic constitution*, Oxford-Portland, 2016. Sia consentito altresì il rinvio sul tema a A. Francescangeli, *PNRR, stato e mercato: un ritorno al passato?*, in M. Fioravanti – R. Lupi (a cura di), *Il ritorno dello Stato. Spunti giuridici per un rapporto equilibrato tra mercato e intervento pubblico*, Milano, 2023, p. 161 ss.

difficoltà siano provocate da calamità naturali, il Consiglio delibera a maggioranza qualificata». Parallelamente gli artt. 104, 104 A e 104 B introducono tre clausole di divieto di aiuto economico agli stati per altre vie (le c.d. «*no bailout clauses*»), vietando in particolare qualunque forma di finanziamento da parte della Banca centrale europea, nonché ogni tipo di assunzione di responsabilità da parte della Comunità o di stati membri degli impegni finanziari di altri stati membri⁸².

Emergono in tal modo alcuni elementi caratterizzanti la delineata solidarietà competitiva: eccezionalità, volontarietà (addirittura unanime), condizionalità («determinate condizioni»), giudizio morale. Quest'ultima componente (la colpa) risulta evidente dal fatto che gli aiuti sono possibili solo se le circostanze eccezionali sfuggono al controllo dello stato, ma anche per la riduzione della maggioranza necessaria per la deliberazione (qualificata, non unanime) degli aiuti in caso di calamità naturali (per definizione incolpevoli).

Per quanto concerne il Trattato di Amsterdam, con esso vengono introdotte alcune novità. Con riferimento alla PESC, il principio solidale appare rafforzato aggiungendo l'obbligo per gli stati membri di operare «congiuntamente per rafforzare e sviluppare la loro reciproca solidarietà politica». Viene poi inserito quello che è stato definito «meccanismo di solidarietà»⁸³ in materia di flussi migratori: l'art. 73 L prevede infatti che qualora «uno o più Stati membri debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata dall'afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi [...] il Consiglio può, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, adottare misure temporanee di durata non superiore a sei mesi a beneficio degli Stati membri interessati». Occorre rilevare, tuttavia, anche in questo caso la presenza degli elementi caratterizzanti il secondo tipo di solidarietà descritto sopra: eccezionalità e temporaneità.

Novità maggiori sono state invece introdotte con la Carta di Nizza e con il Trattato di Lisbona. La prima qualifica la solidarietà, nel Preambolo, come «valore indivisibile e universale» e alla stessa dedica l'intero Titolo IV nel quale la stessa — senza mai essere ulteriormente nominata — viene tradotta «in diritti, libertà e principi riferiti a settori importantissimi quali l'ambito sociale, la coesione sociale e territoriale, l'ambiente, la protezione

⁸² Sul punto O. Chessa, *La costituzione della moneta. Concorrenza, indipendenza della banca centrale, pareggio di bilancio*, Napoli, 2016, p. 478.

⁸³ G. Asaro, *Il principio di solidarietà nella politica di coesione: recenti sviluppi alla luce della crisi migratoria* cit., p. 170.

dei consumatori nonché la salute»⁸⁴. Tuttavia, si può concordare con chi riscontra una declinazione riduttiva di tale principio nella Carta⁸⁵, che appare non all'altezza né del concetto di solidarietà per come inserito nelle costituzioni degli stati europei, né all'altezza del Preambolo dove rientra tra i valori fondativi dell'Unione insieme a dignità umana, di libertà e uguaglianza. Dal punto di vista dei diritti, inoltre, per quanto la Carta rappresenti un sicuro passo in avanti verso una caratterizzazione sociale dell'Unione europea, è stato evidenziato come non tutti i diritti di solidarietà sono riconosciuti dalla Carta come diritti fondamentali, al pari quindi del diritto di proprietà⁸⁶. Difatti, mentre «alla maggior parte dei diritti alla solidarietà basati sul lavoro viene riconosciuto lo status di diritti fondamentali, la maggior parte dei diritti universalistici alla solidarietà sono formulati come diritti ordinari o come clausole politiche»⁸⁷, determinando in tal modo — come si vedrà più nel dettaglio *infra* — rilevanti effetti nell'attuazione del bilanciamento tra gli stessi.

Nel Trattato sull'Unione europea la solidarietà viene riconosciuta, in una «solenne dichiarazione»⁸⁸, come uno degli obiettivi da perseguire («Desiderando intensificare la solidarietà tra i loro popoli»). Essa viene poi riconosciuta, all'art. 2 del TUE, come uno dei valori comuni fondativi della società riconosciuti dall'Unione⁸⁹ e poi viene inserita nell'art. 3 tra i fini dell'Unione che essa deve promuovere, sia come «solidarietà tra le generazioni» che come «solidarietà tra gli Stati membri» (§ 3), sempre nell'endiadi — derivante dall'art. 2 TCE — con la «coesione economica, sociale e territoriale», oltre che come principio delle relazioni con gli stati terzi (§ 5).

Tale principio, per quanto concerne la PESC, viene ribadito agli artt. 21, 24 e 31 e con riferimento anche agli stessi stati membri, che — sempre

⁸⁴ In tal senso E. Triggiani, *Il principio di solidarietà nell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 170(2), 2021, p. 239.

⁸⁵ A. Augenti, *Il principio di solidarietà e le politiche sociali europee*, in *La cittadinanza europea*, 1, 2011, p. 23.

⁸⁶ In tal senso A. J. Menéndez, *The Sineews of Peace: Rights to Solidarity in the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Ratio Juris*, 16(3), 2003, p. 387.

⁸⁷ *Ibidem*.

⁸⁸ Così A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità* cit., p. 6.

⁸⁹ «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

nell'ambito della politica estera — «operano congiuntamente per rafforzare e sviluppare la loro reciproca solidarietà politica» (art. 24, § 3). Rilevante novità riconducibile al concetto di solidarietà⁹⁰ è stata poi — sempre in ambito PESC — l'introduzione nella politica di sicurezza e di difesa comune della clausola di reciproca difesa tra stati, per cui qualora «uno Stato membro subisca un'aggressione armata nel suo territorio, gli altri Stati membri sono tenuti a prestargli aiuto e assistenza con tutti i mezzi in loro possesso» (art. 42, § 7.).

Viene poi confermato il riferimento al principio di solidarietà in materia di immigrazione e asilo⁹¹, tanto all'art. 67 del Trattato sul funzionamento secondo cui la politica riguardante tali materie si fonda «sulla solidarietà tra Stati membri ed equa nei confronti dei cittadini dei paesi terzi», quanto all'art. 80 TFUE per cui tali politiche «sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri, anche sul piano finanziario». L'art. 78 TFUE mantiene poi la menzionata possibilità per il Consiglio di adottare misure straordinarie in caso di particolari afflussi migratori, eliminando il limite temporale già vigente⁹².

Un altro campo nel Trattato di Lisbona in cui si fa riferimento alla solidarietà è quello dell'energia, la cui politica deve essere informata a uno «spirito di solidarietà» (artt. 194 e 122 TFUE).

Il medesimo «spirito di solidarietà tra Stati membri» è inserito nell'art. 122 che riguarda «le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia». Praticamente non novellato, invece, è il secondo paragrafo dell'art. 122 riguardante gli aiuti finanziari: il testo sostanzialmente ricalca quello originale dell'art. 103 a di Maastricht ed è possibile condividere le stesse valutazioni sulla tipologia di solidarietà a esso sottesa.

Sempre frutto della medesima logica emergenziale è la «clausola di solidarietà» di cui all'art. 222, per cui l'«Unione e gli Stati membri agiscono

⁹⁰ In tal senso G. Asaro, *Il principio di solidarietà nella politica di coesione: recenti sviluppi alla luce della crisi migratoria* cit., p. 171.

⁹¹ Su cui, *ex multis*, cfr. A. Apostoli, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità* cit., p. 32; P. Mengozzi, *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario* cit., p. 115; E. L. Tsourdi, *Solidarity at work? The prevalence of emergency-driven solidarity in the administrative governance of the Common European Asylum System*, in *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 24(5), 2017, p. 667 ss.

⁹² Sul punto G. Asaro, *Il principio di solidarietà nella politica di coesione: recenti sviluppi alla luce della crisi migratoria* cit., p. 172.

congiuntamente in uno spirito di solidarietà qualora uno Stato membro sia oggetto di un attacco terroristico o sia vittima di una calamità naturale o provocata dall'uomo».

Più problematico da collocare nel campo della solidarietà⁹³ — come sarà analizzato più nel dettaglio *infra* — è il meccanismo previsto dall'art. 136, § 3 del TFUE, per cui gli «Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità». Di nuovo si riscontrano gli elementi che si distanziano dalla tipologia di solidarietà politica e sociale: straordinarietà e temporaneità, interesse (la salvaguardia «della stabilità della zona euro nel suo insieme»), disparità e quindi condizionalità «rigorosa», che appaiono condizionare la «dimensione assiologica e teleologica» della solidarietà nei trattati⁹⁴.

3.2. *La solidarietà transnazionale tra cittadini europei ovvero il modello di welfare europeo e il suo rapporto con la cittadinanza*

Uno dei temi di indagine classici della solidarietà nell'Unione riguarda quella che viene definita «*solidarietà transnazionale tra cittadini europei*»⁹⁵, che si caratterizza per l'apertura dei sistemi nazionali di *welfare* ai cittadini di altri stati membri, anche con riferimento all'accesso alle c.d. prestazioni non contributive, includendo inoltre tra i beneficiari anche i cittadini non economicamente attivi⁹⁶. Appare importante notare che, come è stato correttamente osservato, «la cittadinanza europea viene invocata non per chiamare l'entità attributiva di tale *status* (l'UE) a garantire un comune plafond di diritti sociali (per cui mancherebbero le competenze), bensì per

⁹³ *Contra* *ivi*, p. 173.

⁹⁴ F. Polacchini, *Solidarietà, doveri e cittadinanza europea*, in M. Campus – S. Dorigo – V. Federico *et al.* (a cura di), *Pago, dunque sono (cittadino europeo). Il futuro dell'UE tra responsabilità fiscale, solidarietà e nuova cittadinanza europea*, Firenze, 2022, p. 20; sul punto anche in F. Polacchini, *Doveri costituzionali e principio di solidarietà*, Bologna, 2016, p. 460.

⁹⁵ Così A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., p. 144; S. Giubboni, *La solidarietà come «scudo». Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, 3, 2018, p. 591.

⁹⁶ In tal senso A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., p. 144; S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico*, in *Politiche Sociali*, 1, 2016, p. 170; G. Asaro, *Il principio di solidarietà nella politica di coesione: recenti sviluppi alla luce della crisi migratoria* cit., p. 167.

chiamare i singoli Stati membri a farsi carico dei diritti sociali anche dei non-nazionali»⁹⁷.

Tale configurazione di un “welfare europeo” — o, più propriamente, di apertura ai cittadini europei del *welfare* nazionale — si è affermata, in particolare, a seguito di un’importante ondata giurisprudenziale della Corte di Giustizia, alla quale, tuttavia, è seguita una altrettanto profonda risacca — o forse più propriamente *resaca*⁹⁸ — tale da metterne in crisi tutti gli approdi più rilevanti. La dottrina distingue la giurisprudenza in materia, avviatasi a partire dalla sentenza *Martínez Sala*⁹⁹, secondo due principali tendenze.

La prima traiettoria è quella che, a partire dagli artt. 18 e 21 del TFUE, secondo i principi della parità di trattamento e della libertà di circolazione e di fissazione della residenza in un altro stato membro, ha costruito «un nuovo statuto universalistico di accesso transnazionale ai diritti sociali»¹⁰⁰. Uno dei tratti essenziali di tale tendenza è stata quello di un’estensione progressiva, seppur solo tendenziale e mai definitiva¹⁰¹, al cittadino dell’Unione in quanto tale (che dimostri un determinato legame d’integrazione con la società del paese ospitante) di «quegli stessi potenti meccanismi di de-nazionalizzazione (e, in parte, di de-territorializzazione) della cittadinanza sociale, che il Trattato di Roma aveva originariamente riservato ai soggetti economicamente attivi, e ai lavoratori subordinati in particolare, come fondamentale veicolo di integrazione funzionale del mercato comune»¹⁰². Tuttavia, tale impostazione, in assenza di precisi approdi testuali¹⁰³, scontava sia i limiti intrinseci di una giurisprudenza sostanzialmente *case-based*, sia i limiti dell’approccio teorico adottato dalla Corte. Più nel dettaglio, l’apertura della Corte comunque si basa su un’impostazione legale che vede nel cittadino europeo lavoratore (subordinato) il riferimento e il cittadino non lavoratore a esso equiparato

⁹⁷ A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., p. 144.

