

PREMESSA

Le esigenze sociali che i servizi pubblici sono chiamati a soddisfare in quanto inseriti in un rapporto d'interazione complessa tra libertà di iniziativa economica, utilità sociale e affermazione programmatica della dignità umana e dell'eguaglianza, paiono ancora oggi costituire un proficuo terreno di indagine per chi intenda, come avviene in questa sede, approfondire tali istanze, storicamente tratteggiate principalmente al livello degli ordinamenti nazionali, che si collegano inscindibilmente al concetto di uguaglianza sostanziale e ai relativi compiti di garanzia e solidarietà assegnati allo stato, nonché imposti più in generale a tutti i consociati. Tanto che il tratto comune delle carte fondamentali posteriori al secondo conflitto mondiale può rintracciarsi nell'ampia elencazione di diritti sociali che postula la garanzia di un sistema di pubblici servizi efficiente ed equamente distribuito sul territorio.

Proprio in quegli anni Ferruccio Pergolesi dava alle stampe il noto contributo *Orientamenti sociali nelle Costituzioni contemporanee* (1946), che testimoniava lo spirito con cui le costituzioni degli stati che avevano vissuto la seconda guerra mondiale e l'esperienza totalitaria stavano assumendo in maniera formale e solenne l'impegno alla tutela dei diritti sociali e del benessere di tutti i consociati, così come teorizzato già durante il corso del medesimo conflitto. Pochi anni più tardi, ancora Pergolesi, rifiutando l'idea di un'assoluta contrapposizione tra diritti individuali e diritti sociali, osservava che "i diritti individuali s'impennano soprattutto sull'idea di libertà; quelli sociali sull'idea di sicurezza e di giustizia sociale. I primi impongono allo stato un dovere di astensione e di rispetto delle prerogative della persona; i secondi esigono una condotta attiva e cioè di prestazioni da parte dello Stato o di altri soggetti. Entrambi i tipi partono tuttavia da uno stesso punto e convergono verso una stessa, ultima finalità: l'uomo".

Da altra angolazione, il complesso di disposizioni di principio delle carte costituzionali può essere riguardato come consapevole riconoscimento dell'assoluta insufficienza del livello di tutela dei diritti sociali che caratterizzava il continente europeo soprattutto a causa delle gravi situazioni di squilibrio di partenza tra le varie categorie sociali, la cui rimozione rendeva necessario un impegno serio e duraturo dei pubblici poteri nazionali, in particolare in un contesto che, osserva Sabino Cassese, aveva conosciuto "due progressivi allargamenti del suffragio elettorale, due conflitti bellici e una crisi mondiale". Ma una consapevolezza da questa affatto dissimile già molti

anni addietro spingeva Vittorio Emanuele Orlando a rilevare che “un’equazione sia sempre lecito, anzi doveroso di fare tra l’innegabile danno, che ogni intervento di Stato, limitante la libertà individuale, determina e produce, e quell’altro danno sociale gravissimo, che deriva da un’astensione indifferente e impotente dello Stato verso l’imperversare delle ingiustizie sociali e la dura imposizione di una legge ferrea di costrizione e di dolore di una parte economicamente potente verso un’altra, umile e diseredata”. E proprio nello stesso periodo prendeva forma l’idea di una tutela sovranazionale dei fondamentali diritti dell’uomo come istanza che precede e prescinde dalla fondazione stessa delle istituzioni statali.

In ragione di ciò si assisteva alla dichiarazione dei diritti sociali nelle carte fondamentali degli stati, l’attuazione dei quali s’inseriva tra gli obiettivi principali degli ordinamenti costituzionali, ma anche, contemporaneamente, alla destrutturazione in senso sovranazionale del binomio diritti fondamentali/identità nazionale con conseguente depotenziamento della struttura dello stato nazionale così come concepito sin dall’approvazione dei Trattati di Vestfalia. Quasi che il riconoscimento solenne dei diritti sociali si accingesse a rendere evidente l’insufficienza dello stato nazionale a realizzare compiutamente e in ogni direzione principi sociali ispirati ad un’universalità che, pur relativa in quanto a teorizzazione, richiede una dimensione non circoscritta entro *a priori* territoriali. Nonostante tale insufficienza, gli “orientamenti sociali” contenuti nelle costituzioni, lungi dal sublimare principi acquisiti e diffusi, costituivano pur sempre lo strumento attraverso il quale, in maniera dinamica, il legislatore e i giudici avrebbero reso effettivo, sotto il controllo e l’impulso di corti o tribunali costituzionali, il principio dell’uguaglianza formale attraverso la realizzazione del suo postulato assiologico: l’equivalenza delle condizioni di partenza dei consociati.

