



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Bruno Caruso

I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 81/2010



©Bruno Caruso 2010
Facoltà di Giurisprudenza – Università di Catania
bcaruso@lex.unict.it

ISSN – 1594-817X
Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona”
Via Crociferi, 81 – 95124 Catania (Italy)
Tel: + + 39 095 230464 – Fax: + +39 095 313145
centrostudidantona@lex.unict.it
www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione

I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve) * **

Bruno Caruso
Università di Catania

1. Il trattato di Lisbona: un trattato senza costituzione o un trattato post costituzionale?.....	2
2. Il tasso di socialità dei nuovi Trattati	4
3. Dopo la politica sociale, l'ora dei diritti.....	7
4. L'efficacia giuridica della Carta di Nizza è davvero "inefficace"? 9	
5. La Carta alla prova del campo: le prime pronunce giudiziali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; tre dimensioni di efficacia	11
6. L'Europa dei diritti su cinque "pilastri"	19

* Il saggio costituisce l'introduzione al numero 1 n. 2009 della Rassegna di diritto pubblico europeo, di prossima pubblicazione, interamente dedicato ad una valutazione incrociata delle disposizioni sui diritti sociali nella Costituzione italiana e nell'ordinamento costituzionale europeo.

** I saggi inseriti in questo fascicolo e quelli pubblicati nel numero precedente della stessa rivista si inseriscono nell'ambito di un programma di ricerca scientifica di rilevante interesse nazionale dal titolo I diritti sociali nelle scritture costituzionali e nel diritto vivente: il dialogo tra la Corte di giustizia europea e le Corti nazionali, cofinanziato dal Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca per il biennio 2010-2012

1. Il trattato di Lisbona: un trattato senza costituzione o un trattato post costituzionale?

Il fascicolo che si introduce, curato dal sottoscritto e da Raffaele De Luca Tamajo, fa seguito alla pubblicazione del precedente numero dove gli autori dei saggi, tutti giuslavoristi, si sono cimentati a leggere in parallelo i contenuti di alcuni dei diritti sociali fondamentali come normati e tutelati nell' (allora) ordinamento comunitario e nell'ordinamento nazionale.

All'analisi giustapposta o incrociata dei diritti sociali in generale (Caruso), del diritto al lavoro (Alaimo), della tutela contro il licenziamento illegittimo (Calcaterra), dei diritti di sicurezza e assistenza sociale (Ales), della tutela della salute dei lavoratori (Pasquarella – Ricci M.), si aggiunge ora quella del principio di uguaglianza e di non discriminazione (Militello), delle disposizioni in materia di diritto all'orario, riposi e ferie (Ricci G.); dei diritti collettivi classici, sciopero e conflitto (Lo Faro) e libertà sindacale (Fontana); del diritto alla formazione e all'istruzione (Lunardon).

Pur in un continuum di impostazione con i precedenti, i saggi del presente fascicolo si collocano su uno sfondo istituzionale diverso: il Trattato di Lisbona è entrato in vigore il primo di dicembre 2009 e con esso una serie di importanti disposizioni che producono riflessi diretti e indiretti sullo statuto giuridico dei diritti sociali fondamentali e sulla loro efficacia nell'ordinamento europeo.

E' evidente che quel che prima dell'entrata in vigore del Trattato era un quesito teorico - cosa cambia per il cittadino italiano con la definizione di una piattaforma di diritti sovranazionale avente valore costituzionale, che si aggiunge alla piattaforma dei diritti riconosciuti dalla costituzione interna - diventa un quesito, ormai attuale, di diritto positivo.

Ciò ha un immediato riflesso lessicale sulla titolazione di questo numero speciale dedicato ai diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo e non più, come prima, comunitario. Non si può più parlare, infatti, di ordinamento comunitario come nel precedente, ma di un diverso ordinamento giuridico: l'ordinamento dell'Unione Europea¹.

¹ Si v. G. Bronzini, *I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato e il ruolo della Corte*, in Riv. Crit. Dir. Lav., 2010, p. 1 ss.

Si tratta di un ordinamento non più basato sui tre pilastri (ora aboliti), risalenti al Trattato di Maastricht del 1992², ma su due atti fondamentali (i Trattati consolidati), aventi valore costituzionale malgrado i mancati riferimenti formali alla Costituzione europea che contraddistinguevano l'abortito Trattato³. Il diritto primario dell'Unione (la sua base costituzionale di fatto) si basa ora sul Trattato sull'Unione Europea (TUE), che fa riferimento ai principi fondamentali dell'Unione (le disposizioni comuni di cui al Titolo I), ai principi democratici e alle istituzioni (Titoli II e III), alle disposizioni sulle cooperazioni rafforzate e all'importante capitolo sulla politica estera e sulla sicurezza comune (prima un pilastro autonomo)⁴; infine, alle procedure para-costituzionali (nell'assetto costituzionale ibrido europeo, prendono il posto delle procedure di revisione costituzionale) di modifica dei trattati medesimi e di recesso dall'Unione (titolo VI disposizioni comuni).

Nel secondo Trattato (TFUE) confluiscono, invece, le complesse norme sul funzionamento dell'UE che nel Trattato per la costituzione costituivano la parte III di un unico trattato (politiche e funzionamento dell'Unione).

I due Trattati definiscono, dunque, un'Unione Europea unica, un solo complesso giuridico; *rectius* un ordinamento giuridico unitario, ancorché, come riconosce la dottrina più attenta, sui generis.

Gli effetti di costituzionalizzazione implicita dell'ordinamento europeo operati dal Trattato sono evidenti e messi bene in luce dalla

² I tre «pilastri» dell'Unione erano costituiti, nell'ordine, dalle tre Comunità europee considerate unitariamente, dalla politica estera e di sicurezza comune (P.E.S.C.) e dalla cooperazione giudiziaria e di polizia in materia penale (G.A.I.).

³ Per una utile ricognizione prima dell'entrata in vigore e nell'incertezza del primo referendum Irlandese si veda P. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado...But About What?*, in *Ind. Law. Jour.*, 2008, 37, 3, p. 219 ss. In generale nella già amplissima letteratura, F. Bassanini – G. Riberi, *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, 2008, il Mulino. Sulla formale decostituzionalizzazione del Trattato si v. J. Ziller, *Il trattato modificativo del 2007: sostanza salvata e forma cambiata del trattato costituzionale del 2004*, in *Quad. Cost.*, 2007, n. 4, p. 875 ss.; N. Walker, *Not the European Constitution*, in *Maastricht Journ. Eur. Comp. Law*, 2008, 15, p. 135 ss.