⁹⁸ Il termine *resaca* è traducibile in italiano come la “risacca” dell’onda, tuttavia in castigliano assume anche il significato di “postumi della sbornia”.

⁹⁹ CGCE, sent. 12 maggio 1998, causa C-85/96, *María Martínez Sala c. Freistaat Bayern*. Sul punto si veda S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 1, 2008, p. 27.

¹⁰⁰ S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico* cit., p. 170.

¹⁰¹ Cfr. S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà* cit., p. 56.

¹⁰² S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico* cit., p. 170.

¹⁰³ Sul punto S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà* cit., p. 24.

solo in determinate condizioni¹⁰⁴. Pertanto, essa continua a basarsi sulla stessa «logica funzionalistica» e sulla medesima «ratio mercantile» della libertà di circolazione originaria¹⁰⁵, operando quella che è stata definita «una sorta di radicalizzazione e di generalizzazione di quelle stesse premesse concettuali, ora rivivificate dall'afflato universalistico e unificante della cittadinanza europea»¹⁰⁶.

La seconda traiettoria giurisprudenziale — più tarda e «dalle basi ancor più fragili della prima»¹⁰⁷ — prende origine dalla sentenza *Zambrano*¹⁰⁸ e si caratterizza per il tentativo di sganciare i diritti scaturenti dalla cittadinanza dal concreto esercizio della libertà di circolazione tra stati, divenendo quindi una fonte autonoma di diritti e obblighi¹⁰⁹. Tale traiettoria interpretativa, se fosse stata effettivamente portata a compimento, avrebbe potuto determinare un mutamento radicale della concezione della cittadinanza: se non al livello della portata costituzionale del concetto¹¹⁰, quantomeno uno spazio autonomo di diritti e valori¹¹¹.

La crisi economico-finanziaria della fine del primo decennio degli anni Duemila, tuttavia, ha fatto registrare un netto cambio di passo nella giurisprudenza della Corte di giustizia — che sembra essersi quasi del tutto allineata alle posizioni politiche di alcuni paesi¹¹² fatte poi sostanzialmente proprie dalla Commissione europea¹¹³ — che, a partire dalle sentenze

¹⁰⁴ Cfr. *ivi*, p. 56.

¹⁰⁵ S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico* cit., p. 170.

¹⁰⁶ *Ibidem*.

¹⁰⁷ *Ivi*, p. 171.

¹⁰⁸ CGUE, sent. 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi*.

¹⁰⁹ Sul punto C. M. Cantore, *La sentenza Zambrano della CGUE: Una 'rivoluzione copernicana'?*, in *Diritticomparati.it*, 13 giu. 2011.

¹¹⁰ Sui limiti della cittadinanza europea, si veda G. Azzariti, *La cittadinanza. Appartenenza, partecipazione, diritti delle persone*, in *Diritto pubblico*, 2, 2011, p. 440.

¹¹¹ In tal senso S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico* cit., p. 171.

¹¹² In particolare Austria, Germania, Paesi Bassi e Regno Unito, sul punto A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., p. 128.

¹¹³ Cfr. *ibidem*.

Alessandro Francescangeli
La solidarietà europea alla luce del Recovery Plan

Brey¹¹⁴ e Dano¹¹⁵ e poi Alimanovic¹¹⁶ e Commissione c. Regno Unito¹¹⁷, ha valorizzato fortemente i limiti posti alla legalità della residenza come prerequisiti per l'accesso alle prestazioni sociali¹¹⁸, con esiti (volutamente?) paradossali.

Più nel dettaglio, nel momento in cui i requisiti per il soggiorno superiore ai tre mesi previsti dalla direttiva 2004/38/CE — e cioè «di disporre, per se stesso e per i propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione malattia che copra tutti i rischi nello Stato membro ospitante» (art. 7) — diventano requisito di accesso alle prestazioni sociali, si attiva un meccanismo paradossale visto che «la richiesta di assistenza sociale nello Stato membro ospitante implica — pressoché automaticamente — la prova della insussistenza dei requisiti prescritti dalla Direttiva 2004/38 per poter soggiornare legalmente per un periodo superiore ai tre mesi»¹¹⁹. Inoltre, ulteriore paradosso appare quello dell'«onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante»: se infatti tale onere è interpretato in modo individualizzato rispetto alla singola prestazione, essa non potrà mai, *in re ipsa*, condurre a una insostenibilità del sistema delle prestazioni assistenziali, mentre se lo si interpreta in maniera sistemica, ogni prestazione, anche la meno dispendiosa, poiché generalizzabile verso un numero potenzialmente illimitato di individui, potrebbe portare al collasso dell'intero sistema assistenziale e quindi venire negata¹²⁰.

Il modello di “welfare europeo” così determinato si lega — secondo il rapporto tra solidarietà e determinazione del vincolo sociale già analizzato — alla definizione teorica della cittadinanza europea¹²¹, la quale, tuttavia, per i motivi menzionati, non sembra riuscita a «recidere il legame originario con

¹¹⁴ CGUE, sent. 19 settembre 2013, causa C-140/12, *Pensionsversicherungsanstalt c. Peter Brey*.

¹¹⁵ CGUE, sent. 11 novembre 2014, causa C-333/13, *Elisabeta Dano et al. c. Jobcenter Leipzig*.

¹¹⁶ CGUE, sent. 15 settembre 2015, causa C-67/14, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa Alimanovic*.

¹¹⁷ CGUE, sent. 14 giugno 2016, causa C-308/14, *Commissione europea c. Regno Unito*.

¹¹⁸ Si veda S. Giubboni, *La solidarietà come «scudo»* cit., p. 599.

¹¹⁹ S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico* cit., p. 179.

¹²⁰ In tal senso A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., p. 27.

¹²¹ Sul punto, cfr. M. Campus *et al.*, *Pago, dunque sono (cittadino europeo)* cit., p. 7.

il conio del *market citizen*¹²², tanto da configurarsi più come uno *status* personale che come una forma di cittadinanza costituzionalmente intesa¹²³. A tale regresso della solidarietà a livello di accesso alle prestazioni sociali, fa poi da sponda la collegata evoluzione della solidarietà a «livello macro», cioè dei rapporti tra gli stati nell'impostazione macroeconomica dell'unione monetaria¹²⁴.

In merito all'analisi dei testi dei trattati istitutivi con riferimento alla solidarietà, sono quindi distinguibili due principali fasi: una prima — quella degli originali trattati CECA e CEE — sostanzialmente priva di riferimenti e ancor più di applicazioni del principio di solidarietà¹²⁵; e una seconda fase, avviata dalla Carta dei diritti fondamentali e portata a termine dal Trattato di Lisbona che ha «generosamente cosparso i testi in vigore del TUE e TFUE di richiami alla solidarietà»¹²⁶. L'impostazione iniziale, invero, non deve stupire: l'iniziale progetto integrativo si basava sull'idea per cui le istituzioni europee «deputate alla instaurazione di un mercato comune prima settoriale e poi generale tra i paesi membri, avrebbero dovuto preservare intatte le dinamiche di funzionamento dei sistemi sociali nazionali, allora in fase di ricostruzione e sviluppo»¹²⁷, secondo un sistema duale di mutuo aiuto e rafforzamento tra affermazione delle istituzioni europee e riaffermazione dello stato nazionale, nella nota espressione del «salvataggio europeo dello stato nazionale»¹²⁸. In tal senso, nell'Europa del secondo dopoguerra — almeno fino agli anni Settanta — non appare «troppo avventuroso affermare che i due processi (creazione del mercato unico e rafforzamento della protezione sociale) si siano rinsaldati a vicenda, almeno per un po' di tempo»¹²⁹.

Tale «combinazione virtuosa tra forti sistemi di protezione sociale nazionali — solo coordinati ed assai parcamente armonizzati a livello comunitario — ed integrazione economica sopranazionale»¹³⁰, tuttavia,

¹²² S. Giubboni, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico* cit., pp. 170-171.

¹²³ In tal senso A. J. Menéndez – E. D. H. Olsen, *Challenging European Citizenship. Ideas and Realities in Contrast*, Houndsmill, 2020, p. 166.

¹²⁴ Sul punto S. Giubboni, *La solidarietà come «scudo»* cit., p. 605.

¹²⁵ Così S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 544.

¹²⁶ *Ibidem*.

¹²⁷ *Ibidem*.

¹²⁸ Così A. S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, 2ª ed., London-New York, 2000; su cui recentemente M. Dani – A. J. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?*, in *DPCE online*, 1, 2020, p. 289 ss.

¹²⁹ A. J. Menéndez, *The Sinews of Peace* cit., p. 376.

¹³⁰ S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 545.

entra in crisi almeno dalla fine degli anni Settanta, dove emerge una chiara tensione tra il perseguimento dei due diversi obiettivi: le dinamiche del mercato comune, infatti, «portano a sfide di fatto e di diritto alla base economica, sociale e giuridica del *welfare state*»¹³¹. Ciò avviene attraverso almeno due processi convergenti: quello dell’impatto crescente delle libertà economiche fondamentali e delle regole concorrenziali e quello della progressiva imposizione del concetto di stabilità macroeconomica nell’ambito del processo di adozione della moneta unica¹³².

Per quanto concerne il primo dei due aspetti, a svolgere un ruolo determinante, conformemente alla spinta politica che dà la Commissione in tal senso¹³³ è la Corte di giustizia. La stessa, infatti, sostanzialmente a trattati invariati, appare compiere un radicale mutamento di paradigma nell’interpretazione delle libertà economiche fondamentali: esse passano dal definire un modello di concorrenza del tipo «*state regulation under non-discrimination*»¹³⁴, ovvero «un sistema in cui gli Stati mantengono poteri di regolamentazione, ma sono allo stesso tempo tenuti a non discriminare prodotti o persone straniere nell’esercizio di tali poteri»¹³⁵, a un sistema basato sul «mutuo riconoscimento» delle rispettive decisioni regolatorie del sistema concorrenziale. Nel primo caso, infatti, «l’obiettivo di creare un *mercato interno* è declinato nel senso di istituire un *mercato comune*, all’interno del quale gli stati membri sono tenuti ad assicurare parità di trattamento ai cittadini di altri stati membri, senza che il contenuto di questo trattamento sia in alcun modo definito dal diritto comunitario»¹³⁶.

Il mutamento di prospettiva avviene col passaggio — dalla «natura squisitamente politica»¹³⁷ — al c.d. *mercato unico*, le cui scaturigini giurisprudenziali sono rinvenibili nella nota sentenza *Cassis de Dijon*¹³⁸: la Corte di giustizia avvia così una giurisprudenza che eleva «l’idea dell’accesso al mercato (in luogo del divieto di discriminazione in base alla nazionalità) come principale criterio di regolamentazione del mercato interno e creando

¹³¹ Cfr. A. J. Menéndez, *The Sinews of Peace* cit., p. 376.

¹³² In tal senso S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 545.

¹³³ Cfr. *ibidem*.

¹³⁴ M. Poiares Maduro, *We The Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Oxford-Portland, 1998, p. 143.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ M. Dani – A. J. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?* cit., p. 307.

¹³⁷ *Ibidem*.

¹³⁸ CGCE, sent. 20 febbraio 1979, causa C-120/78, *Rewe-Zentral AG c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein*.

le premesse per uno sviluppo dell'integrazione economica secondo un modello di tipo competitivo»¹³⁹. L'assenza (perlomeno in quel primo periodo) di un'armonizzazione delle regole a livello europeo, la mancanza di una solida dimensione sociale nel progetto europeo porta al c.d. *social dumping*¹⁴⁰, facilitato e coadiuvato dall'interpretazione delle libertà di stabilimento e di circolazione dei capitali fornita dalla Corte di giustizia¹⁴¹, aprendo la strada alla possibilità di scelta, da parte delle imprese, dei paesi con standard sociali e fiscali minori, nonché a una concorrenza al ribasso degli stati sulle tutele sociali e lavorative e la fiscalità¹⁴².