È per tale motivo che la disciplina dei pubblici servizi avrebbe costituito da questo momento in poi, anche se nell’alveo di un dibattito le cui origini devono essere ricercate ancora più lontano, una delle principali azioni dell’ordinamento indirizzate a realizzare progressivamente le istanze pretensive tipiche dei diritti sociali. Come conseguenza della destrutturazione del binomio diritti fondamentali/identità nazionale, anche se sotto altro profilo, è un dato di fatto che l’attuale disciplina dei servizi pubblici nazionali subisce da tempo la ponderosa influenza della normativa proveniente dall’ordinamento europeo, che ha progressivamente incrementato la propria ingerenza in questa materia, nel contesto di un più ampio processo che ha determinato la silenziosa sovrapposizione della costituzione economica europea alla costituzione economica nazionale.

Tale “migrazione verticale” di principi e regole in grado di ridisegnare i contenuti e le forme di gestione dei pubblici servizi nazionali impone la necessità di valutare se l’ordinamento europeo condivida le finalità anzidette, proprie del perseguimento dell’uguaglianza sostanziale dei consociati, che costituiscono obiettivi irrinunciabili degli ordinamenti sociali statali. Infatti, tali finalità potrebbero porsi in contrasto rispetto a valori tradizionali dell’ordinamento europeo, quali lo sviluppo della concorrenza e

l'integrazione dei mercati. L'ammissibilità di un intervento del livello di governo sovranazionale nella materia dei pubblici servizi non può, infatti, prescindere da un parziale superamento della sua dimensione originaria, che vedeva nettamente prevalere gli aspetti economici su quelli solidaristici.

Sulla base di questi presupposti si è ritenuto che le forme d'interazione potenziali tra ordinamento nazionale e ordinamento europeo si possano ridurre a tre ipotesi: 1) mantenimento delle funzioni di promozione dell'integrazione economica al livello europeo e delle funzioni di tutela sociale a quello degli stati nazionali; oppure 2) supremazia delle regole provenienti dal diritto europeo; oppure ancora, 3) condivisione tra attività nazionali e sopranazionali, diverse nei modi e nelle caratteristiche, ma entrambe orientate al perseguimento di finalità sociali condivise quali "principi generali comuni". Con tutta evidenza, la praticabilità futura di queste strade è diretta funzione del livello di socialità che l'Unione europea è stata o sarà in grado di sviluppare, soprattutto in ragione dell'assioma sociale che informa le costituzioni nazionali contemporanee la rinuncia anche parziale al quale, in favore di una disciplina sovraordinata di stampo liberista, comporterebbe mutamenti radicali e inaccettabili dalle democrazie nazionali.

Preliminarmente si cercherà dunque di interrogarsi su quale sia l'approccio dell'ordinamento europeo alla tutela e promozione dei diritti sociali e quale sistema di garanzie l'Unione sia in grado di assicurare. Per tale analisi sarà necessario ricostruire il rapporto, attuale e potenziale, fra "integrazione negativa", consistente nella proliferazione delle regole della concorrenza e del libero mercato all'interno dei confini europei, e "integrazione positiva", consistente nell'adozione di misure di promozione sociale direttamente provenienti dall'Unione europea. Nel seguito si cercherà di porre in rilievo come il principio di uguaglianza, soprattutto sostanziale, trascurato nella fase costitutiva delle Comunità economiche europee se non nella limitata forma del principio di non-discriminazione, sia penetrato nell'ordinamento europeo specialmente per via giurisprudenziale, in un cammino che prende comunque avvio sin dalle prime revisioni dei trattati, per culminare nell'approvazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea divenuta giuridicamente vincolante con il Trattato di Lisbona, e nei tentativi di approvare una Costituzione europea.

Più concretamente, la domanda che si pone riguarda l'esistenza o meno di una nuova categoria, quella dei "servizi pubblici europei", dei quali sarà necessario, in caso di risposta affermativa, delineare i tratti distintivi, soffermandosi sugli aspetti sociali promossi dal livello sovranazionale. Pur nella consapevolezza che l'impianto organizzativo dei pubblici servizi risulta tutt'altro che un sistema omogeneo nella disciplina e che i livelli di liberalizzazione e privatizzazione (formale e sostanziale) differiscono profondamente da settore a settore, è in ogni caso doveroso indagare preliminarmente quale sia l'atteggiamento dell'ordinamento europeo, nel suo complesso, nei confronti degli aspetti sociali insiti nei servizi pubblici, all'interno di una cornice continentale comune che sembra almeno formalmente guardare con mutato interesse

alla possibile assunzione di una funzione sociale.