⁴ Sui tali aspetti delle politiche europee nel Trattato si rinvia N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali nel sistema delle fonti del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2209,3, p. 660.

dottrina costituzionalistica⁵; così come pure l'effetto di *cross fertilization* costituzionale per quanto riguarda il riconoscimento e l'affermazione dei diritti che sarà, con tutta probabilità, accentuato dall'interscambio, attraverso il dialogo tra le Corti supreme, tra i cinque nuovi pilastri che reggono l'architettura dei diritti fondamentali in Europa: le clausole generali d'apertura del Trattato, i Principi generali dell'Unione, la Carta dei diritti fondamentali (da ora Carta di Nizza), la Convenzione Europea dei diritti umani, le tradizioni costituzionali nazionali (infra § 6)⁶.

Come si è detto, è probabile che con la revisione operata dal Trattato di Lisbona le competenze dell'Unione saranno suscettibili di incidere nella condizione della persona in misura ancora maggiore di quanto sia oggi⁷. E' pure probabile che il nuovo bilanciamento tra disposizioni relative ai diritti della persona e riferimenti (o mancati riferimenti) alla integrazione economica, a favore delle prime, consenta una visione d'insieme e non più a compartimenti stagni nelle relazioni tra diritti e mercato⁸.

2. Il tasso di socialità dei nuovi Trattati

Il TFUE non reca particolari novità per quel che concerne i diritti sociali. Vi confluiscono le norme sulle politiche sociali [art. 151 (ex 136) - 161 (ex 145)] e occupazionali [titolo IX sull'occupazione : art. 145 (ex

⁵ Così soprattutto uno dei maggiori teorici della natura multilivello dell'ordinamento europeo, I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: Multilevel Constitutionalism in action*, in Cambridge Jour. Eur. Law, 2009, p. 389: «the reform not only facilitates the oversight and understanding of European primary law, but it can also be seen as recognizing its constitutional character implicitly, contrary to what was explicitly denied by the Brussels mandate».

⁶ «With these new pillars (...) acting as the basis for the protection of fundamental rights in the Union, the Treaty of Lisbon makes it entirely clear that the powers of the Union, be they exercised by the European institutions or implemented by the Member States' authorities, are limited to what is compatible with the fundamental rights of the individual (...). With its reference to national constitutional traditions as a basis for European fundamental rights, the treaty maintains not only the necessary dynamics of rights protection, but also the necessary openness at the Union level for the continuous borrowing and trade-offs between national and the European standards of rights through the judicial dialogue between the two constitutional levels», I. Pernice, *The Treaty*, cit., 402.

⁷ In tal senso, condivisibilmente, N. Parisi, *Funzioni e ruolo*, cit. pp. 661-662

⁸ P. Benvenuti, *La tutela giuridica delle istanze sociali nel tempo della globalizzazione*, in AAVV *Limitazioni della sovranità e processi di democratizzazione*, Giappichelli, Torino, 2004, p. 227 ss

125) – 150 (ex 130)]. Tali disposizioni non innovano sostanzialmente - salvo marginali cambiamenti sul regime dell'esercizio delle competenze⁹ - il quadro dei riferimenti alle politiche (e ai diritti) sociali già consolidato con il Trattato di Nizza.

L'unica eccezione può essere considerata l' importante disposizione costituita dall'art. 152, inserita *ex novo* nel TFUE che formalizza e sintetizza un riconoscimento già presente nell'ordinamento comunitario: la funzione delle parti sociali nella concertazione istituzionale e il valore del metodo del dialogo sociale.

Si attribuisce all'Unione nel suo insieme - e non solo ad un suo organo specifico (la commissione) come previsto nella specifica ed esplicativa disposizione dell'art. 154 - il compito di promuovere, nella diversità dei sistemi nazionali e nel rispetto del principio di sussidiarietà, il ruolo delle parti sociali "al suo livello", e di facilitare il livello autonomo di dialogo sociale¹⁰. Il compito della promozione del dialogo sociale è

⁹ A seguito delle modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, le misure di cui all'art. 153 lett. a) e b) possono essere adottate dal Parlamento europeo – ed è questa un'importante novità – e dal Consiglio a maggioranza, secondo la procedura di codecisione, che è diventata la procedura legislativa ordinaria, previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni. Rimangono delle materie per le quali il Consiglio delibera secondo una procedura speciale, all'unanimità, previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni. La regola dell'unanimità subisce però una deroga: la cosiddetta norma "passerella", infatti, prevede la possibilità che il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, decida di rendere applicabile la procedura legislativa ordinaria nel caso di adozione di misure che riguardino le materie di cui alle lettere d (protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro); f (rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione) e g (condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano regolarmente nel territorio della Comunità). Questa deroga vale dunque per tutte le materie per le quali ordinariamente è invece prevista la regola dell'unanimità, tranne che per la materia di cui alla lettera c (sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori) che rimane soggetta alla procedura legislativa speciale.

¹⁰ Si rinvia al saggio di G. Fontana, *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva*, in questa riv.; F. Dorssemont, *Some reflections on the origin, problems and perspectives of the European Social Dialogue*, in M.De Vos (eds), *A Decade Beyond Maastricht: The European Social Dialogue Revisited*, Kluwer Law International, 3-32; D. Comandè, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT- n.76/2010; D.Schiek, *Autonomous Collective Agreements as a Regulatory Device in European Labour Law: How to Read Article 139 EC*, in Ind. Law Jour., 2005, n.1, p. 26ss.; N.Ramos Martin, J.Visser, A

espressamente attribuito, nel secondo comma, al vertice sociale trilaterale (per la crescita e l'occupazione) che assume una specifica valenza di organo tripartito dell'UE.

La disposizione, ora contenuta nell'art. 152, nel progetto per il Trattato Costituzionale era inserita, invece, nel Titolo VI della I parte sulla vita democratica dell'Unione (art. I-47) e seguiva l'art. I-46 sul principio di democrazia partecipativa. La nuova collocazione (nel TFUE e non nel TUE) non ne altera il significato costituzionale. L'art. 152 va letto, infatti, in combinato disposto con l'art. 11 del TUE (ex art. 1-46) e, in particolare, con i commi 2¹¹ e 3¹², costituendone una specificazione con riguardo al metodo del dialogo sociale e della concertazione istituzionale. In tal modo, tali prassi vengono connesse non soltanto al pluralismo istituzionale ma pure al pluralismo sociale; non solo al principio di sussidiarietà verticale, ma anche al principio di sussidiarietà orizzontale.

Nel diritto primario europeo, dunque, viene data rilevanza alla concertazione sociale, comprensiva della negoziazione legislativa; un metodo di regolazione che, al più, negli ordinamenti nazionali, è oggetto di interventi di legislazione ordinaria o di prassi informale; e tale metodo viene agganciato, attraverso la lettura coordinata con l'art. 11 TUE, al principio democratico di rappresentatività, non solo istituzionale ma anche sociale.

Ne viene che il metodo della concertazione istituzionale, in ambito europeo, si radica sul, e si innerva nel, principio di democrazia partecipativa, attraverso il richiamo ad una rappresentatività sociale effettiva degli attori del dialogo sociale e non solo istituzionale¹³. Sotto

More 'Autonomous' European Social Dialogue: The Implementation of the Framework Agreement on Telework, in *Inter. Jour. Comp. Lab. Law Ind. Rel.*, 2008, n.4, p. 511ss.