Parallelamente, il processo di costruzione dell'unione monetaria avviato nell'autunno del 1978 con l'accordo sul Sistema monetario europeo (SME)¹⁴³ ha determinato un sempre più pervasivo controllo sulle politiche di bilancio degli stati membri. Il principale effetto riscontrabile — ai fini del presente discorso — appare quello di «una progressiva, inarrestabile erosione dell'autonomia già goduta da parte degli Stati membri nel campo delle rispettive politiche fiscali e sociali (il perno della funzione redistributiva su cui poggiano i sistemi nazionali di solidarietà), perdita tuttavia non compensata dalla ricostruzione di un congruo apparato per interventi di “integrazione positiva” al livello dell'Unione europea»¹⁴⁴.

È proprio il varo dell'unione economica e monetaria (UEM) a far emergere un'ulteriore funzionalizzazione della *solidarietà transnazionale*. Se infatti essa si è caratterizzata per la sua funzionalizzazione al mercato unico nell'ambito della libera circolazione dei lavoratori, nell'ambito della UEM essa appare trasformarsi, diventando strumento di sfogo degli squilibri

¹³⁹ M. Dani – A. J. Menéndez, *È ancora possibile riconciliare costituzionalismo democratico-sociale e integrazione europea?* cit., p. 309. Sul punto si veda anche M. Dani – A. J. Menéndez, *Costituzionalismo europeo* cit., p. 59.

¹⁴⁰ In tal senso A. J. Menéndez, *The Sineus of Peace* cit., p. 376.

¹⁴¹ Cfr. CGCE, sent. 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros Ltd c. Erbverns- og Selskabsstyrelsen*; nonché le successive sentt. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line* e 18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*; su cui, ex multis, M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2, 2008, p. 371 ss.

¹⁴² In tal senso A. J. Menéndez, *The Sineus of Peace* cit., p. 376.

¹⁴³ A livello del dibattito politico italiano l'adesione allo Sme segna, dopo il voto parlamentare del 1979, la fine di ogni tentativo di ingresso del Partito comunista italiano nella compagine governativa; sul punto parla di Pci «rinsavito» nel voto contrario allo Sme, S. Cesaratto, *Sei lezioni di economia. Conoscenze necessarie per capire la crisi più lunga (e come uscirne)*, Reggio Emilia, 2016, § 5.5.

¹⁴⁴ S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 546.

dell'unione monetaria¹⁴⁵. Difatti, un sistema come quello della UEM basato sulla forte competizione tra stati in un'area a cambio fisso¹⁴⁶, si basa, almeno teoricamente, su una mobilità dei lavoratori (*recte*: dei soggetti in cerca di lavoro) — e sulla deflazione salariale¹⁴⁷ — per il suo riequilibrio (teorico) in caso di *shock* asimmetrici¹⁴⁸. Il sistema di *welfare* europeo, quindi, «in assenza di trasferimenti para-federali, non solo ammette ma *implica*, in caso di shock asimmetrici tale solidarietà finanziaria tra cittadini europei»¹⁴⁹. Non solo, quindi, quanto sostiene la Corte di giustizia nella sentenza *Grzelczyk*¹⁵⁰, per la quale è necessaria «una certa solidarietà finanziaria dei cittadini di tale Stato con quelli degli altri Stati membri, specie quando le difficoltà cui va incontro il beneficiario del diritto di soggiorno sono di carattere temporaneo»¹⁵¹: la solidarietà appare necessariamente di carattere strutturale anche per il funzionamento dell'UEM per come è oggi (prescindendo comunque in tale sede dall'analisi dei costi sociali delle migrazioni, piuttosto che dei costi delle migrazioni sui sistemi sociali).

3.4. *C'è solidarietà nei meccanismi di stabilità macroeconomica?*

Uno dei temi su cui si è sviluppata la riflessione dottrinale con particolare intensità soprattutto a partire dalla crisi economica, è stato quello dell'ascrivibilità al paradigma della solidarietà tanto dei meccanismi di stabilità presenti all'interno del sistema dell'Unione, quanto quelli creati e/o utilizzati per il “contrasto” degli effetti della crisi economica¹⁵².

In primis, quindi, occorre analizzare le regole di stabilità macroeconomica vigenti in tempi ordinari. Come è noto, la disciplina di bilancio oggi vigente pone le proprie origini nel Trattato di Maastricht ed è stata compiutamente elaborata nel Patto di stabilità e crescita (PSC), firmato

¹⁴⁵ Per una lettura nei sensi di una sostanziale diversità, nonché di un possibile conflitto, tra il mercato unico e l'unione monetaria si veda O. Chessa, *La costituzione della moneta* cit., p. 481.

¹⁴⁶ Per tutti *ivi*, p. 464.

¹⁴⁷ A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., p. 127.

¹⁴⁸ Sul punto P. De Grauwe, *Economia dell'unione monetaria*, 10^a ed., Bologna, 2016, p. 100; A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., pp. 127 e 139.

¹⁴⁹ *Ivi*, p. 140.

¹⁵⁰ CGCE, sent. 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk c. Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*.

¹⁵¹ *Ivi*, § 44.

¹⁵² Cfr. A. Schillaci, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea. Appunti sul principio di solidarietà*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2017, p. 48; F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., p. 161.

nel 1997, e nei relativi regolamenti attuativi nell'ambito di implementazione della UEM¹⁵³. In estrema sintesi, l'implementazione dell'unione monetaria si è basata sul generale compromesso politico per cui la stessa, accelerata sostanzialmente da posizioni italiane e francesi a seguito della riunificazione tedesca, fosse accettata dalla sponda orientale del Reno a condizione di prevedere come elementi fondamentali quelli della dottrina economica dominante in Germania (in particolare di matrice ordoliberal¹⁵⁴) e sul necessario rispetto di una serie di parametri volti a ridurre le problematiche della “non ottimalità” dell'area valutaria comune (in particolare sugli squilibri macroeconomici commerciali verso l'esterno¹⁵⁵).

L'assetto che ne è derivato ha visto la divisione tra politiche fiscali, affidate agli stati ma sotto lo stretto rigore delle regole macroeconomiche, e politiche monetarie, affidate a una Banca centrale europea dotata di un tasso di CBI (*central bank independence*) addirittura più marcato del modello originario della Banca federale tedesca¹⁵⁶, predisposta all'obiettivo primario della stabilità dei prezzi (basso e stabile *inflation target*) e indipendente rispetto al decisore politico, tanto nazionale quanto europeo, rispetto alla determinazione dei tassi di interesse tanto delle operazioni finanziari quanto dei titoli di stato.

Le politiche fiscali, di competenza degli stati, sono state quindi sottoposte a una serie di regole fiscali (c.d. *balanced budget rules*) volte a vincolare il bilancio al sostanziale pareggio così da mantenere il debito pubblico al di sotto di una soglia “sostenibile” (priva di rischi di insolvenza,

¹⁵³ Sul punto, recentemente, E. Mostacci, *Fedele a se stessa: uem, coordinamento delle politiche economiche e processi democratici*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 4, 2020, p. 1025 ss.

¹⁵⁴ Sul punto, cfr. C. Kaupa, *The pluralist character of the European economic constitution* cit.; A. Guazzarotti, *Quanto è pluralista la “costituzione economica europea”? Si prega di riformulare la domanda*, in *Rivista Aic*, 3, 2018, pp. 1-13.

¹⁵⁵ Sul punto S. Cesaratto, *Chi non rispetta le regole? Italia e Germania, le doppie morali dell'euro*, Reggio Emilia, 2018.

¹⁵⁶ L'indipendenza della Bundesbank — per quanto fosse una regola “aurea” del diritto costituzionale dell'economia tedesco — era infatti garantita da un mero atto avente forza di legge (*Gesetz über die Deutsche Bundesbank*, 26 lug. 1957) e non inserita in dei trattati modificabili solo all'unanimità. Inoltre, il *BBankG*, al § 12, disponeva che «Nell'adempimento dei suoi compiti, la *Deutsche Bundesbank* è tenuta a sostenere la politica economica generale del Governo federale. Nell'esercizio dei poteri conferitile dalla presente legge, essa sarà indipendente dalle istruzioni del Governo federale» (si riporta la traduzione della formulazione originaria, ma il testo novellato non apporta modifiche sostanziali sul punto). Sull'indipendenza della banca centrale si veda in generale O. Chessa, *La costituzione della moneta* cit., p. 265; M. Pivetti, *Maastricht and the Political Independence of Central Banks: Theory and Facts*, in *Contributions to Political Economy*, 15(1), 1996, p. 81 ss.

anche parziale, per capitale prestato e interessi)¹⁵⁷. Il rispetto di tali regole è stato primariamente demandato alla “disciplina del mercato”, cioè al “giudizio” della finanza privata nella regolazione dei tassi di interesse dei titoli di stato e, quindi, della sostenibilità delle politiche pubbliche di spesa e, in via secondaria e successiva, una volta appurata l’erroneità di tale ipotesi, a una serie di regole e sanzioni — queste ultime rimaste storicamente sostanzialmente sulla carta — previste nei trattati europei e in alcuni accordi firmati parallelamente dagli stati¹⁵⁸.

Secondo alcuni autori, i comportamenti cui sono tenuti gli stati possono essere inquadrati secondo una logica di solidarietà¹⁵⁹. Pur scontando tale visione i limiti di un’idea di solidarietà come «modalità di coesione di gruppo, grazie alla quale i singoli membri agiscono all’unisono»¹⁶⁰ — cioè quella *solidarietà di produzione* che si era commentata con riferimento alla dichiarazione di Schuman¹⁶¹ — tale posizione assume interesse nell’analisi in oggetto. Secondo tale visione sono riscontrabili due forme di solidarietà: una *negativa* e una *positiva*. La prima implicherebbe comportamenti autonomi degli stati i quali avrebbero effetti positivi per l’interesse generale, mentre la seconda si caratterizza per un’azione nell’interesse generale attraverso comportamenti che avvantaggiano direttamente altri stati¹⁶². Nella prima categoria rientrerebbe il mero rispetto delle regole del Patto di stabilità e crescita, mentre nella seconda alcuni strumenti di risposta alla crisi quali il Meccanismo europeo di stabilità (MES)¹⁶³. Ulteriore differenziazione sarebbe riscontrabile tra una solidarietà *fattuale* e una *normativa*, la prima derivante dai vincoli di fatto derivanti

¹⁵⁷ Sul punto si veda O. Chessa, *La costituzione della moneta* cit., p. 398.

¹⁵⁸ Per un’analisi ampia e completa della questione, dal punto di vista del principio di solidarietà, si veda, anche per i relativi riferimenti bibliografici, F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell’Unione europea e governance economica europea* cit., §§ 3 e 4.

¹⁵⁹ *Ex pluribus*, V. Borger, *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area*, in *European Constitutional Law Review*, 9(1), 2013, p. 11.

¹⁶⁰ Ivi, p. 9; cfr. A. McDonnell, *Solidarity, Flexibility, and the Euro-Crisis: Where Do Principles Fit In?*, in L. S. Rossi – F. Casolari (a cura di), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties?*, Cham, 2014, p. 60.

¹⁶¹ Cfr. *supra*, p. 3.

¹⁶² In tal senso V. Borger, *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area* cit., p. 11.

¹⁶³ Su cui, recentemente, A. Mangia (a cura di), *MES. L’Europa e il trattato impossibile*, Brescia, 2020.

dall'ingresso nella UEM, mentre la seconda derivante dall'imposizione normativa del principio di stabilità macroeconomica¹⁶⁴.

Appaiono tuttavia evidenti anche i limiti di tale approccio rispetto al concetto di solidarietà: se la stessa diventa una mera messa in comune di utilità e si spoglia di qualsiasi valutazione sulle modalità e sui valori reggenti tale comunione di interessi, può diventare contenitore di qualsiasi modalità relazionale tra i soggetti, anche in senso contrario al principio solidale storicamente e costituzionalmente inteso. Non sorprende quindi — anzi appare opportuno concordare con — chi rileva una diversa caratterizzazione delle regole macroeconomiche, approntate al principio concorrenziale in luogo e in contrapposizione a quello solidale tra gli stati¹⁶⁵. Altrimenti, si rischia abbracciare una visione contrattualistica di tipo privatistico del rapporto tra gli stati, ripiegando l'idea di solidarietà su quella di buona fede, confondendo il dovere al rispetto dei patti con i doveri inderogabili di solidarietà. In tal senso, la costruzione europea più che una comunità basata su un'unione politica assomiglierebbe al principio privatistico del *condominio* più che a quello politico di *comunità*.

Ciò appare coerente con l'impostazione tenuta dalla Corte costituzionale federale tedesca, che nella sua giurisprudenza ha sempre sostenuto che la UEM dovesse considerarsi una «comunità di stabilità» (*Stabilitätsgemeinschaft*), di cui componenti essenziali appaiono la disciplina di bilancio finalizzata alla convergenza dei criteri macroeconomici a garanzia del principio cardine della stabilità dei prezzi nonché l'indipendenza e il divieto di finanziamento monetario, sia diretto che indiretto, della Banca centrale europea¹⁶⁶.