Da qui l'opportunità di considerare se i piani nazionale e sovranazionale vadano (ancora) tenuti separati in quanto i servizi pubblici nazionali conservano tratti distintivi, sia in relazione all'ampiezza della categoria nei confronti dei "servizi di interesse generale" e "di interesse economico generale" di derivazione comunitaria, sia per ciò che riguarda l'approccio dei due ordinamenti nei confronti delle finalità sociali che essi sono chiamati a garantire, sia infine per i tratti del c.d. servizio universale (comunitario) che non appaiono del tutto sovrapponibili a quelli del servizio pubblico nazionale.

Cionondimeno, alcune considerazioni che si espliciteranno nel corso del lavoro non consentono, almeno nell'esperienza più vicina ai nostri giorni, di tenere completamente separati due piani che ormai si giovano di un interscambio reciproco. In questo senso, merita di essere almeno in parte riconsiderata la tradizionale convinzione che vedeva la Comunità quale ordinamento economico caratterizzato dall'assoluta supremazia delle regole del mercato sulle istanze di solidarietà sociale, prese in considerazione solo quando funzionali all'"integrazione negativa". Si è cercato pertanto di mettere in risalto la circostanza che l'odierna situazione è soprattutto frutto dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario, che da semplice strumento di integrazione economica ha ampliato il proprio raggio di intervento fino a lambire quegli aspetti di tutela sociale, profondamente insiti nel settore dei servizi pubblici, prima affidati alla cura esclusiva degli stati membri.

Allo stesso modo si è proceduto a ricostruire quale sia stato l'approccio della Comunità/Unione allo sviluppo del principio dell'uguaglianza sostanziale e a meglio definire i momenti di contatto e le differenziazioni tra principio di uguaglianza nazionale e principio di non-discriminazione comunitario. Tale ricostruzione si è resa indispensabile in quanto, già lo si è detto, la materia dei servizi pubblici è, in ambito nazionale, una di quelle materie che più hanno risentito dell'influsso delle istanze programmatiche espresse nell'art. 3, secondo comma, della Costituzione. Realizzazione di finalità sociali, tutela dei diritti fondamentali, promozione delle varie tipologie di diritti sociali, erogazione dei servizi pubblici hanno, infatti, tradizionalmente costituito l'essenza più profonda delle politiche nazionali, mentre ogni possibile ingerenza esterna veniva riguardata con sospetto fino a divenire inaccettabile là dove avesse potuto implicare una diminuzione dei livelli di garanzia sociale, così come autorevolmente affermato dalla Corte costituzionale nella teoria dei "controlimiti".

Un nodo fondamentale che si è cercato di affrontare è quello relativo alla possibilità di individuare alcuni elementi di dinamicità del rapporto d'interazione tra i livelli nazionale ed europeo, elementi che sembrano indicare come l'allargamento del raggio di influenza delle competenze europee e il livello qualitativo di integrazione raggiunta abbiano implicitamente spostato l'attenzione dell'Unione dalla prospettiva meramente economica a quella (anche) sociale, senza che ciò abbia prodotto quei fenomeni traumatici temuti in passato dalla stessa Corte costituzionale italiana, visto

che l'integrazione "politica" è stata perseguita, più che con atti fondanti, attraverso il progressivo riconoscimento, in modo particolare giurisprudenziale, dei diritti dei cittadini europei, almeno fino a quando il momento della scrittura "costituzionale" è apparso inevitabile.

Si è cercato anche di dimostrare che alcuni di questi fattori, tra i quali la natura stessa dell'ordinamento europeo, la proclamazione della Carta di Nizza, la valenza del processo costituente oggi in corso, le politiche sociali dell'Unione, il riconoscimento della funzione sociale dei pubblici servizi, si collocano all'origine di un intervento più deciso dell'Unione sul versante dell'integrazione positiva, intervento il cui livello di compatibilità con le discipline nazionali, a seconda che sia inteso come supremazia dell'intervento europeo, ovvero come coordinamento di quest'ultimo con l'azione di governo nazionale, è ancora da misurare. Si è posta l'attenzione sul fatto che al potenziamento degli strumenti dell'integrazione positiva nei confronti della semplice integrazione negativa o dei mercati ha fatto eco il permanere di provvedimenti di natura sovranazionale (ad esempio la c.d. "direttiva servizi", o anche alcune contestate pronunce giurisprudenziali in tema di libertà sindacale e diritto di sciopero) che per lo meno attenuano i risultati raggiunti, perché l'atteggiamento delle varie istituzioni europee non sembra perseguire finalità uniformi, lasciando presagire che il ruolo degli stati membri nell'attività di promozione sociale non sarà, per lungo tempo ancora, abbandonato definitivamente.