¹¹ « Le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile».

¹² «Al fine di assicurare la coerenza e la trasparenza delle azioni dell'Unione, la Commissione europea procede ad ampie consultazioni delle parti interessate»

¹³ B. Caruso, *Democrazia sindacale e rappresentatività. Verso un insolito (evitabile?) destino: la postdemocrazia sindacale*, in *Quad. Rass. Sind.*, 2005, n. 1, p. 75. I problemi legati alla questione della rappresentatività dei sindacati sono stati affrontati dalla Commissione e dalla Corte di Giustizia in occasione del ricorso presentato dall'associazione europea delle PMI (UEAPME) per la sua esclusione dal processo negoziale che aveva condotto all'accordo e poi all'adozione della direttiva sui congedi parentali (COM(93)600; COM(98)622). La Commissione, nella sua Comunicazione, ha individuato tre criteri di

questo profilo il collegamento tra art. 152 TFUE e 11 TUE, finisce per avere una analoga valenza che nella Costituzione italiana assume il principio di democrazia sindacale (inteso quale principio costituzionale generale¹⁴) contenuto nell'art. 39 comma 3° della Costituzione.

Con una differenza che non va trascurata: mentre nel caso della Costituzione italiana il riferimento al principio di democrazia e di rappresentatività (comma 4° dell'art. 39) è diretto, e connesso alla contrattazione collettiva e ad un modello contrattuale tipizzato in ragione della sua efficacia soggettiva (il contratto collettivo nazionale di categoria), nel sistema europeo il riferimento è necessariamente più vago; e ciò sia nel richiamo al metodo (il dialogo sociale dentro cui ci stanno sia la negoziazione autonoma di livello europeo, sia la concertazione istituzionale, sia la contrattazione legislativa, sia nuove prassi di consultazione informale riconducibili ad una sorta di *soft bargaining*¹⁵); sia nel richiamo ancor più generico e indiretto al principio di democrazia e rappresentatività, attraverso il viatico dell'art. 11 TUE: il dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e con la società civile.

3. Dopo la politica sociale, l'ora dei diritti

Sul piano delle competenze sociali dell'Unione - se non del riconoscimento e dell'affermazione dei diritti - si ritiene che il nuovo quadro regolativo abbia costituito, invece, un passo indietro.

rappresentatività in base ai quali dovrebbe trattarsi di organizzazioni: 1) cross industry, b) di cui facciano parte organizzazioni sindacali già riconosciute come rappresentative nei rispettivi ambiti nazionali, c) che dispongano di strutture adeguate e idonee a garantire la loro effettiva partecipazione nell'applicazione dell'Accordo sulla Politica sociale. Il Tribunale di Prima Istanza, dal canto suo, nella decisione del ricorso presentato dall'UEAPME, non ha fatto molti passi in avanti essendosi limitato a dire che sarà la Commissione a dover valutare, caso per caso e in ragione del tema oggetto della trattativa, se i partecipanti sono direttamente interessati alla materia e se hanno una rappresentatività cumulativa sufficiente tale da poter rappresentare tutte le categorie di imprese e di lavoratori a livello comunitario (TPI, 17 giugno 1998, UEAPME c. Consiglio, T-135/96, Racc. p. II-02335).

¹⁴ B. Caruso, Contributo allo studio della democrazia nel sindacato, Giuffrè, Milano, 1986

¹⁵ Sulle molte declinazioni di dialogo sociale che connotano il panorama europeo si rinvia a D. Comandè, *Negoziazione e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, tesi di dottorato in Diritto del lavoro europeo, 2009, spec. cap.II

Alcuni autori¹⁶ paventano, infatti, che l'accentuato riferimento al Metodo del coordinamento – ora visibile pure nelle disposizioni sulle competenze (art. 5 comma 3 TFUE) - avrebbe definitivamente "declassato" lo strumento dell'armonizzazione mediante direttive. Già valutare il tasso di socialità di un ordinamento in ragione delle competenze e non della sostanza dei diritti (il cui problema è semmai l'effettività procedurale), è quanto meno concettualmente dubbio.

Se si vuole, in ogni caso, rimanere su questo piano è, invece, sostenibile che l'indubbia valorizzazione del metodo del coordinamento come tecnica di regolazione non implica necessariamente che, nelle materie sociali, l'integrazione mediante il diritto ceda del tutto a favore di processi di convergenza soft mediante quel metodo.

È prevedibile che nelle materie di competenza concorrente l'integrazione mediante il diritto secondario continuerà ad avvenire - come avviene ormai da qualche tempo - non attraverso direttive dettagliate, ma attraverso direttive leggere, caratterizzate da norme quadro e da principi che gli Stati potranno adattare flessibilmente ai loro ordinamenti, in modo da mantenere, per quanto possibile, i tratti specifici dei propri sistemi di regolazione del lavoro.

Anche tali direttive, proprio per queste caratteristiche, sono, tuttavia, riconducibili all'ambito della governance *by persuasion* cui appartiene lo stesso metodo del coordinamento non regolativo: si fa riferimento alle cdd. "direttive di seconda generazione" in materia sociale al cui novero appartiene, solo per fare un es., anche la recente direttiva sul lavoro temporaneo.¹⁷

¹⁶ E. Ales, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi "genealogica"*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2009, n. 3, p. 52; S. GIUBBONI, M. MILITELLO, *Commento agli articoli 151-161, Titolo X, Politica Sociale, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea*, in A. CURTI GIALDINO (a cura di), *Commentario del Trattato di Lisbona*, di prossima pubblicazione per i tipi dell'Editore Simone di Napoli.

¹⁷ Si rinvia a A. Alaimo e B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa 'sociale' dopo il Trattato di Lisbona*, relazione al convegno su *Le innovazioni del Trattato di Lisbona in tema di competenze dell'Unione e di tutela dei diritti*, Catania, 9-10 aprile 2010, dattiloscritto.

4. L'efficacia giuridica della Carta di Nizza è davvero "inefficace"?

Quel che più interessa, in ragione della presentazione dei saggi in oggetto, è lo stato dell'arte del fondamento costituzionale dei diritti sociali nell'ordinamento dell'UE dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Due tesi, schematizzando molto, si contendono il campo. Secondo una prima, la formale entrata in vigore ad efficacia piena della Carta dei diritti fondamentali¹⁸, non muta il quadro giuridico già assestatosi dopo la sua originaria redazione che ha seguito alle due convenzioni fondative. Molto più importante, per il profilo della tutela effettiva dei diritti individuali, sarebbe invece l'adesione formale dell'Unione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'Uomo e delle libertà fondamentali¹⁹.

La giurisprudenza della Corte di giustizia (ma anche le Corti interne) l'hanno già ampiamente utilizzata in un crescendo di richiami²⁰, insieme ad altre piattaforme di diritti, in ragione del suo valore meramente ricognitivo di diritti già riconosciuti nelle costituzioni nazionali e in dichiarazioni internazionali.