Il rispetto delle regole di stabilità macroeconomica non appare quindi riconducibile al principio di solidarietà, costituzionalmente inteso, a meno che, tali regole, non pongano obblighi di solidarietà (non risultando, però,

¹⁶⁴ In tal senso V. Borger, *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area* cit., p. 11; sul punto cfr. A. McDonnell, *Solidarity, Flexibility, and the Euro-Crisis: Where Do Principles Fit In?* cit., p. 77; A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., p. 147; F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., p. 156.

¹⁶⁵ Cfr. sul punto E. Mostacci, *Il fascino discreto della competizione. Legami di solidarietà e pressione competitiva nel processo di integrazione europea*, in *DPCE online*, 4, 2015, p. 147; S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 547; A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa* cit., p. 133.

¹⁶⁶ *BVerfGE* 89, 155, del 12 ottobre 1993 (*Maastricht*); *BVerfG*, 2 BvR 1390/12, 12 settembre 2012, § 219 (*MES/Fiscal Compact*); sul punto cfr. F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., p. 131; S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 547; E. Olivito, *Atto primo: Il Bundesverfassungsgericht rinvia alla Corte di giustizia su OMT e poteri della BCE. Un'occasione per il futuro dell'Unione europea?*, in *Costituzionalismo.it*, 1, 2013, p. 5.

elementi in tal senso). Più difficile definire se il mancato rispetto delle regole possa determinare comportamenti anti-solidali. In linea generale come il rispetto delle norme — che sul piano internazionale si traduce nel brocardo *pacta sunt servanda* — non si traduce automaticamente in un’espressione del principio di solidarietà e così il suo contrario, la violazione delle regole, non si traduce automaticamente in un comportamento anti-solidale. Anzi, il principio di solidarietà può essere anche invocato *contro* le norme, come causa giustificatrice della loro violazione¹⁶⁷.

Tuttavia, appaiono riscontrabili casi in cui il mancato rispetto delle regole possa ricondursi *anche* a una violazione dei doveri di solidarietà nella misura in cui ne derivi un danno per un soggetto più debole e un vantaggio per il soggetto più forte. Possono quindi considerarsi antisolidali politiche economiche *export-led* che creano squilibri all’interno di un’area economica a cambi fissi, perseguite tra l’altro attraverso la relativa — rispetto alla produttività — moderazione salariale¹⁶⁸, come potrebbero definirsi latamente anti-solidali politiche frutto di “azzardo morale” — qualora esse si siano mai verificate¹⁶⁹ — con riguardo all’indebitamento per la sovvenzione di politiche interne e un successivo salvataggio in conto a stati terzi. Tuttavia, in quest’ultimo caso, appare difficilmente ipotizzabile un effetto anti-redistributivo: è il soggetto povero che potrebbe approfittarsi tramite “*moral hazard*” di quello ricco, e non viceversa, ragione per la quale appare difficile ricondurre gli effetti di tale comportamento in una prospettiva anti-solidale strettamente intesa. Gli effetti anti-solidali di una specifica violazione delle regole, tuttavia, appaiono valutabili solo nel caso specifico, analizzando anche le diverse interazioni tra i vari livelli della solidarietà e i vari soggetti posti in relazione. In altre parole, se da un lato appare agevole evidenziare cosa sia coerente con il principio di solidarietà, dal lato opposto le cose si complicano, in quanto i confini tra ciò che è avulso dalla solidarietà e ciò che è contrario rispetto alla stessa (anti-solidale) non appaiono così definiti.

Questo, tuttavia, non basta per non far condividere la posizione di chi, guardando alle regole europee, le valuta estranee o addirittura

¹⁶⁷ Sulle cui implicazioni costituzionali cfr. G. Azzariti, *Diritto e conflitti* cit., p. 279; A. Buratti, *Dal diritto di resistenza al metodo democratico. Per una genealogia del principio di opposizione nello stato costituzionale*, Milano, 2006.

¹⁶⁸ Sul punto cfr. S. Cesaratto, *Chi non rispetta le regole?* cit.; A. Somma, *L’altra faccia della Germania. Sinistra e democrazia economica nelle maglie del neoliberismo*, Roma, 2015.

¹⁶⁹ Cfr. P. De Grauwe, *The Eurozone as a Morality Play*, in *Intereconomics*, 5, 2011, pp. 230-231.

confliggenti con il principio di solidarietà¹⁷⁰. La c.d. *no bail out clause* di cui agli artt. 125 TFUE — unitamente agli artt. 123 e 124 del medesimo trattato, riguardanti rispettivamente i divieti di facilitazioni creditizie e di accesso privilegiato alle istituzioni finanziarie — che proibisce tanto all’Unione quanto agli stati membri di rispondere e di farsi carico degli impegni economici pubblici, affermando quindi «il principio dell’autonomia dei bilanci nazionali e della piena responsabilità di ciascuno Stato o altra autorità, ente o impresa pubblica per il proprio debito»¹⁷¹, appare vietare, esplicitamente, meccanismi improntati al principio di solidarietà nei rapporti macroeconomici nell’Unione. Il meccanismo di sostanziale delega alla “disciplina” dei mercati della sorveglianza delle politiche pubbliche — per quanto erroneo e inverosimile¹⁷² —, non solo mette gli stati in competizione tra loro¹⁷³, ma assegna alle «virtù pedagogiche»¹⁷⁴ dei soggetti privati detentori di capitale, il cui fine è il profitto, un determinante potere di influenza sulle politiche (che dovrebbero essere) determinate dal circuito democratico¹⁷⁵. In tal modo, gli stati membri «sapendo di non poter contare sulla solidarietà dei propri *partner*, dovrebbero quindi far affidamento soltanto sulle proprie capacità di finanziarsi sui mercati, affrontando eventuali aggravii delle condizioni di prestito che i mercati stessi dovessero loro imporre»¹⁷⁶.

¹⁷⁰ In tal senso *ex pluribus*, S. Cafaro, *Unione monetaria e coordinamento delle politiche economiche. Il difficile equilibrio tra modelli antagonisti di integrazione europea*, Milano, 2001, p. 13; S. Giubboni, *Solidarietà* cit., p. 546; cfr. F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell’Unione europea e governance economica europea* cit., p. 138.

¹⁷¹ Ivi, p. 139.

¹⁷² Sul punto M. L. Tufano, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 3, 2002, p. 510; A. Viterbo – R. Cisotta, *La crisi della Grecia, l’attacco speculativo all’euro e le risposte dell’Unione europea*, in *Il diritto dell’Unione europea*, 4, 2010, p. 968.

¹⁷³ Cfr. E. Mostacci, *Il fascino discreto della competizione* cit., p. 139.

¹⁷⁴ M. L. Tufano, *Il principio del no bail-out nel diritto comunitario* cit., p. 507.

¹⁷⁵ Sul punto E. Mostacci, *Fedele a se stessa: uem, coordinamento delle politiche economiche e processi democratici* cit.

¹⁷⁶ A. Viterbo – R. Cisotta, *La crisi della Grecia, l’attacco speculativo all’euro e le risposte dell’Unione europea* cit., p. 968.

Il meccanismo previsto dall'art. 136 TFUE, ultimo paragrafo¹⁷⁷ — introdotto nel 2011 e entrato in vigore due anni dopo¹⁷⁸ — non pare infatti riuscire a bilanciare il “divieto di solidarietà” del *no bail-out*, anzi sembra rafforzarne portata e criticità. A spiegare la *ratio* della disposizione in oggetto viene in ausilio la posizione della Corte costituzionale tedesca che, esaminando le operazioni “non convenzionali” della BCE, evidenzia come «il PSPP migliora le condizioni di rifinanziamento degli Stati membri nella misura in cui consente loro di ottenere prestiti sui mercati finanziari a condizioni migliori di quanto sarebbe stato altrimenti»¹⁷⁹. Inoltre tale programma potrebbe «avere lo stesso effetto degli strumenti di assistenza finanziaria adottabili ai sensi dell'art. 12 e ss. del Trattato sul MES», con il rischio di disincentivare gli Stati membri «dall'adottare riforme finalizzate a una sana politica di bilancio»¹⁸⁰.

Il ricorso al MES — ovvero al meccanismo istituito sulla base dell'art. 136 TFUE, esterno al diritto dell'Unione, ma obbligato a rispettarlo¹⁸¹ — non deve essere quindi disincentivato da operazioni della BCE. Questo perché l'acquisto di titoli — anche dal mercato secondario — ha come effetto economico da un lato quello di abbassare il tasso di interesse sui titoli e, quindi di “limitare” la sanzione dei mercati e, dall'altra, evitare la necessità del ricorso a strumenti quali il MES, caratterizzati da onerosità, gerarchia e, soprattutto, condizionalità. In altri termini: sarebbe un aiuto “gratuito” e come tale incompatibile con i principi regolanti la convergenza

¹⁷⁷ «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità della zona euro nel suo insieme. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità».

¹⁷⁸ L'introduzione di tale previsione è stata approvata dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011, secondo la procedura semplificata di modifica dei trattati, ed è entrata in vigore il 1° marzo 2013 a seguito della ratifica degli allora ventisette stati membri dell'Unione.

¹⁷⁹ *BVerfG*, sent. 5 maggio 2020, 2 BvR 859/15, § 170. Si riprende la traduzione da A. Guazzarotti, *Cose molto cattive sulla ribellione del Tribunale costituzionale tedesco al Quantitative easing della BCE*, in *lacostituzione.info*, 10 mag. 2020.

¹⁸⁰ Al § 171 della sentenza citata.

¹⁸¹ È questa l'interpretazione data dalla Corte di giustizia nella sentenza *Pringle* (CGUE, sent. 27 novembre 2012, causa C-370/12, *Pringle c. Ireland*), dove «per proteggere il MES dalla censura di invalidità per essere venuto in essere in violazione delle competenze dell'Unione, Pringle è costretta a consentire la stipulazione di accordi internazionali tra Stati membri sovrapponibili a competenze dell'Unione ma esterni ad essa, a condizione che gli obblighi scaturenti da tali accordi rispettino il diritto Ue»; così F. Munari, *Da Pringle a Gauweiler: i tormentati anni dell'unione monetaria e i loro effetti sull'ordinamento giuridico europeo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 4, 2015, p. 734.

macroeconomica in quanto distorsivo degli effetti del mercato. La solidarietà in tal senso — intesa in ogni accezione che va dal prestito con un tasso inferiore a quello di mercato, a politiche che abbiano effetti redistributivi — non può quindi essere un effetto delle politiche della BCE o di un'altra istituzione dell'Unione.

Il quadro normativo attuale, quindi, non sembra costituire una soluzione di continuità rispetto al passato e, in particolare, alle misure adottate durante la crisi economica¹⁸², che fin da subito si sono caratterizzate per l'onerosità (prestiti concessi al tasso di interesse di mercato), eccezionalità e fortissima condizionalità, intesa nel senso di cessione di competenze e dell'esercizio di sovranità¹⁸³. Il recente processo di riforma del PSC, in tal senso, non sembra apportare novità di sorta, anzi, al contrario — ad una prima analisi — sembra addirittura porre diverse e aggravate problematicità¹⁸⁴.

In definitiva, non sembrano quindi potersi condividere le posizioni di chi vede una connessione o addirittura sovrapposibilità tra il principio di solidarietà e i meccanismi di stabilità macroeconomica.

Più nel dettaglio, le posizioni di chi sostiene la corrispondenza *hic et nunc* dei meccanismi di stabilità macroeconomica e il principio di solidarietà scontano un'incomprensione di fondo sul significato, sulla portata e sul senso del concetto di solidarietà: se la solidarietà è soltanto una modalità di azione collettiva¹⁸⁵ o il rispetto comune delle regole¹⁸⁶, se si lega strettamente

¹⁸² Sul punto A. Viterbo – R. Cisotta, *La crisi della Grecia, l'attacco speculativo all'euro e le risposte dell'Unione europea* cit., p. 966.