Ci si è parimenti proposti di mettere in luce come la Comunità/Unione abbia in ogni caso sviluppato proprie forme "indipendenti" d'intervento sociale, che risultano peculiari e ulteriori rispetto alle forme di tutela nazionale e che per ciò stesso possono loro aggiungersi. Così che la forma d'interazione fra ordinamento nazionale e sovranazionale potrebbe risolversi, piuttosto che in un momento di conflitto tra ordinamenti che rivendicano entrambi la propria supremazia, in una risposta congiunta ai meccanismi innescati dalla globalizzazione economica, peraltro già capaci di mettere in seria crisi le politiche sociali *tout court* degli stati nazionali, nonché di determinare la necessità di forme di coordinamento sovranazionale e d'indurre a riflettere sul tema della c.d. "globalizzazione giuridica" (P. Grossi).

L'auspicabilità di tale coordinamento "dinamico" trae spunto da due fattori contingenti e collegati. Il primo di questi sarebbe rappresentato dal livello d'integrazione raggiunto in seno all'Unione europea, e alla "futuribile" creazione di un'Europa sociale che, agendo all'unisono sulla scena mondiale così come auspicato dalla Comunicazione della Commissione *Europa 2020*, potrebbe addirittura assumere un ruolo cruciale nella definizione delle politiche sociali internazionali di reazione alla globalizzazione economica e alle crisi cicliche del mercato. Il secondo è dato dal ruolo dello stato nazionale che, originario garante unico delle istanze sociali provenienti dai cittadini, conoscerebbe oggi un indebolimento degli strumenti a propria disposizione non solo a causa delle nuove esigenze di tutela innescate dalla globalizzazione economica, ma anche per l'effetto della contestuale richiesta di maggiore autonomia prove-

niente dai livelli di governo infrastatali che rende auspicabile l'affermazione di una forma di stato sociale sovranazionale organizzato secondo i fluidi meccanismi della sussidiarietà.

In definitiva, l'Unione europea si trova di fronte a un dilemma, nell'imminente necessità di decidere se gli "orientamenti sociali" presenti nel tessuto giuridico europeo dovranno rimanere poco più che enunciazioni di principio o costituire il fulcro di un processo costituente per la realizzazione di un ordinamento sociale sovranazionale capace di reagire unitariamente alla forza con la quale il mercato globale e le sue crisi si riversano sui sistemi sociali degli stati membri. Individuato in questo dilemma lo snodo cruciale del processo d'integrazione, il presente studio si propone, ricostruendo i presupposti dello stato attuale dell'Unione europea, di tratteggiarne le prospettive. E a questo scopo la nuova disciplina del pubblico servizio che deriva dall'interazione tra costituzione economica nazionale e costituzione economica europea ricopre un ruolo centrale se è vero che, come più volte ricordato da Massimo Severo Giannini, proprio l'erogazione dei pubblici servizi ha costituito la principale funzione dei pubblici poteri riconvertiti a questo scopo nel passaggio dallo stato liberale allo stato sociale. È dunque su questo terreno che può utilmente essere percepito se e in quale misura il momento economico abbia nella sua evoluzione intersecato il momento sociale, che da mero "orientamento", anche se gradualmente, si va delineando sempre più come la nuova prospettiva dell'orizzonte europeo.

* * *

A conclusione di queste brevi notazioni introduttive ritengo indispensabile rivolgere un sincero ringraziamento a tutti coloro che nel corso del tempo con spunti ed indicazioni mi hanno consentito di affinare il lavoro fino a vederlo oggi pubblicato, e in particolare a Luisa Azzena, Elisabetta Catelani, Giovanna Colombini, Gian Luca Conti, Salvatore d'Albergo, Annarosa Pizzi, Rolando Tarchi, Alberto Vespaziani, Danilo Zolo.

È infine con particolare riconoscenza che ringrazio Marcello Clarich e Bernardo Giorgio Mattarella per avermi riservato l'onore di essere accolto in questa collana e aiutato con pazienza e gentilezza nella fase di revisione finale del lavoro.