La Carta dei diritti, secondo questa tesi²¹, avrebbe già dato tutto quel (poco) che avrebbe potuto dare negli anni della sua lunga transizione; avrebbe, cioè, già per intero espresso (ed esaurito) il suo potenziale; per cui il passaggio dallo status di soft law comunitaria a quello di diritto primario dell'UE con efficacia diretta e immediata (giusto lo status giuridico del trattato) nulla aggiungerebbe sotto il profilo della

¹⁸ Non più attraverso la tecnica dell'incorporazione (Titolo II del Trattato per la Costituzione europea) ma attraverso la diversa tecnica del rinvio: art. 6 comma 1 TUE: "La Carta (...) ha lo stesso valore giuridico dei Trattati". Considera, invero, apoditticamente, più debole la tecnica del rinvio rispetto a quella della incorporazione (non risultando chiaro quale sarebbe la diversa dimensione di efficacia), F. Seatzu, *La tutela dei diritti fondamentali nel nuovo Trattato di Lisbona*, in *La Comunità internazionale*, 2009,11, p. 48.

¹⁹ P. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado*, cit. p. 234

²⁰ B. Caruso, M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, n. 2, p. 147. Cfr. anche il dossier a cura di F. Amici, V. Papa, E. Saccà, *Le Corti e la Carta di Nizza. Tecniche di argomentazione e attività interpretativa*, n. 12/2009, in <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/dossier.htm>.

²¹ Per tutti Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado*, cit. p. 234

tutela effettiva (onde il richiamo shakespeariano a “tanto rumore per nulla”).

La Corte di giustizia europea, soprattutto nei casi *Laval* e *Viking*²², ha già operato un ampio riconoscimento dei diritti sociali fondamentali di natura collettiva contenuti nella Carta, ma ha inserito gli stessi in un circuito di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali di qualità tale, che avrebbe finito per nuocere alla loro affermazione come diritti dotati di effettività, in ciò addirittura disattendendo anche precisi segnali e richiami provenienti dalla CEDU²³. L'entrata in vigore della Carta non muterebbe questa condizione di minorità (o di minor peso) - è previsione pessimistica diffusa tra i giuristi che si sono occupati dei casi - dei diritti sociali collettivi rispetto alle libertà economiche fondamentali²⁴. Il problema, anzi, per i giuristi nazionali, sarebbe di indurre le Corti costituzionali ad erigere barriere giuridiche (in forma di teoria dei controlimiti) contro l'invadenza della Corte di giustizia che rischierebbe, con la propria giurisprudenza, di inquinare la purezza e compromettere l'assolutezza dei diritti sociali nella dimensione nazionale²⁵.

A mitigare tali pessimistiche previsioni varrebbe oggi richiamare il disposto dell'art. 53 della Carta²⁶ che rende operativo ed esplicito il

²² B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rass. Dir. Pub. Eur.*, 2008,2, p. 11 ss.

²³ Soprattutto per quanto riguarda il diritto di contrattazione collettiva (sentenza *Demir e Baykara c. Turchia*, 12.11.2008) e il diritto di sciopero dei dipendenti pubblici (sentenza *Enerji Yapi – Yol Sen c. Turchia*, n. 68959/01, 21.04.2009). Per un commento si rinvia a G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. It. Dir. Lav.*, 2009, II, p. 975 ss.; si v. pure i richiami in G. Fontana, *Libertà di organizzazione sindacale e diritto alla negoziazione collettiva*, in *q. riv. La Corte di Strasburgo, con questi due importanti arresti, ha sancito la riconducibilità del diritto di sciopero e di negoziazione collettiva alla copertura dell'art. 11 della CEDU.*

²⁴ Per tutti cfr. G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, p. 237 ss.; v. pure U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari. 2009, p. 155.

²⁵ M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, n. 2, p. 371 ss.; U. Carabelli, *Europa dei mercati*, cit.

²⁶ L'articolo 53, rubricato “Livello di protezione” stabilisce che “Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle

principio della prevalenza della migliore tutela dei diritti nell'ordinamento multilivello; ciò anche a voler trascurare che già il richiamo del precedente art. 6, nella versione del Trattato di Nizza, alle tradizioni costituzionali nazionali ("comuni degli stati membri") avrebbe impedito, sotto il profilo costituzionale, ogni interpretazione al ribasso degli standard nazionali in virtù dell'applicazione del diritto europeo.

A tale tesi se ne contrappone un'altra: il passaggio da uno statuto giuridico debole dei diritti fondamentali ad uno statuto giuridico forte, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, non potrà essere senza conseguenze sul piano dell'affermazione e non soltanto del riconoscimento dei diritti sociali fondamentali²⁷; con quale effetto sul piano delle tecniche giudiziali di bilanciamento tra diritti e libertà economiche è tutto da vedere.

5. La Carta alla prova del campo: le prime pronunce giudiziali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona; tre dimensioni di efficacia

Allo stato, a soli pochi mesi dall'entrata in vigore del Trattato e di mutamento di status giuridico della Carta, non possono registrarsi definitivi mutamenti di indirizzo; l'arco temporale è insufficiente a considerare l'affermazione di una tendenza.

Si registrano però alcuni importanti casi giurisprudenziali che vale la pena citare per il richiamo assolutamente nuovo alla Carta di Nizza. Alcuni delle Corti domestiche, altri provenienti dalla Corte di giustizia e dagli avvocati generali.

libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri".

²⁷ B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale*, cit. R. Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rass. Parl.*, 2005, 1, p. 63 ss. L. S. Rossi, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, *Yearbook of Eur. Law*, 2008. 27. P. 65 ss. I. Pernice, op. loc. cit.

Per quanto riguarda le Corti domestiche il segnale più importante²⁸ è un passaggio contenuto in una recente pronuncia della Corte di Cassazione (sent. 2 febbraio 2010 n. 2352) in materia di demansionamento e danno alla professionalità. Si tratta di un pronunciamento talmente auto esplicativo - anche per la relazione di reciproca interazione tra diritti costituzionali e diritti affermati nella Carta dei diritti dell'UE - che si commenta da solo e vale, pertanto, la pena riportare per intero :

"Una (...) puntualizzazione dev'essere posta in relazione alla entrata in vigore del Trattato di Lisbona (1 dicembre 2009) che recepisce la Carta di Nizza con lo stesso valore del Trattato sulla Unione e per il catalogo completo dei diritti umani. I giudici del rinvio dovranno ispirarsi anche ai principi di cui all'art. 1 della Carta, che regola il valore della dignità umana (che include anche la dignità professionale) ed allo art. 15 che regola la libertà professionale come diritto inviolabile sotto il valore categoriale della libertà. I fatti dannosi in esame vennero commessi prima della introduzione del nuovo catalogo dei diritti (2000-2001), ma le norme costituzionali nazionali richiamate bene si conformano ai principi di diritto comune europeo, che hanno il pregio di rendere evidenti i valori universali del principio personalistico su cui si fondano gli Stati della Unione. La filonomachia della Corte di Cassazione include anche il processo interpretativo di conformazione dei diritti nazionali e costituzionali ai principi non collidenti ma promozionali del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza che esso pone a fondamento del diritto comune europeo.