¹⁸³ Sul punto, in rapporto al principio di solidarietà, si vedano F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., p. 178; A. Schillaci, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea* cit., p. 48; più in generale cfr. A. Somma, *Il mercato delle riforme. Appunti per una storia critica dell'Unione europea*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 1, 2018, p. 183; sulla crisi greca rimangono imprescindibili i racconti di Y. Varoufakis, *Adulti nella stanza. La mia battaglia contro l'establishment dell'Europa*, Milano, 2018. Sul rapporto tra sovranità e democrazia, per tutti, D. Grimm, *Sovereignty. The Origin and Future of a Political and Legal Concept*, New York, 2015.

¹⁸⁴ Si consenta il rimando a A. Francescangeli, *Live in Brussels: un piano quinquennale per rifugiarsi sotto il Patto di Stabilità. Sullo stato della proposta di modifica delle regole del PSC della scorsa primavera*, in *Diritticomparati.it*, 4 dic. 2023.

¹⁸⁵ In tal senso V. Borger, *How the Debt Crisis Exposes the Development of Solidarity in the Euro Area* cit., p. 9, per il quale «solidarity is a mode of group cohesion, as a result of which individual members act in unison».

¹⁸⁶ Evidenzia vari esempi di tale impostazione F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., p. 157.

all'ambiguo concetto di responsabilità¹⁸⁷, se è emergenziale, volontaria, interessata, diseguale, condizionata, punitiva¹⁸⁸, se ha come effetto — o forse come scopo — quello di rompere i legami solidali tra individui¹⁸⁹, essa appare un concetto intrinsecamente incompatibile con l'accezione costituzionale di solidarietà politica e sociale già descritta. In altri termini, occorre rilevare quella che è stata efficacemente definita come una «contrapposizione “culturale” in merito allo stesso significato della solidarietà»¹⁹⁰ che rende inutile nonché probabilmente anche fuorviante ogni tentativo di composizione¹⁹¹.

Non appaiono, d'altra parte, nemmeno convincenti — in quanto viziate da quello che potrebbe definirsi un eccessivo *ottimismo della volontà* — le posizioni di chi fa leva sulla forza espansiva del principio di solidarietà nei confronti delle regole della UEM¹⁹². Secondo tale impostazione, non vi sarebbe «alcuna ragione per la quale la disciplina — emblematicamente incarnata dall'art. 125 TFUE, ma anche da varie altre disposizioni del sistema dell'UEM — debba prevalere sulla solidarietà; al contrario, pare possibile ritenere che un'interpretazione sistematica e teleologica delle disposizioni di diritto primario debba condurre al riconoscimento di un ruolo prevalente, almeno sul piano ermeneutico, per la solidarietà»¹⁹³. È tuttavia la stessa Corte di giustizia a smentire tale assunto, ad esempio nella sentenza *Pringle* in cui, sconfessando la posizione dell'avvocato generale, non fa mai

¹⁸⁷ Sul punto, criticamente, A. Schillaci, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea* cit., p. 50.

¹⁸⁸ B. Celati, *Misure anticrisi e prospettive di solidarietà economica per l'integrazione europea*, in *Amministrazione in cammino*, 23 lug. 2022, p. 2.

¹⁸⁹ Sul punto A. Schillaci, *Dalla crisi economica alla crisi democratica: la sfida populista alla solidarietà e l'identità europea*, in *Federalismi.it*, 13, 2020, pp. 17-18; cfr., più in generale, sull'impostazione politica delle misure “tecniche” di austerità, si vedano A. J. Menéndez, *The Crisis of Law and the European Crises: From the Social and Democratic Rechtsstaat to the Consolidating State of (Pseudo-)technocratic Governance*, in *Journal of Law and Society*, 44(1), 2017, p. 56 ss.; E. Brancaccio – M. Passarella, *L'austerità è di destra. E sta distruggendo l'Europa*, Milano, 2012.

¹⁹⁰ F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., p. 158.

¹⁹¹ Cfr., ad esempio, A. Guazzarotti, *Unione europea e conflitti tra solidarietà* cit., p. 147.

¹⁹² Si vedano, ad esempio, F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., p. 155; A. Schillaci, *Governo dell'economia e gestione dei conflitti nell'Unione europea* cit., p. 50.

¹⁹³ F. Croci, *Solidarietà tra stati membri dell'Unione europea e governance economica europea* cit., p. 155.

riferimento alla solidarietà¹⁹⁴, facendo assurgere la stabilità macroeconomica e la rigorosa condizionalità al rango di vero e proprio meta-principio del diritto dell'Unione¹⁹⁵.

In tal senso, si può quindi concordare con chi evidenzia come «il tipo di solidarietà su cui si basa l'UE oggi ha più a che fare con l'interdipendenza tra paesi che si è creata proprio attraverso l'integrazione economica (*de facto solidarity*), piuttosto che con un sentimento disinteressato e spontaneo (*affective solidarity*) che sembrava animare i trattati originari»¹⁹⁶.

Sostenere quindi che la solidarietà come principio giuridico e politico — tra l'altro nella sua accezione *costituzionale* e non *competitiva* — possa prevalere sulle norme chiare e direttamente efficaci che regolano la UEM, nonché sugli avversi e ben più strutturali principi fondamentali dell'Unione, quali la concorrenza¹⁹⁷ e le libertà economiche¹⁹⁸ non pare riuscire a oltrepassare anche le più larghe maglie del meno disincantato *pessimismo dell'intelligenza*¹⁹⁹. L'analisi empirica evidenzia poi come sia stata la pervasività di principi come la condizionalità a permeare ambiti che erano più propri della solidarietà — quali le politiche di coesione²⁰⁰ — e non viceversa.

4. *Solidarietà nel Recovery Plan*

Le misure adottate in occasione della pandemia, a livello europeo, presentano senz'altro alcuni elementi di novità rispetto al quadro descritto. Dal punto di vista della solidarietà, occorre innanzitutto analizzare le forme di finanziamento di *Next Generation EU* e, in particolare del *Dispositivo per la ripresa e la resilienza* per evidenziare la presenza di forme di solidarietà, soprattutto nell'ottica di una redistribuzione delle risorse. Come è noto, una parte delle risorse messe a disposizione degli stati è erogata sotto forma di prestiti, mentre un'altra attraverso contributi diretti c.d. “a fondo perduto”,

¹⁹⁴ Sul punto *ivi*, p. 221 ss.

¹⁹⁵ CGUE, sent. *Pringle*, cit., § 137. Si veda anche P. Mengozzi, *Note sul principio di solidarietà nel diritto comunitario* cit., p. 113.

¹⁹⁶ O. Fontana, *Tra solidarietà europea e responsabilità nazionali: la tutela dei beni pubblici europei*, in Campus *et al.* (a cura di), *Pago, dunque sono (cittadino europeo)* cit., p. 143.

¹⁹⁷ Sul punto E. Mostacci, *Il fascino discreto della competizione* cit.

¹⁹⁸ Cfr. A. J. Menéndez, *A European Union founded on capital?* cit.

¹⁹⁹ Evidenzia, in letture di diverso tenore, un «attivistico ottimismo della volontà», B. Pezzini, *Solidarietà e politiche sociali tra Costituzione e Unione europea*, in M. Campus *et al.* (a cura di), *Pago, dunque sono (cittadino europeo)* cit., p. 51.

²⁰⁰ Sul punto cfr. A. Somma, *Il mercato delle riforme* cit., p. 179; B. Celati, *Misure anticrisi e prospettive di solidarietà economica per l'integrazione europea* cit., p. 4.

la cui copertura economica deriverà dal bilancio dell'Unione europea (il quale a sua volta si finanzia attraverso devoluzioni di fondi o di potere impositivo degli stati).

4.1. *Nelle forme di finanziamento*

Il finanziamento di *Next Generation EU* si basa in prima battuta sul conferimento alla

Commissione «in via eccezionale e temporanea», del potere «limitato» di contrarre prestiti sui mercati di capitali, sulla base dell'art. 14 dell'ultima Decisione sulle risorse proprie²⁰¹. Tale scelta si pone se non in frizione, quantomeno in discontinuità, rispetto alla linea tenuta in passato con riferimento a quelle norme dei Trattati che prevedono l'obbligo del pareggio di bilancio per l'Unione (art. 310 del TFUE), nonché il divieto di assunzione delle obbligazioni degli stati da parte dell'Unione o degli altri stati membri (art. 125 TFUE)²⁰².

Appare opportuno chiedersi, a tal proposito, se l'emissione comune di debito a livello dell'Unione possa considerarsi come un'applicazione del principio di solidarietà interstatale²⁰³. A tal proposito, pare opportuno effettuare un distinguo sulla base della differenziazione operata dalla lett. b) dell'art. 5 della decisione sulle risorse proprie, dove si prevede che, dei complessivi 750 miliardi di euro di finanziamento a debito, fino a 360 miliardi di euro possono essere usati per erogare prestiti, mentre fino a 390 miliardi possono essere destinati alle spese.

Per quanto riguarda i primi, ovvero quelli che possono essere usati per essere a loro volta prestati agli stati, la fonte di finanziamento di capitale e interessi, seppur individuata nei confronti dei terzi dalla *Decisione* nel bilancio dell'Unione²⁰⁴, ai sensi della disciplina del Dispositivo per la ripresa

²⁰¹ Decisione 2020/2053 del Consiglio del 14 dicembre 2020 relativa al sistema delle risorse proprie dell'Unione europea che abroga la decisione 2014/335/UE, Euratom, §§ 14 e 22.

²⁰² Sul punto si veda F. E. Grisostolo, *Il piano "Next Generation EU" e la sua "architettura finanziaria" nella prospettiva della cittadinanza sociale europea*, in *La cittadinanza europea*, 1, 2022, p. 131 ss.

²⁰³ Cfr. S. Cecchini, *L'Europa aspira a diventare uno Stato sociale?*, in *Rivista Aic*, 4, 2021, p. 126.

²⁰⁴ Dove si legge infatti che «il rimborso del capitale e il pagamento dei relativi interessi sono a carico del bilancio dell'Unione», *Decisione* cit.

(art. 14 Regolamento RRF²⁰⁵), è in realtà traslata sugli stessi stati a cui i prestiti vengono concessi.

In altri termini, per quanto rispetto ai terzi a impegnarsi è l'intera Unione, all'interno della stessa gli stati che ottengono i prestiti dovranno ripagarli tanto nella quota capitale quanto nei costi di interesse. L'unico "beneficio" che essi ottengono è un tasso di interesse presumibilmente più basso — almeno per gli stati finanziariamente più "deboli" — rispetto a quello che avrebbero ottenuto se avessero proceduto in autonomia al proprio finanziamento sul mercato dei capitali. Tale beneficio, tuttavia, come si vedrà meglio *infra* non è "gratuito", ma rispetto alla emissione autonoma di debito pubblico da parte degli stati, è ricambiato attraverso rigorose condizionalità sull'utilizzo dei fondi. A proposito, appare opportuno evidenziare che «aiuti e sovvenzioni non esulano *per se* dal paradigma austeritario, ma rischiano di perpetuarlo allorché sono gravati da condizionalità» legate al contenimento del debito e della spesa pubblica²⁰⁶.

Appare a proposito significativo notare come la quasi totalità degli stati europei abbia ritenuto non conveniente accedere alla componente "a prestito" del *Recovery*²⁰⁷ e come per nessuno di essi, a parte l'Italia, tale componente risulti fortemente sbilanciata rispetto alle sovvenzioni dirette.

Pur tuttavia, non si può non rilevare come tale meccanismo rappresenti un inedito e assai significativo cambio di passo rispetto alla prospettiva per cui il mercato (e quindi gli *spread*) erano intesi come strumenti di "disciplina" fiscale nei confronti degli stati²⁰⁸. Per quanto un intervento dell'Unione di "calmierazione" del tasso di interesse sul debito pubblico non costituisca una novità, il dato che esso non sia svolto in via di fatto ad opera della BCE — la quale comunque è intervenuta, durante la pandemia, con uno specifico programma temporaneo di acquisto dei titoli di stato sul mercato secondario denominato *Pandemic emergency purchase programme* (PEPP)²⁰⁹ —, bensì sia frutto di una decisione pienamente politica

²⁰⁵ Regolamento (UE) 2021/241 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 febbraio 2021 che istituisce il Dispositivo per la ripresa e la resilienza.

²⁰⁶ Così M. F. De Tullio, *La ripresa è per tutti o per pochi nell'Europa post-pandemica?*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2022, p. 87.

²⁰⁷ Hanno richiesto prestiti solo Italia, Romania, Grecia, Polonia e, in piccola parte Portogallo e Slovenia.

²⁰⁸ Sul punto F. Losurdo, *L'ordine di Maastricht e l'"economia di guerra". Il nodo gordiano del debito*, in *Istituzioni del federalismo*, 1-2, 2022, p. 120.