Anche sul versante della giurisprudenza europea arrivano segnali importanti nel senso di un utilizzo della Carta allo scopo di rafforzare

²⁸ Già prima dell'entrata in vigore del trattato, ma dopo la ratifica dell'Italia, alcune pronunce dei giudici domestici avevano fatto riferimento alla Carta di Nizza applicandola direttamente e affermandone i diritti e i principi ivi contenuti: Trib. Bari 19 novembre 2009, n. 3478 che ritiene di non aderire all'indirizzo delle sezioni unite delle Cass. sulla non autonomia e, dunque, sulla non cumulabilità del risarcimento del danno morale e del danno biologico, proprio in virtù del richiamo diretto dell'art. 2 della Cost. in relazione "all'art. 1 della Carta di Nizza contenuta nel Trattato di Lisbona ratificato dall'Italia". Si v. pure il Giudice di pace di Bari, 26 giugno 2009, n. 4934.

l'effettività dei diritti, oltre il loro formale riconoscimento; di un uso, dunque, più pregnante e incisivo.

Si può fare riferimento, in primo luogo, alla pronuncia della Corte di giustizia nella causa Seda Küçükdeveci (C-555/07) del 10 gennaio 2010. Qui quel che più rileva non è tanto il richiamo esplicito all'art. 6 del Trattato di Lisbona²⁹, quanto la decisione finale cui giunge la Corte. Essa dichiara, infatti, in contrasto con il diritto europeo antidiscriminatorio (per età) una normativa tedesca riguardante la disciplina del licenziamento; istituto, come è noto, su cui i Trattati precedenti, e ora il TFUE, prevedono una competenza da esercitarsi all'unanimità e sul quale, attualmente, non esiste alcuna regolazione diretta di diritto europeo secondario (ora art. 153 § 4 ex art. 137); mentre insiste, ora, l'art. 30 della Carta che pone, a livello di diritto sociale fondamentale europeo, il principio della tutela contro il licenziamento illegittimo; diritto che tuttavia non viene richiamato nella motivazione dalla Corte³⁰.

In tal senso la Corte conferma se stessa: i principi generali dell'UE³¹ - che riguardano materie escluse dalle competenze sociali dell'Unione, come lo sciopero, la libertà di associazione sindacale, la retribuzione e ora anche i diritti fondamentali della Carta - finiscono per costituire un volano di espansione di fatto del suo controllo diffuso di costituzionalità, a prescindere dal gioco formale delle competenze e delle materie attribuite.

Tale orientamento della Corte di giustizia ribadisce quel che è già noto circa la funzione della sua giurisprudenza, sin dal *leading case* [Stauder v. City of Ulm, (1969) ECR, para 7]: essa, prima della Carta, non ha svolto soltanto la funzione surrogatoria rispetto alla Costituzione scritta di elaborare un "*judge-made law, unwritten Bill of rights*"; ma ha

²⁹ Sentenza Corte di Giustizia, C-555/07, Seda Küçükdeveci, 19 gennaio 2010, punto 22: «Va del pari rilevato che l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati [...]». Tale richiamo si aggiunge alla citazione della formulazione anteriore della norma attraverso il riferimento che ne fa la direttiva 2000/78/CE.

³⁰ L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in questa rivista, 2009, n. 1.

³¹ Cfr. C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso*, 13 settembre 2007; ma pure C- 341/05, *Laval*, 18 dicembre 2007; C-438/05, *Viking*, 11 dicembre 2007.

contribuito, in combinato con il principio del primato del diritto europeo, a sollecitare una integrazione (ed un identità) europea non basata soltanto sull'unificazione dei mercati³².

Sembra, pure, confermare che la collocazione della Carta nel novero del diritto primario dell'Unione, finirà per produrre conseguenze salienti e ulteriori rispetto al precedente quadro istituzionale: a) nei rapporti tra tutela sovranazionale e costituzionale (interna) dei diritti; b) nei rapporti l'affermazione dei diritti e le competenze sociali dell'Unione (nel rapporto cioè tra art. 6 del TUE e TFUE; c) infine, nei rapporti tra diritti sociali e libertà economiche.

E tutto questo al di là delle disposizioni formali che tendono a ridurre la portata applicativa della Carta di Nizza con le clausole orizzontali³³ e della eccentrica clausola di *opting out*, a certi effetti, dalla Carta nei confronti di Polonia e Gran Bretagna contenuta nell'apposito protocollo³⁴; e pur dovendosi affermare che il gioco delle clausole

³² Per più ampie considerazioni A. Knook, *The Court, the Charter and the Vertical Division of Powers in the European Union*, in *Com. Mar. Law Rev.*, 2005, 42, p. 367 ss.; M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza della Corte*, in *Le nuove istituzioni europee*, a cura di F. Bassanini e G. Tiberi, cit. Id. *L'ora dei diritti fondamentali*, in *I diritti in azione: universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2008.

³³ Sulla controversa portata delle clausole orizzontali contenute negli articoli 51 e 52 della Carta di Nizza si rinvia ad A. Ferraro, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la Multifforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 2005, p. 51 ss. Pure Bronzini op. cit., 12. La disposizione più indicativa della discrasia tra contenuti formali delle disposizioni orizzontali e loro efficacia (limitativa) sostanziale è costituita dall'art. 52 (*Portata e interpretazioni dei diritti e dei principi*), in particolare il § 5 sulla portata meramente programmatica dei principi, e applicazione diretta e orizzontale da parte della Corte di giustizia del principio di non discriminazione e di uguaglianza (qualificato, invece, come principio e non come diritto). Si rinvia a C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione Europea*, il Mulino, 2008; M. Militello, *Principio di eguaglianza e non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in questa riv.

³⁴ Non si spiegherebbe altrimenti la protervia dei due stati nel richiedere il protocollo malgrado le clausole orizzontali in larga misura frutto della pressione della GB. Sulla portata giuridica del Protocollo n. 30 (applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito), che potrebbe determinare la necessità da parte della Corte di giustizia di amministrare una Carta "a geometria variabile", il dibattito è in pieno svolgimento; si rinvia a F. Seatzu, *La tutela dei diritti fondamentali*, op. cit. p. 51 ss. E. Pagano, *Dalla Carta di Nizza alla Carta di Strasburgo dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl. comp. Eur.*, 2008,1, p. 99 ss. N. Parisi, *Funzioni e ruolo*, cit. p. 656.

orizzontali e i limiti di efficacia della Carta conducano ad escludere, almeno nell'immediato, la possibilità di prefigurare l'ipotesi di cittadini che, subendo una lesione da parte dello Stato, possano rivolgersi direttamente ad un giudice domestico, facendo valere il proprio diritto secondo le disposizioni della Carta e richiedendo, magari, un ristoro risarcitorio nei confronti dello stato autore della violazione³⁵.

a) Con riguardo al *rapporto tra tutela sovranazionale e domestica dei diritti*, sembra assumere rilievo, sempre più, la prospettiva della tutela multilivello sulla base di due presupposti: i) che la primazia del diritto sovranazionale sulle costituzioni interne non ha fondamento gerarchico ma funzionale; né si tratta di un primato incondizionato, ma solo in ragione della funzione della migliore tutela possibile dei diritti, giusto l'art. 53 della Carta; ciò in quanto i rapporti reciproci tra le diverse componenti di un ordinamento composito - che sussume ma non nega gli stati - sono basati su relazioni pluraliste e cooperative³⁶; ii) questo implica che anche i rapporti tra le alti Corti di cui si compone l'ordinamento multilivello (Corte di Giustizia dell'UE, Corte Europea, e Corti costituzionali) si fondano su relazioni di reciproca considerazione, riconoscimento e cooperazione. La tutela sovranazionale del diritto di sciopero e di negoziazione collettiva è a tal proposito emblematica: a fronte della criticabile ma spiegabile (nel contesto dei vecchi Trattati) operazione di bilanciamento asimmetrico operato dalla Corte di giustizia nei casi Laval e Viking (soprattutto nel primo³⁷), si pone oggi una crescita di pregnanza e di peso giuridico di tali diritti - riconosciuti dalla CEDU nei rapporti interni agli stati come diritti universale che prescindono da formali competenze o ratifiche -

³⁵ R. Bifulco, *Dignità umana e integrità genetica nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea* op. cit. 79 e ivi ulteriori richiami.

³⁶ I. Pernice, *The Treaty of Lisbon*, p. 383

³⁷ Spiegabile anche in ragione del fatto che l'obiettivo del mercato unico nella dimensione europea finisce per avere una originale pregnanza che non può essere spiegata qualora si assuma unilateralmente l'ottica della costituzione interna. Questa prospettiva assunta dai critici di sinistra delle sentenze Viking e Laval trascura per altro, come altrove evidenziato, i nuovi dati della costituzione interna dopo riforma del 2001 (art. 117 primo comma e 120 primo comma Cost.).

anche nel bilanciamento con le libertà economiche considerate, pur esse, come fondamentali nell'ordinamento europeo (infra punto c).

b) Con riguardo al rapporto tra Carta dei diritti e competenze sociali (ridotte) dell'UE esso suscita, come detto, preoccupazioni tra i giuristi del lavoro, proprio perché "il livello di integrazione della Carta dei diritti nel quadro istituzionale previsto dal Trattato" è ancora basso o prudente. Tale relazione è, infatti, esplicitamente ancorata ad un "generale principio di non interferenza", oltre che a criteri formali di ripartizione e, "contraddittoriamente, ad un principio di separazione"³⁸. E, tuttavia, questo - come la citata sentenza *Seda Küçükdeveci* dimostra e come correttamente previsto dalla migliore dottrina costituzionalista - non impedisce che il dialogo tra le corti e l'uso della Carta possa produrre "sebbene non intenzionalmente, la protezione dei diritti fondamentali all'interno degli stati membri, in materie che non rientrano direttamente nell'ambito di azione europea"³⁹.

c) Con riguardo, infine, alle operazioni di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali - vero *punctum dolens* della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia secondo gran parte della dottrina giuslavorista - è ancor presto per dire se finirà per prevalere l'ipotesi della irrilevanza (su questa giurisprudenza) del nuovo status giuridico della Carta e del nuovo quadro costituito dal Trattato di Lisbona; ovvero, l'ipotesi giusta la quale le future operazioni di bilanciamento non potranno non tener conto che si è di fronte ad un quadro radicalmente mutato; se non altro per il riconoscimento formale, per la prima volta, dei diritti sociali in un atto avente fondamento di costituzione sovranazionale⁴⁰. Nel Trattato e nella Carta, a cui l'art. 6 rinvia, viene sancita la piena e pari equipollenza, in ragione della indivisibilità, di tali diritti con altri diritti individuali di natura civile, politica, culturale, esistenziale, tutti aggregati intorno a quel vero è proprio meta principio (o meta diritto) unificante che è la dignità della persona

³⁸ Le espressioni virgolettate sono di F. Seatzu, op. loc. cit., p. 50.

³⁹ I. Pernice, *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 402.; G. Bronzini, *I diritti fondamentali*, cit. p. 12 e ivi ulteriori riferimenti.

⁴⁰ Decisamente in tal senso, R. Bifulco, *Dignità umana*, cit.

(art. 1 della Carta dei diritti fondamentali)⁴¹. A tale proposito qualche segnale arriva da quei pionieri della nuova frontiera dell'integrazione sociale che si stanno rivelando gli avvocati generali della Corte di giustizia. Sono costoro che hanno già assunto il compito di sondare il terreno per i nuovi insediamenti dei diritti sociali nell'ordinamento in costruzione su cui si collocherà, magari, successivamente e con tempi più laschi la Corte. Si può fare riferimento, in tal senso, alle conclusioni dell'avv. Generale Verica Trstenjak presentate il 14 aprile 2010 Causa C-271/08, Commissione europea contro Repubblica federale di Germania, ove al § 79 si afferma :

Con il Trattato di Lisbona – nel caso di specie non rilevante ratione temporis – è stato oltremodo rafforzato il nesso del diritto di negoziazione collettiva con il diritto primario, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata dichiarata giuridicamente vincolante dall'art. 6 TUE. Attraverso questo generico richiamo alla Carta il diritto di negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della medesima Carta viene ora espressamente sussunto nell'alveo del diritto primario".

Ancor più esplicite le affermazioni dell'avv. Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 5 maggio 2010 - Causa C-515/08, Santos Palhota e a. nella cruciale materia del rapporto tra distacco dei lavoratori e libera prestazione dei servizi.

Egli afferma:

"51. Ciò nondimeno, a partire dal 1° dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le «esigenze

⁴¹ Sul principio diritto alla dignità si rinvia a P. Becchi, *Il principio dignità umana*, Morcellana, 2009. U. Vincenti, *Diritti e dignità umana*, Laterza, Bari, 2009.

connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». Tale esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale (...).

52. Tale mandato sociale si riflette ancor più nitidamente nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, testo che ora è entrato a far parte del diritto primario dell'Unione e in cui si dichiara che «[o]gni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose». Tra le condizioni enunciate è prevista una garanzia relativa alla durata del lavoro, ai periodi di riposo e alle ferie annuali che illustrano, sebbene non in modo esaustivo, un regime minimo di tutela a favore del lavoratore.