²⁰⁹ Sull'effetto redistributivo tra stati dell'azione della BCE si veda A. Guazzarotti, *Il ruolo della Banca centrale europea nella gestione della crisi pandemica*, in E. Mostacci – A. Somma (a cura di), *Dopo le crisi. Dialoghi sul futuro dell'Europa*, Roma, 2021, p. 127.

del Consiglio, rappresenta sicuramente un passo in avanti rispetto a una, più o meno ottimistica, «tensione verso uno sviluppo solidale dell'Unione»²¹⁰.

È bene tuttavia tenere presente che, come è stato efficacemente evidenziato, «il debito pubblico si pone in una relazione ambivalente con il dovere tributario»²¹¹, essendo quest'ultimo a costituire «la più immediata e tangibile manifestazione dei doveri di solidarietà che gravano sul cittadino»²¹². Tale ambivalenza deriva dal fatto che esso consente sì «di aumentare rapidamente la spesa senza chiedere un immediato corrispondente sforzo fiscale»²¹³, ma al prezzo di uno successivo e più oneroso. In altri termini, il potere pubblico, invece di tassare la ricchezza la remunera, con chiari effetti anti-redistributivi. Per questa ragione, il ricorso al debito rappresenta uno strumento tutt'al più neutrale (se compensato nella fase impositiva) rispetto alla redistribuzione e, quindi alla solidarietà: il vero fattore determinante appare quello della fiscalità volta alla restituzione dei prestiti e al pagamento degli interessi²¹⁴, questione che tuttavia si pone all'interno degli stati e non a livello europeo.

Discorso in parte diverso è quello relativo alla componente del *Recovery* che veicola fondi sotto forma di sussidi agli stati. Il meccanismo di finanziamento è simile, nel senso che l'Unione dapprima raccoglie le risorse sul mercato dei capitali e poi le trasmette agli stati sulla base dei PNRR approvati²¹⁵: in questo caso, tuttavia, la restituzione dei prestiti contratti dall'Unione non è a carico del singolo stato membro che riceve i fondi, ma a carico del bilancio dell'Unione, ovvero dagli stati nel loro complesso. Per far fronte a tali spese straordinarie, il massimale delle risorse proprie — cioè il limite di versamento rispetto al RNL che si può destinare complessivamente al bilancio europeo — viene aumentato dello 0,6% (art. 6 della Decisione).

La questione della solidarietà nel *Recovery* si trasforma così in quella, più risalente ma non per questo non più attuale, della solidarietà nel bilancio

²¹⁰ F. Covino, *Matrice economica del principio solidaristico e tensione dell'UE verso la solidarietà politica* cit., p. 191.

²¹¹ F. E. Grisostolo, *Il piano "Next Generation EU" e la sua "architettura finanziaria" nella prospettiva della cittadinanza sociale europea* cit., p. 135.

²¹² *Ibidem*.

²¹³ *Ibidem*.

²¹⁴ Cfr. F. Gallo, *È il tempo di un sistema fiscale europeo?*, in *Rivista di diritto tributario internazionale*, 1, 2022, p. 7 ss.

²¹⁵ Sull'approvazione del PNRR italiano si consenta il rimando a A. Francescangeli, *Il Parlamento e il Piano nazionale di ripresa e resilienza: verso un'istituzionalizzazione dell'emergenza?*, in G. Azzariti (a cura di), *Costituzione e pandemia. Seminari dell'a.a. 2021/2022*, Napoli, 2023, p. 147 ss.

dell'Unione e, quindi, dei saldi di bilancio. Senza poter entrare nella presente sede nel dettaglio, la questione politica dei saldi ha lungamente inciso sull'evoluzione del bilancio: essi sono stati utilizzati, dal punto di vista politico, non solo per ottenere e giustificare il *rebate* britannico e le altre varie "correzioni"²¹⁶, ma anche per valutare sul piano della politica interna l'operato di un determinato governo in sede europea²¹⁷, col risultato che buona parte del bilancio comunitario risulta permeato dalla logica degli stessi²¹⁸.

D'altro lato, tanto la dottrina più "europeista", quanto la stessa Commissione, hanno da sempre osteggiato ogni lettura *politica* degli stessi, relegandoli a un mero esercizio contabile²¹⁹, tra l'altro effettivamente difficile, discrezionale e quindi potenzialmente fuorviante²²⁰.

Se, da un lato, si può concordare sul fatto che, anche solo in termini monetari, i saldi non rappresentano un valore particolarmente attendibile dei benefici di appartenenza all'Unione, la loro rilevanza politica e storica appare la spia di una problematica più profonda, che ricondotta alla propria radice aiuta a fare luce sull'identità stessa dell'Unione europea: ovvero, quale sia la funzione del bilancio dell'Unione.

In altri termini, se la questione del *juste retour* e dell'«*I want my money back*» di thatcheriana memoria risulta priva di attendibilità, prima ancora che di ogni virtuosità — non fosse altro per la scarsa rappresentatività economica dei saldi —, non pare altresì possibile ridurre il bilancio dell'Unione a mera questione tecnica²²¹.

Se, infatti, la solidarietà del *Recovery* passa per la solidarietà del bilancio, una visione — affine a quella della Commissione — per la quale il bilancio dell'Unione debba intendersi non «come un sistema di redistribuzione fiscale, ma piuttosto come uno strumento inteso a generare un valore

²¹⁶ Su cui cfr. G. Paramithiotti – A. Zatti, *Il bilancio dell'Unione Europea: origini, principi ed elementi costitutivi*, Pavia, 2015, p. 144; M. Greganti, *Il negoziato sulle prospettive finanziarie e le politiche di coesione dell'Unione europea per il periodo 2007-2013*, in *Rivista giuridica del Mezzogiorno*, 1, 2008, p. 158; Z. Asatryan – A. Havlik – F. Heinemann *et al.*, *I saldi operativi netti: varianti, dati emergenti e storia*, PE 648.183, Parlamento Europeo. Dipartimento tematico Affari di bilancio, feb. 2020, p. 11.

²¹⁷ M. Nava, *La finanza europea. Storia, analisi, prospettive*, Roma, 2000, p. 129.

²¹⁸ In tal senso M. Greganti, *I saldi netti come vincolo esterno alle decisioni di bilancio*, in M. T. Salvemini – F. Bassanini (a cura di), *Il finanziamento dell'Europa. Il bilancio dell'Unione e i beni pubblici europei*, Firenze, 2010, p. 46.

²¹⁹ Ad esempio Commissione europea, *Financial report 2018*, 15 ott. 2019, p. 72.

²²⁰ Cfr. M. Nava, *La finanza europea* cit., p. 121.

²²¹ Cfr. sul rapporto tra *Recovery Plan* e *juste retour* M. F. De Tullio, *La ripresa è per tutti o per pochi nell'Europa post-pandemica?* cit., p. 126.

aggiunto europeo»²²² evidenzia tutti i propri limiti: il bilancio, in tal senso, oltre a costituire un freno per l'integrazione, senza attenzione alla redistribuzione delle risorse farebbe giungere al paradosso per cui potrebbero essere gli stati più poveri (o quelli maggiormente colpiti dalla pandemia) a sostenere la ripresa di quelli più ricchi.

L'assurdità di questa prospettiva, tuttavia, non pare così lontana dalla realtà: il sistema di finanziamento dell'Unione non è pensato per essere redistributivo, quanto piuttosto per operare una correzione del mercato. Nello specifico, la risorsa iva presenta effetti regressivi²²³; i dazi doganali e l'imposta sugli imballaggi sono imposte indirette e in quanto tali non progressive; la risorsa basata sul reddito nazionale lordo, che astrattamente potrebbe essere l'unica in grado di operare in modo redistributivo, presenta significativi "sconti" per alcuni paesi ricchi, quali Austria, Danimarca, Germania, Paesi Bassi e Svezia e, comunque, non risulta necessariamente espressione di effettiva capacità contributiva²²⁴.

Non bisogna quindi stupirsi che, conti alla mano, le risorse del *Recovery* appaiano, dal punto di vista quantitativo, molto più modeste rispetto a quello che si è abituati a pensare: gli 68,88 miliardi di euro che l'Italia dovrebbe ricevere a titolo di sussidi in sei anni, al netto del saldo passivo che l'Italia ha nei confronti dell'Unione di circa 5 miliardi (dato 2022), diventerebbero meno di 6,5 miliardi di euro l'anno²²⁵. Con tutte le cautele necessarie date dalle problematicità dei saldi e dalla previsione della loro evoluzione nei prossimi anni, essa non appare certo una cifra esorbitante²²⁶.

L'importanza del *Recovery*, per quanto riguarda la solidarietà sembra quindi essere legata non tanto all'emissione di debito comune — seppur significativa —, né all'entità delle risorse messe in campo, quanto, piuttosto, alla necessaria risignificazione in senso politico del bilancio dell'Unione: ovvero, per quello che si potrebbe definire il passaggio dall'approccio del *juste retour* a quello di un *juste non-retour*. Definendo quindi *giusta* la redistribuzione delle risorse dagli stati ricchi a quelli più poveri.

De iure condendo, in una tale ottica, appare altresì evidente come al fine di rendere effettivamente redistributivo lo strumento del *Recovery* — non solo tra stati ma anche tra individui — l'Unione non possa disinteressarsi,

²²² Così Z. Asatryan *et al.*, *I saldi operativi netti* cit., p. 1.

²²³ Sul punto M. Nava, *La finanza europea* cit., p. 44.

²²⁴ In tal senso D. Canè, *Profili di un'imposta propria dell'Unione Europea*, in M. Campus *et al.* (a cura di), *Pago, dunque sono (cittadino europeo)* cit., p. 174.

²²⁵ Calcoli su dati della Commissione europea, disponibili su commission.europa.eu.

²²⁶ Cfr. sul punto M. F. De Tullio, *La ripresa è per tutti o per pochi nell'Europa post-pandemica?* cit., p. 127.

quantomeno a livello di armonizzazione, della progressività dell'imposizione fiscale all'interno degli stati (invertendo in tal modo una linea di tendenza che pare procedere nella direzione opposta, cioè verso l'indebolimento della progressività fiscale interna agli stati²²⁷). Per l'individuazione della percorribilità di tale ultima prospettiva, appare utile analizzare, con le lenti del principio di solidarietà, il contenuto del *Recovery*.

4.2. *Nel contenuto del Dispositivo*

Per definire quale tipo di solidarietà appare presa in considerazione nella definizione del *Recovery*, appare utile procedere secondo due piani di analisi. Il primo riguarda il Dispositivo per la ripresa e la resilienza in sé, i suoi obiettivi, i mezzi posti per il raggiungimento degli stessi, nonché gli indirizzi e i vincoli ai piani statali. Il secondo afferisce ai piani statali stessi, nel modo in cui essi hanno interpretato e declinato gli obiettivi posti dal Regolamento. Come appare evidente, per quanto i piani nazionali possano essere considerati parte integrante del *Recovery Plan* europeo, un'analisi che coinvolga ogni singolo stato si collocherebbe oltre le possibilità di questo scritto; per tale motivo ci si limiterà solamente a un breve accenno al caso italiano.

Nella lettura di obiettivi e mezzi del *Recovery*, appare opportuno utilizzare, in coerenza con la differenziazione tra solidarietà "competitiva" e solidarietà "politica", una differenziazione tra obiettivi economici e obiettivi politici.

Se è vero, infatti, che con il *Recovery* si sarebbero create le possibilità di «una visione teleologica del mercato quale strumento della politica, e non fine della stessa»²²⁸, come per la funzione che il bilancio è chiamato a svolgere, occorre vedere quanto ciò si sia effettivamente tradotto negli atti normativi.

Gli obiettivi del Dispositivo per la ripresa sono disciplinati dall'art. 4 del Regolamento, dove si pone come obiettivo generale del Dispositivo quello della «coesione economica, sociale e territoriale dell'Unione», da raggiungersi «migliorando la resilienza, la preparazione alle crisi, la capacità di aggiustamento e il potenziale di crescita degli Stati membri, attenuando l'impatto sociale ed economico di detta crisi, in particolare sulle donne,

²²⁷ Sul punto cfr. P. Boria, *Il potere tributario. Politica e tributi nel corso dei secoli*, Bologna, 2021, p. 445.

²²⁸ A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery Plan*, in *Politica del diritto*, 2, 2022, p. 226.

contribuendo all'attuazione del pilastro europeo dei diritti sociali, sostenendo la transizione verde, *contribuendo* al raggiungimento degli obiettivi climatici dell'Unione [...] e della transizione digitale, *contribuendo* in tal modo alla convergenza economica e sociale verso l'alto, a ripristinare e a promuovere la crescita sostenibile e l'integrazione delle economie dell'Unione e a incentivare la creazione di posti di lavoro di alta qualità, nonché contribuendo all'autonomia strategica dell'Unione unitamente a un'economia aperta, e generando un valore aggiunto europeo».

Tale lungo e complesso periodo — ripreso qui anche omettendo qualche passaggio — appare oltretutto ambiguo: non appare infatti chiaro quale sia il rapporto logico e teleologico degli obiettivi posti nelle frasi subordinate (rette dai gerundi), rispetto all'obiettivo generale del Piano posto nella reggente. In altri termini, non è chiaro se tali obiettivi, di natura tanto economica quanto politica, si pongano come strumentali rispetto all'obiettivo principale, paralleli allo stesso, ovvero come finalità di quest'ultimo.

Un'indicazione sul punto può però derivare dal confronto con i testi inglesi e francesi del regolamento, dove tali periodi sono rispettivamente espressi come «*by improving*» e «*par l'amélioration*», espressioni che sembrerebbero meglio traducibili come “attraverso il miglioramento...”, piuttosto che come «migliorando» e che, quindi, starebbero ad indicare come tali obiettivi siano intesi come strumenti per il raggiungimento dell'obiettivo generale della coesione. Obiettivo generale che, come si è visto, rappresenta un concetto ben diverso rispetto a quello della solidarietà, la cui natura economica risulta coerente con l'art. 174 TFUE, richiamato nel *considerando* n. 3, dove si legge che l'azione di rafforzamento della coesione è finalizzata all'obiettivo economico dello «sviluppo»²²⁹.

Non costituisce un particolare aiuto ermeneutico per la lettura dell'art. 4, invece, il *considerando* n. 4, unico passaggio dove appare il termine “solidarietà”: «*oltre* a misure che rafforzano la competitività, il potenziale di crescita e la sostenibilità della finanza pubblica, è altresì opportuno introdurre riforme basate sulla solidarietà, l'integrazione, la giustizia sociale e un'equa distribuzione della ricchezza, *con l'obiettivo di* creare un'occupazione di qualità e una crescita sostenibile, garantire un pari livello di opportunità e protezione sociale, anche in termini di accesso, tutelare i

²²⁹ Sul significato economicistico di sviluppo, in contrapposizione a quello di progresso, si vedano le classiche pagine di P. P. Pasolini, *Sviluppo e progresso* cit., p. 176; cfr. G. Azzariti, *Diritto o barbarie* cit., p. 152; A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery Plan* cit., p. 229.

gruppi vulnerabili e migliorare il tenore di vita di tutti i cittadini dell'Unione»²³⁰. In questo caso le misure solidali — invero assai pregnanti — sono finalizzate ad alcuni obiettivi spiccatamente economici o mercantilistici (la crescita, il pari livello di opportunità) ed altri politici (tutela delle vulnerabilità e miglioramento del tenore di vita).

Inoltre, il *considerando* n. 6 conferma la strumentalità degli obiettivi politici al funzionamento del mercato, definendo, invero, un quadro assiologico dotato di una tassonomia evidente. Leggiamo infatti che «riduzioni della spesa in settori come l'istruzione, la cultura e i settori creativi e nella sanità *può* rivelarsi controproducente *ai fini di una rapida ripresa*» e che «riforme e investimenti sostenibili e favorevoli alla crescita che affrontino le carenze strutturali delle economie degli Stati membri, e che rafforzano la resilienza degli Stati membri, *ne aumentino la produttività e conducano a una loro maggiore competitività*, saranno pertanto essenziali per riportare tali economie sul giusto corso e ridurre le disuguaglianze e le divergenze nell'Unione». In tal senso, il mercato, caratterizzato da apertura, produttività, competitività e stabilità macroeconomica, è considerato strumento di rimozione di disuguaglianze e divergenze, rientrando così pienamente in quel modello della solidarietà competitiva che ha caratterizzato l'assetto dell'Unione europea.

Dal punto di vista dei contenuti, i sei “pilastri” di cui all'art. 3 del regolamento non sembrano porsi in un particolare rapporto proficuo con il principio di solidarietà. Tali «aree di intervento di pertinenza europea» delimitano l'«ambito di applicazione» del dispositivo: trasformazione ambientale e digitale (lett. a, b), «crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, che comprenda *coesione economica, occupazione, produttività, competitività, ricerca, sviluppo e innovazione*, e *un mercato interno ben funzionante con pmi forti*» (lett. c); «coesione sociale e territoriale» (lett. d); «salute e resilienza economica, sociale e istituzionale *al fine*, fra l'altro, *di rafforzare la capacità di risposta alle crisi*» (lett. e); «politiche per la prossima generazione» (lett. f).

La prospettiva dei sei “pilastri”, come appare evidente, non pare scostarsi da una visione strettamente economicistica e, quindi, da una solidarietà eventualmente intesa solo in senso competitivo²³¹. A tale visione, tuttavia, possono contrapporsi almeno due elementi.

Il primo è quello di una sostanziale genericità degli stessi, tale per cui l'effettiva portata dei piani appare demandata agli stati membri che

²³⁰ Regolamento n. 2021/241, cit., corsivi aggiunti.

²³¹ Per una visione diversa, si veda F. E. Grisostolo, *Il piano “Next Generation EU” e la sua “architettura finanziaria” nella prospettiva della cittadinanza sociale europea* cit., p. 134.

resterebbero liberi di interpretare nel modo (anche costituzionalmente) più consono i principi derivanti dal livello europeo. Il secondo elemento è quello per cui tanto più il *Recovery* rappresenta uno slancio di avanguardia verso i territori di confine delle competenze tra Unione e stati membri — estendendo verso territori inesplorati la portata del coordinamento delle politiche economiche²³², ai sensi dell'art. 5 TFUE — tanto più necessita di un approdo competenziale sicuro, da rintracciare nella coesione come strumento e garanzia di funzionamento del mercato unico²³³.

Tuttavia, i rischi di una tale prospettiva appaiono evidenti. Nel primo caso, quello di relegare la solidarietà a compito eventuale del livello statale, con ciò svalutando, forse irrimediabilmente il principio di solidarietà pur stabilito dai Trattati. Nel secondo caso, appare invece confermarsi la prospettiva di un'Europa “prigioniera” dell'impostazione ideologica dei suoi trattati, il cui processo di integrazione politica risulta impedito da una irriformabilità *de facto* degli stessi e i cui tentativi *a trattati invariati* risultano catturati dal principio concorrenziale²³⁴.

A definire più di tutto il tipo di solidarietà presente nel *Recovery* appaiono essere, tuttavia, le «invadenti»²³⁵ condizionalità che permeano tanto l'ammissibilità dei piani (art. 17) quanto l'erogazione delle risorse (art. 10).

Le disposizioni contenute nell'art. 10, rubricato «Misure per collegare il dispositivo a una sana *governance* economica», subordinano l'accesso o l'erogazione dei fondi all'assenza di disavanzi eccessivi, collegando le regole di stabilità macroeconomica (di cui si è detto *supra*) con quelle del Dispositivo per la ripresa.

L'art. 17, invece, disciplina l'ammissibilità dei piani, subordinandola alla coerenza «con le pertinenti sfide e priorità specifiche per paese individuate nell'ambito del semestre europeo, nonché con le sfide e le

²³² Su dove già si collochi tale confine, si veda P. De Sena – S. D'Acunto, *Il doppio mito: sulla (pretesa) neutralità della politica monetaria della BCE e la (pretesa) non-vincolatività degli indirizzi di politica economica dell'Unione*, in *Costituzionalismo.it*, 3, 2020, p. 119 ss.

²³³ Sulle mutazioni delle competenze alla luce del *Recovery*, si veda F. Bilancia, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica*, in *Diritto pubblico*, 1, 2021, p. 48.

²³⁴ Sul punto D. Grimm, *The Democratic Costs of Constitutionalisation: The European Case*, in *European Law Journal*, 21(4), 2015, p. 460 ss.; A. J. Menéndez, *A European Union founded on capital?* cit.; sull'impostazione ideologica dei trattati cfr. C. Kaupa, *The pluralist character of the European economic constitution* cit.; A. Guazzarotti, *Quanto è pluralista la “costituzione economica europea”?* Si prega di riformulare la domanda cit.

²³⁵ Così M. Dani, *L'invadente condizionalità macroeconomica del dispositivo per la ripresa e la resilienza*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 1, 2023, p. 285 ss.

priorità individuate nell'ultima raccomandazione del Consiglio sulla politica economica della zona euro per gli Stati membri la cui moneta è l'euro [... nonché] con le informazioni incluse dagli Stati membri nei programmi nazionali di riforma nell'ambito del semestre europeo [...].».

Come si è visto, la condizionalità, nonostante possa in alcuni termini configurarsi come strumento pluralistico di governo degli stati compositi²³⁶, appare privare lo strumento di ripresa della caratteristica del *disinteresse*, determinando in tal modo una sua caratterizzazione verso una solidarietà di tipo competitivo, piuttosto che politico e sociale. In altri termini, per quanto a differenza degli strumenti di “salvataggio” utilizzati durante la crisi del 2010 non ci sia una divisione tra paesi “creditori” e paesi “debitori”, attraverso il collegamento tra il Dispositivo e gli strumenti di stabilità macroeconomica e il conseguente baratto tra flussi di denaro e riforme, tale strumento perde il requisito solidale del disinteresse.

A ciò si aggiunge che la non stabilità dello strumento — anzi, la sua esplicita eccezionalità²³⁷ — riconduce il dispositivo descritto nel senso della solidarietà competitiva: non uno strumento di redistribuzione e solidarietà, ma un dispositivo *una tantum* di salvataggio del mercato.

Inoltre, a ben guardare, appare presente anche un giudizio morale sull'operato degli stati, soprattutto in caso di non rispetto del Piano. Oltre all'aggettivo «sana» con riferimento alla *governance* economica (art. 10), che come si è visto richiama un giudizio morale sulla finanza pubblica, l'art. 21 consente una richiesta di modifica del piano solo in caso di «circostanze oggettive» — e quindi fuori dal controllo dello stato, incolpevoli — che impediscano la realizzazione del piano (o, ovviamente, di parte di esso). Per quanto si possa dare una interpretazione anche molto estensiva di tali circostanze, un mero cambio di indirizzo politico dovuto, ad esempio, a nuove elezioni non sarebbe per sé sufficiente a una modifica del Piano, come invece è espressamente previsto nella proposta di modifica del Patto di stabilità²³⁸.

²³⁶ A. Baraggia, *La condizionalità come strumento di governo negli stati compositi. Una comparazione tra Stati Uniti, Canada e Unione europea*, Torino, 2023.

²³⁷ Sul punto M. F. De Tullio, *La ripresa è per tutti o per pochi nell'Europa post-pandemica?* cit., p. 119.

²³⁸ Nel momento in cui si scrive ancora non si ha contezza dell'effettivo nuovo testo del PSC, frutto dell'accordo raggiunto a fine dicembre 2023; si fa pertanto riferimento alla proposta della Commissione dell'aprile dello stesso anno, su cui si consenta il rinvio, anche per le relative valutazioni di merito, a A. Francescangeli, *Live in Brussels: un piano quinquennale per rifugiarsi sotto il Patto di Stabilità*. cit.

Sembrano, in tal senso, esaurirsi le virtuosità derivanti dal finanziamento delle misure del piano attraverso il bilancio dell'Unione e, quindi, dal superamento della *volontarietà* della partecipazione alla spesa, unico connotato che non pare presente, rispetto a quelli caratterizzanti la solidarietà competitiva.

Per quanto riguarda il Piano italiano, non sembrano potersi raggiungere conclusioni di segno opposto. L'impostazione ideologica che traspare dallo stesso appare di tipo spiccatamente funzionalista, risultando tanto le riforme quanto gli investimenti funzionalizzati agli obiettivi economici di crescita, "resilienza" e quindi competitività. In tal senso, le riforme appaiono come «il volano delle risorse, il moltiplicatore della bontà degli investimenti» secondo l'idea per cui «ogni investimento, se distratto da una cornice di Stato efficiente, non produce il risultato sperato»²³⁹.