L'impostazione dell'avv. Generale Pedro Cruz Villalón pare oltremodo esplicativa del "change", perché è evidente che si tratta della indicazione di una nuova interpretazione alla Corte: la valutazione di ragionevolezza attraverso il test di adeguatezza, necessità e proporzionalità nelle operazioni di ponderazione giudiziaria tra diritti e libertà non cambia. Lo strumento del bilanciamento è il più adeguato per le ipotesi di contemperamento costituzionale. Quel che cambia, invece, rispetto a prima, è il peso ponderale specifico a favore della tutela del lavoro se è vero che:

53. L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della

salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva. Detta tesi, suffragata dai nuovi precetti dei Trattati poc'anzi ricordati, trova espressione, nella pratica, nell'applicazione del principio di proporzionalità."

Onde le consequenziali conclusioni:

"54. Perciò, le misure di carattere sociale controverse dello Stato ospitante, per poter essere giustificate nei termini poc'anzi esposti, devono risultare idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto risulti necessario per realizzare il detto obiettivo. Tale criterio di proporzionalità, che la Corte di giustizia ha applicato regolarmente nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, è comunemente conosciuto come, rispettivamente, il test dell'adeguatezza e della necessità.

55. Occorre pertanto stabilire se le misure controverse costituiscano una restrizione della libera prestazione dei servizi, e, successivamente, in caso di risposta affermativa, si dovrà valutare se esse siano giustificate applicando il controllo di proporzionalità. Tale analisi deve essere effettuata in maniera individuale, esaminando separatamente ognuna delle misure in questione, e alla luce di un parametro di controllo che, in applicazione del Trattato, risulti particolarmente sensibile rispetto alla protezione sociale del lavoratore" .

6. L'Europa dei diritti su cinque "pilastri"

Se si vogliono tirare le fila da questo excursus, si può iniziare considerando più definita e certa la nuova base costituzionale dei diritti sociali fondamentali. Essi traggono il proprio fondamento da disposizioni di diritto primario dell'UE. Si tratta di un esito più rispettoso del principio di certezza del diritto che nulla toglie alla fondamentale funzione *pretoria* delle Corti di affermazione dei diritti.

Tale esito esprime compiutamente, in una fase di difficoltà politica ed economica del processo di integrazione europea, il disegno (e la natura) originari e originali di questo processo; disegno e natura che presuppongo non la costituzione di superordinamento con impresse le stigmate, note, della formazione statale, ma quelle meno caratterizzanti di un metaordinamento, di una formazione giuridica, economica e identitaria sovranazionale, assolutamente unica.

Essa rappresenta l' invero di un pluralismo giuridico (di principi) che tende a superare il pluralismo ordinamentale classico⁴²; se si trattasse di questo, infatti, saremmo di fronte ad un ordinamento che manterrebbe, nel momento in cui sussume il concetto stesso di ordinamento, pretese di autorità, incommensurabilità, esclusività, coerenza, sovranità, autosufficienza normativa.

La costruzione europea multilivello che tiene reticularmente insieme pezzi di un mosaico che si muovono autonomamente, pur in un movimento comune organizzato e sincronizzato in un sistema (come i singoli pianeti in un sistema stellare unico), va considerata a partire dalle sue specificità.

Come notava con acume metodologico un giurista italiano studioso del diritto comunitario negli anni '60, per conoscere e comprendere il diritto europeo, bisogna porsi all'interno della sua ottica e non, come spesso avviene, cercare di decifrarlo attraverso schemi concettuali che portano impressi i segni della tradizionale statalistica⁴³.

⁴² Per convincenti analisi si rinvia a G. Itzcovich, *Teorie e ideologie del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2006 specie cap. II e all'amplessima dottrina di riferimento

⁴³ Così nelle conclusioni R. Monaco, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 1967, 228: «Per giungere a dei risultati equilibrati, che corrispondano il più possibile ad una visione organica ed autonoma del fenomeno giuridico comunitario, bisognerebbe che il giurista si ponesse pienamente nell'ottica comunitaria lasciando da parte le influenze interne, di vario genere, che hanno contribuito alla sua formazione ed all'esplicitazione del suo metodo di ricerca ... Per parte nostra abbiamo cercato di porci nell'ottica comunitaria, il che spiega varie soluzioni da noi accolte, le quali, se valutate col medesimo spirito comunitario dal quale siamo animati, possono essere condivise, mentre possono essere oggetto di dubbio e di opposizione qualora siano viste con altro spirito. Va a questo punto avvertito che il complesso dei problemi sorgenti dai rapporti tra diritto Comunitario e diritto interno non va ricondotto soltanto ad una particolare ottica, ovvero ad un particolare metodo».

Il riferimento a principi e diritti fondamentali come nucleo attorno al quale si costruisce la nuova Unione Europea, il suo assetto politico ma anche la sua struttura giuridica fondamentale oltre che la sua identità, consente di collegare ciò che sta dentro e ciò che sta fuori questo ordinamento. Tali principi e diritti, nell'ordinamento europeo, si fondano sull'autorevolezza, e non sull'autorità; si impongono non in ragione di una intrinseca assolutezza ma attraverso operazioni, "miti", di bilanciamento in caso di conflitto tra di essi; attraverso il criterio di ragionevolezza (con i corollari della proporzionalità, adeguatezza e necessità). Proprio il metodo del bilanciamento postula, infatti, la commensurabilità di ognuno di essi, la relatività dunque e la non assolutezza⁴⁴.

Questa dialettica interna/esterna di principi e diritti fondamentali del metaordinamento europeo si staglia, e si evidenzia meglio, qualora si mettano a fuoco i pilastri che reggono la costruzione costituzionale dell'UE basata su un proprio, peculiare *bill of rights*.

Sono cinque, come accennato, i pilastri che reggono la nuova architettura nell'ordinamento multilivello: tre interni e due esterni.

Pilastri interni possono essere considerati:

a) le nuove disposizioni generali del TUE, in particolare l'art. 2 sui valori dell'Unione con il riferimento alla solidarietà, disposizione che precede "infiltrando" in tal modo la disposizione successiva sugli obiettivi⁴⁵; l'art. 3 che segna sul piano costituzionale il decesso, definitivamente formalizzato, della frigidità sociale dell'Europa, secondo la nota iperbole di Mancini⁴⁶, e l'assunzione in proprio, e non soltanto attraverso gli stati, ma nel rispetto del principio di sussidiarietà (art. 5 § 3 TUE), di qualificanti obiettivi sociali⁴⁷. L'art. 9 del TFUE che contiene

⁴⁴ In tal senso pure G. Itzcovich, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali. L'Europa e il suo diritto in tre concetti*, in DPCE, 2009, p. 34 ss., in particolare p. 54.

⁴⁵ Si rinvia a C. Pinelli, *Il Preambolo, i valori gli obiettivi*, in F. Bassanini e G. Tiberi, *Le nuove istituzioni europee*, cit. p. 57 ss., 61 ss.

⁴⁶ F. Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 259 ss.