Ciò appare evidente dal testo dello stesso Piano, dove si legge che le riforme sono volte «a migliorare le condizioni regolatorie e ordinamentali di contesto e a incrementare stabilmente l'equità, l'efficienza e la competitività del Paese» e il suo «clima economico»²⁴⁰ e dove l'equità appare anche essa un concetto esplicitamente di natura economica. Si legge infatti che «un fattore essenziale per la crescita economica e l'equità è la promozione e la tutela della concorrenza [... la quale] non risponde solo alla logica del mercato, ma può anche contribuire ad una maggiore giustizia sociale»²⁴¹, quest'ultima intesa primariamente come «pari opportunità e accesso al mercato del lavoro»²⁴².

5. Può uno scoglio arginare il mare? Prime conclusioni sul principio di solidarietà alla luce del Recovery Plan

Considerato quanto esposto, se si dovesse descrivere la situazione del principio di solidarietà nell'Unione lo si potrebbe fare con la seguente metafora: il rapporto tra concorrenza e solidarietà appare come quello tra un oceano e alcune sparse isole: quest'ultima, la solidarietà, composta da pochi territori, divisi, insidiati e sferzati dalla forza delle onde.

Tale metafora appare coerente anche con la giurisprudenza della Corte di giustizia dove, quando il principio di solidarietà svolge un ruolo nelle decisioni — quindi, in particolare, in campi diversi rispetto alla UEM

²³⁹ G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza. Una terra promessa*, in *Costituzionalismo.it*, 2, 2021, p. 130.

²⁴⁰ Governo, *Piano nazionale di ripresa e resilienza*, 23 apr. 2021, p. 47.

²⁴¹ Ivi, p. 4.

²⁴² Ivi, p. 10.

— il principio solidaristico ha rappresentato tutt'al più un limite al pieno dispiegarsi delle regole concorrenziali, risultando però privo di autonomia concettuale e quindi inidoneo a esprimere un principio — altrettanto se non più — fondamentale rispetto alle libertà economiche²⁴³.

Il *Recovery Plan* rappresenta per molti, nonostante le voci più critiche²⁴⁴, la possibilità più o meno concreta di una almeno «parziale svolta sociale dell'Europa»²⁴⁵. Tuttavia, come è stato correttamente evidenziato, non si può prescindere dal contesto, e quindi bisogna necessariamente misurarsi «con la natura dell'ordinamento sovranazionale, che è — e resta — ancora (troppo) marcatamente di natura economico finanziaria e che non ha, nemmeno storicamente, una decisa impronta sociale in qualche modo assimilabile a quella di cui si sono dotati gli ordinamenti democratici alla fine del Secondo conflitto mondiale»²⁴⁶.

Non pare così convincere la lettura di chi rileva una totale inversione di tendenza per la politica economica dell'Unione «in origine ripiegata egoisticamente sul benessere del mercato, ora porosa alla coesione sociale, diventa il fine ultimo di un'economia di libero scambio, declassata da obiettivo a mezzo tra i mezzi»²⁴⁷: la coesione, su cui si basa il *Recovery*, come argomentato *supra*, appare un concetto schiettamente economico, funzionalizzato all'ottimale funzionamento del mercato, non alla redistribuzione delle risorse²⁴⁸.

Non tutto, però, appare uguale a prima. Tuttavia, con il senno del poi rispetto ai primi commenti, anche alla luce del nuovo Patto di stabilità, sembra oggi poter prevalere il pessimismo dell'intelligenza: il *Recovery* non è divenuto il portato assiologico di una nuova e diversa visione del mondo, bensì è rimasto un mero strumento di preservazione «di “un” mercato che possa — o voglia — fare perno sui processi di decarbonizzazione»²⁴⁹. In altri termini, l'azione dell'Unione continua ad assumere come obiettivo se non *il* mercato forse *un* mercato, in cui determinate istanze possono trovare

²⁴³ In tal senso S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, p. 85.

²⁴⁴ Cfr. per tutti A. Somma, *Quando l'Europa tradì se stessa* cit.

²⁴⁵ A. Apostoli, *La declinazione del principio di solidarietà nel Piano Nazionale di Ripresa e Resilienza* cit., p. 168.

²⁴⁶ *Ibidem*.

²⁴⁷ G. De Minico, *Il Piano nazionale di ripresa e resilienza* cit., p. 139.

²⁴⁸ *Contra* cfr. *ibidem*.

²⁴⁹ A. Vernata, *La Costituzione e l'Europa alla prova del Recovery Plan* cit., p. 226, nota n. 3.

spazio, ma nel cui orizzonte devono trovare la loro soddisfazione²⁵⁰. Il che, tuttavia, rappresenta più una presa di coscienza dello *status quo* — comunque non banale né scontata²⁵¹ — che una rivoluzione guidata dal principio di solidarietà.

Ma se è vero che l'enfasi che, tanto la politica quanto parte della dottrina, hanno posto sul *Recovery Plan* appare, se non altro *rebus sic stantibus*, quantomeno eccessiva, è forse proprio tale enfasi la soluzione di continuità che il *Recovery* ha posto: quello di ripolitizzare in chiave *anche* solidale, seppur temporaneamente e sulla base di un'emergenza — con tutti i limiti e i rischi che un tale approccio emergenziale comporta²⁵² — la sfera pubblica europea.

Nonostante gli approdi giuridici siano stati modesti e la prospettiva del nuovo patto di stabilità appare a tratti addirittura regressiva, l'impatto politico del *Recovery* appare assai maggiore di quello giuridico. In altri termini, tornando alla metafora con cui si è aperto, il *Recovery* rappresenterebbe non un approdo sicuro e stabile in un mare avverso per la solidarietà, ma piuttosto l'isola di Utopia. Quindi un'*isola che, nella realtà, non c'è*, ma che proprio attraverso «il *pensiero utopico*» può «avere la funzione di aprire alternative e margini di possibilità che spingono oltre le continuità storiche»²⁵³ e quindi dare nuova linfa a un'Europa sociale attraverso un ritorno, anche utopico, alla politica²⁵⁴.

ABSTRACT: This contribution aims to trace the evolution of the principle of solidarity in EU law and policy in order to assess the impact of the Recovery Plan on it. As the analysis progressed, it became necessary to define the concept of solidarity, distinguishing at least two different

²⁵⁰ Cfr., sulla funzionalizzazione delle regole concorrenziali, F. Bilancia, *Le trasformazioni dei rapporti tra Unione europea e Stati membri negli assetti economico-finanziari di fronte alla crisi pandemica* cit., p. 64.

²⁵¹ Sul punto cfr. M. F. De Tullio, *La ripresa è per tutti o per pochi nell'Europa post-pandemica?* cit., p. 133.

²⁵² Sul rapporto tra costituzionalismo ed emergenza, si veda G. Azzariti, *Diritto e conflitti* cit., p. 149.

²⁵³ J. Habermas, *La nuova oscurità. Crisi dello Stato sociale ed esaurimento delle utopie*, Roma, 1998.

²⁵⁴ Sul punto *ivi*, *passim*.

Alessandro Francescangeli
La solidarietà europea alla luce del Recovery Plan

meanings of it: a *political and social* one, typical of the experience of constitutionalism, and a *competitive* one that differs from it in several, even opposing, features. In the light of this distinction, the integration process was then traced up to the most recent events.

KEYWORD: coesione – Unione europea – Recovery Plan – solidarietà sociale – solidarietà competitiva – fiscalità

Alessandro Francescangeli – Dottorando di ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata"
(alessandro.francescangeli@uniroma2.it)

REGOLAMENTO SULL'INVIO E LA VALUTAZIONE SCIENTIFICA DEI CONTRIBUTI DESTINATI ALLA “RIVISTA DI DIRITTI COMPARATI”

1. La *Rivista di diritti comparati* pubblica, con cadenza quadrimestrale, articoli sottoposti a procedura di valutazione scientifica (*peer review*), al fine di verificarne la compatibilità con i requisiti di scientificità e di trasparenza, nel rispetto del pluralismo metodologico.
2. Gli articoli devono pervenire in formato word all'indirizzo e-mail di uno dei direttori della Rivista e devono essere redatti secondo quanto prescritto dalle “Norme editoriali”.
3. Gli articoli devono essere inediti e non destinati ad altra sede di pubblicazione. Non costituisce ostacolo all'accettazione la precedente pubblicazione del contributo in *Diritti comparati – Working Papers*.
4. I direttori della Rivista redigono e curano l'aggiornamento di un elenco di revisori, selezionati tra professori e ricercatori italiani e stranieri del settore delle scienze giuridiche. I contributi in lingua diversa dall'italiano vengono assegnati in valutazione a revisori con specifiche conoscenze linguistiche.
5. Ogni articolo viene valutato preliminarmente dai direttori, al fine di verificarne la compatibilità e l'interesse con gli ambiti scientifici di interesse della Rivista, come descritti in sede di presentazione.
6. All'esito positivo del vaglio preliminare, gli articoli sono inviati a due revisori selezionati dall'elenco di cui al punto 4. I contributi vengono valutati nel rispetto del meccanismo *double blind*. I revisori redigono una scheda di commento dell'articolo, evidenziandone pregi e difetti riferiti unicamente alla qualità scientifica e formulando proposte di revisione o consigliando di non pubblicare l'articolo. In caso di radicale difformità di giudizio dei due valutatori la Direzione procede ad una valutazione comparativa e assume le opportune determinazioni.
7. Non sono sottoposti a referaggio i contributi richiesti dalla direzione, quelli provenienti dai membri del comitato scientifico della Rivista o per le ragioni di cui si dà espressa indicazione all'inizio dei singoli contributi. I contributi destinati alla sezione Recensioni sono sottoposti a un singolo referaggio cieco.
8. L'autore riceve la scheda redatta dal revisore al fine di adeguarsi alle proposte formulate o di motivare circa il mancato adeguamento. L'articolo viene pubblicato se i direttori ritengono soddisfatte le richieste di revisione formulate dai revisori.
9. La documentazione relativa al referaggio è conservata dalla redazione per tre anni. L'elenco dei revisori effettivamente coinvolti nell'attività di valutazione scientifica viene reso noto in un'apposita sezione della *Rivista* ogni due anni.

LINEE GUIDA ETICHE

La **Rivista di diritti comparati** intende garantire la qualità dei contributi scientifici ivi pubblicati. A questo scopo, la direzione, i valutatori e gli autori devono agire nel rispetto degli standard internazionali editoriali di carattere etico.

Autori: in sede di invio di un contributo, gli autori sono tenuti a fornire ogni informazione richiesta in base alla policy relativa alle submissions. Fornire informazioni fraudolente o dolosamente false o inesatte costituisce un comportamento contrario a etica. Gli autori garantiscono che i contributi costituiscono interamente opere originali, dando adeguatamente conto dei casi in cui il lavoro o i lavori di terzi sia/siano stati utilizzati. Qualsiasi forma di plagio deve ritenersi inaccettabile. Costituisce parimenti una condotta contraria a etica, oltre che una violazione della policy relativa alle submissions, l'invio concomitante dello stesso manoscritto ad altre riviste. Eventuali co-autori devono essere al corrente della submission e approvare la versione finale del contributo prima della sua pubblicazione. Le rassegne di dottrina e giurisprudenza devono dare esaurientemente e accuratamente conto dello stato dell'arte.

Direzione: la direzione si impegna a effettuare la selezione dei contributi esclusivamente in base al relativo valore scientifico. I membri della direzione non potranno fare uso di alcuna delle informazioni acquisite per effetto del loro ruolo in assenza di un'esplicita autorizzazione da parte dell'autore o degli autori. La direzione è tenuta ad attivarsi prontamente nel caso qualsiasi questione etica sia portata alla sua attenzione o emerga in relazione a un contributo inviato per la valutazione ovvero pubblicato.

Valutatori: i contributi sottoposti a valutazione costituiscono documentazione a carattere confidenziale per l'intera durata del processo. Le informazioni o idee acquisite confidenzialmente dai valutatori per effetto del processo di revisione non possono pertanto essere utilizzate per conseguire un vantaggio personale. Le valutazioni devono essere effettuate con profondità di analisi, fornendo commenti e suggerimenti che consentano agli autori di migliorare la qualità delle loro ricerche e dei rispettivi contributi. I revisori dovranno astenersi dal prendere in carico la valutazione di contributi relativi ad argomenti o questioni con i quali sono privi di familiarità e dovranno rispettare la tempistica del processo di valutazione. I revisori dovranno informare la direzione ed evitare di procedere alla valutazione nel caso di conflitto di interessi, derivante per esempio dall'esistenza di perduranti rapporti professionali con l'autore o la relativa istituzione accademica di affiliazione.