⁴⁷ Nell'art. 3 § 3 del nuovo TUE è sicuramente riscontrabile una valorizzazione della dimensione sociale: gli obiettivi dell'Unione vengono ridefiniti facendo esplicito riferimento ad un'economia sociale di mercato, alla piena occupazione (non più, come nei precedenti artt. 2 TUE e TCE, elevato livello di occupazione), alla lotta all'esclusione sociale e alle

un'altra promettente clausola sociale e l'art. 10 che ancora la politica e l'azione dell'Unione al principio di non discriminazione, principio ripreso anche da qualificanti norme della Carta di Nizza (art. 20 uguaglianza davanti alla legge e 21 non discriminazione⁴⁸).

b) I diritti contenuti della Carta di Nizza, di cui si è già detto; tra di essi i diritti sociali collocati in posizione di equipollenza con gli altri diritti culturali, civili e politici (la indivisibilità). Essi diventano, in ragione del loro inserimento formale nel diritto primario dell'Unione, norme giuridiche utilizzabili nel ragionamento giuridico e direttamente applicabili dai giudici dell'Unione (e dai giudici interni in quanto anch'essi attori del diritto europeo). In tal modo, come correttamente rilevato, i diritti sociali riconosciuti dalla Carta non costituiscono più solo "una categoria etico-politica che dall'esterno fonda e limita l'obbligazione politica (...) ma (...) a tutti gli effetti concetti

discriminazioni, alla parità tra donne e uomini, alla solidarietà e alla coesione sociale (sono tutti nuovi riferimenti importanti per la dimensione sociale). Il nuovo trattato, da una parte, ha eliminato dall'articolo dedicato agli obiettivi dell'Unione il riferimento a «un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno» [prima contenuto nell'art. 3, par. 1, lett. g), TCE], trasferendo tale obiettivo nel Protocollo (n. 27) sul mercato interno e sulla concorrenza, allegato al Trattato, in ragione della nota iniziativa francese. Dall'altro, ha sostituito questo obiettivo con quello di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva», formula nella quale un ruolo particolarmente incisivo viene assegnato all'aggettivo "sociale", collocato tra i sostantivi "economia" e "mercato", che va, pertanto, letta come uno sforzo di riequilibrio tra valori, fini ed obiettivi sociali ed economici, appunto nell'ottica di una integrazione tra solidarietà e mercato e nella quale è forte il richiamo alla scuola di pensiero dell'ordo liberalismus e alla dottrina sociale sottesa. Si rinvia a B. Caruso A. Alaimo, *Dopo la politica i diritti: l'Europa 'sociale' dopo il Trattato della Lisbona*, dattiloscritto cit.

⁴⁸ Secondo l'art. 9 TFUE «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un livello di occupazione elevato, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta all'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana». L'art. 10 mira a combattere le discriminazioni di varia natura. Le due disposizioni vogliono chiaramente impedire che le misure di natura economica o di rafforzamento della competitività della 'zona Europa' prevalgano su quegli obiettivi di coesione e solidarietà che l'Unione ha voluto accogliere fra i suoi principi-obiettivi. B. Caruso - A. Alaimo, op. loc. ult. cit.

giuridici che fanno parte della gestione quotidiana della giustizia nello stato costituzionale di diritto”⁴⁹.

c) I principi generali ‘classici’ del diritto dell’Unione europea⁵⁰: la promozione e la tutela delle libertà economiche fondamentali di circolazione, la creazione del mercato comune, l’Unione sempre più stretta tra i popoli, l’efficacia del diritto europeo, il suo primato e la sua uniforme applicazione da parte degli stati; ma pure principi, di recente affermati più decisamente e ri-correntemente, nella materia sociale, in via pretoria: il principio di eguaglianza e di non discriminazione⁵¹, che acquisiscono carattere di principi universali⁵²; tali perché non hanno bisogno di un fondamento giuridico positivo, ma che assurgono, ormai, con l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza, anche a rango di principi positivamente fondati nell’ordinamento dell’Unione.

Si collocano formalmente all’esterno dell’Unione ma, in virtù del richiamo dell’art. 6 TUE, penetrano e si intrecciano con gli altri tre pilastri interni:

d) I diritti umani sanciti dalla Cedu con particolare riferimento all’art. 11 nella recente applicazione estensiva che ne ha fatto la Corte di Strasburgo; essi non sono più soltanto richiamati, ma applicati direttamente in ragione dell’adesione

⁴⁹ G. Itzcovich, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, cit. p. 54

⁵⁰ I principi generali del diritto comunitario (ora europeo) sono una fonte non scritta collocata ad un livello intermedio (interposto) tra il trattato e gli atti di diritto secondario (derivato). La funzione maieutica nei loro confronti è stata svolta tradizionalmente dalla Corte di giustizia che li può trarre sia dai Trattati sia dagli ordinamenti comuni agli stati membri, C. Favilli, *La non discriminazione nell’Unione europea*, op. cit., p. 184.

⁵¹ Cfr. C. Favilli, *La non discriminazione nell’Unione Europea*, cit., p. 183 ss. ove ampi richiami dottrinali e giurisprudenziali; per un raffronto con l’art. 3 della Costituzione italiana, v. Militello, *Principio di eguaglianza e non discriminazione*, cit.; Barbera, *Discriminazioni ed eguaglianza nel rapporto di lavoro*, Giuffrè, Milano, 1991; Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, fasc. 99-100, p. 406-407.

⁵² «I principi fondamentali a differenza degli ordinamenti giuridici, sono universali perché non hanno un fuori...di per sé considerati ... sono assoluti e universali perché affermano la propria pretesa di universalità su ogni questione e ragione particolare a prescindere dalla collocazione del soggetto che decide» G. Itzcovich, *Ordinamento giuridico, pluralismo giuridico, principi fondamentali*, op. cit. p. 59

formale della UE alla Convenzione. Le implicazioni tecnico-giuridiche di tale adesione sono tutte da sondare; basti qui, intanto, osservare che il bilanciamento interpretativo tra i diritti umani sanciti dalla convenzione (a forte impronta individualista) e l'ampio spettro e tipologia dei diritti (anche nuovi) sanciti dalla Carta di Nizza, è, in qualche modo, indirizzato dalla clausola contenuta nell'art. 52 § 3 della stessa⁵³, e fatto, in ogni caso, salvo il livello ottimale di protezione (art. 53).

e) Le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri ove il medesimo bilanciamento è prefigurato dalla clausola generale di cui all'art. 52 § 4⁵⁴.

E' questa l'articolata griglia di principi e diritti che innerva e irrorava il nuovo assetto istituzionale e costituzionale dell'UE; è la dote più preziosa che il Trattato di Lisbona conferisce alla cittadinanza europea; un corredo che l'arricchisce non sostituendo quella statale. E' una dote a disposizione di tutti gli attori, individuali, sociali, istituzionali e statuali che affollano lo spazio europeo e che avranno la buona volontà di utilizzarla. Come sempre, in Europa, il diritto anticipa la politica.

⁵³ «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa».

⁵⁴ «Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni».