



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Fontana Giorgio

Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 78/2010



© Giorgio Fontana 2010
Facoltà di Giurisprudenza – Università Mediterranea di Reggio Calabria
giorgio.fontana@unirc.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

Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*

Giorgio Fontana
Università Mediterranea di Reggio Calabria

1. Quale libertà?	3
2. Libertà e (contro)potere sindacale. Fra Costituzione vigente e Costituzione vivente.	7
3. La libertà sindacale e la Carta di Nizza	18
4. Il diritto di contrattazione nell'ordinamento comunitario.	27
5. Dal dialogo sociale comunitario alla contrattazione collettiva transnazionale.	36
6. Democrazia e rappresentatività sindacale.....	39
7. La libertà sindacale nella giurisprudenza delle Corti europea dei diritti dell'uomo.	44
8. Da <i>Albany</i> ai casi <i>Laval e Viking</i> . Le alchimie della Corte di Giustizia.	51
9. Conclusioni	62

* Di prossima pubblicazione nella rivista di diritto pubblico europeo

La comparazione fra l'art. 39 della Costituzione e le disposizioni della Carta di Nizza che riconoscono e tutelano la libertà di organizzazione sindacale e il diritto alla negoziazione collettiva (artt. 12 e 28) rappresenta un compito dagli esiti, in qualche misura, scontati, affrontandolo in modo per così dire "statico", cioè ponendo a confronto le norme dei rispettivi ordinamenti in termini "astratto-formali". La diversa estensione ed intensione della libertà sindacale nell'ordinamento interno si percepisce del resto in modo chiarissimo dalla semplice lettura di qualsiasi sentenza della Corte costituzionale che si sia soffermata sui poliedrici significati del I comma dell'art. 39 Costituzione.¹

Proprio perché una comparazione fra singole norme² finirebbe per ridursi ad una sterile recriminazione, o al più a una rivendicazione di "orgoglio" costituzional-nazionale, sembra qui preferibile focalizzare nel loro aspetto "dinamico" le concezioni sottese nei diversi ordinamenti, in un'ottica assiologico-sostanziale, sul presupposto – direbbe Massimo D'Antona – che la Costituzione (ogni Costituzione) "apprende dai processi storici, siano essi compresi nell'ordinamento giuridico oppure estesi alla sfera sociale";³ prendendo posizione altresì sulle vicende più attuali segnate da note, discusse pronunce della Corte di Giustizia e da decisioni, meno note nella comunità dei giuslavoristi ma pure importanti, della Corte europea dei diritti dell'uomo. Naturalmente la vastità del tema – che rinvia ad una vicenda storica lunga e complessa, con forti caratterizzazioni nazionali – impone semplificazioni che potrebbero apparire finanche spregiudicate (ma giustificate forse dall'esigenza di sintesi). Allo stesso modo i riferimenti non potranno che essere parziali e nella loro selezione obbedire a criteri meramente soggettivi.

¹ Si legga ad esempio un passo di una lontana pronuncia in cui la Corte ammonisce che il contenuto della norma costituzionale "non può essere circoscritto entro i termini angusti di una dichiarazione di libertà organizzativa, ma, nello spirito delle sue disposizioni e nel collegamento con l'art. 40 Cost., si presenta come *affermazione integrale della libertà di azione sindacale*" (Corte cost. 4 maggio 1960 n. 29). In altre pronunce tuttavia la Corte sembra considerare libertà organizzativa e libertà associativa diritti equiordinati; v. ad esempio Corte cost. 5 febbraio 1975 n. 15, ove afferma che "nel titolo primo della prima parte della Costituzione vengono affermati, garantiti e tutelati alcuni fondamentali diritti di libertà, che in gran parte sono compresi nella categoria dei diritti inviolabili generalmente contemplati dall'art. 2 Cost. e riconosciuti all'uomo sia come singolo, sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità. Le libertà di associazione e di organizzazione sindacale, di cui agli artt. 18 e 39 Cost., rientrano indubbiamente tra i diritti inviolabili dell'uomo".

² Il riferimento alla "comparazione" è ovviamente atecnico, vale a dire non è inteso in senso conforme ai rigorosi canoni della comparazione giuridica (su cui cfr. G. Ajani, *Sistemi giuridici comparati*, Giappichelli ed. Torino, 2005).

³ M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 Costituzione, oggi*, in Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind. 1998, pag. 667

1. Quale libertà?

La "libertà sindacale" evoca concettualmente i modelli costituzionali del Novecento, identificandosi con la traiettoria e, in breve, con la storia dell'idea di democrazia che si è sviluppata, nelle sue diverse varianti e caratterizzazioni, in Occidente e in quella sua terra elettiva che è l'Europa. Probabilmente non c'è nessun concetto che dia, così profondamente, il senso della complessa torsione delle società e dei sistemi giuridici nel corso del Novecento, che meglio descriva il passaggio storico dallo Stato di diritto "liberale" ad una vera democrazia sociale garantita da una Costituzione rigida (*Sozialstaat*).⁴ Furono questi atti di "pacificazione politica", come ha scritto in modo disincantato Massimo D'Antona, per assumere "come valori giuridici della società intera le clausole di un compromesso tra classi sociali fino ad allora radicalmente contrapposte dall'ineguale distribuzione di potere e reddito conseguente alla diversa collocazione nella sfera della produzione".⁵ Ne è derivato un profondo mutamento istituzionale, destinato a sopravvivere nella sua impalcatura essenziale fino a tutt'oggi, ma ora esposto alla rarefazione degli interessi collettivi o generali che ne erano stati il presupposto, alla consumazione dei modelli storici di riferimento, testimoniata, fra l'altro, dalla emersione di nuovi paradigmi costituzionali (la dimensione multilivello e plurale della Costituzione) che di fatto obbligano, in certa misura, a fare i conti con la "smitizzazione" della stessa Costituzione.⁶

Storicamente, il passaggio ad una democrazia pluralista – sperimentato per la prima volta nel laboratorio di Weimar – coincide in effetti con una profonda revisione delle categorie tradizionali e della stessa concezione *liberale* della libertà,⁷ tradizionalmente identificata dal binomio libertà "naturale" - libertà "negativa" (il che è quanto dire affermare da un lato il dogma della volontà e dall'altro fissare un sistema

⁴ Su questi temi, recentemente, v. G. Ferrara, *La Costituzione. Dal pensiero politico alla norma giuridica*, Feltrinelli Milano 2006; per una recente rivisitazione v. G. Prosperetti, *Dall'art. 3 agli artt. 3 e ss. Cost.*, Relazione al Seminario interdisciplinare sul tema "Attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro (artt. 1, 3 e 4 cost.)" organizzato dall'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e dall'Associazione italiana dei costituzionalisti, che può leggersi in www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁵ M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi d'identità?*, in *Opere* (a cura di Caruso e Sciarra), vol. I, Guffrè Milano 2000 p. 221 ss.

⁶ V. A. Ruggeri, *Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, Relazione al Convegno su *Ordinamenti compositi e tutela dei diritti fondamentali*, Udine 11 maggio 2007. In www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁷ Per un'ampia ed affascinante ricostruzione si veda la voce *Libertà* a cura di A. Baldassarre per l'Enciclopedia giuridica Treccani

di limiti dello stato-persona).⁸ Con la crisi dei valori liberali si afferma, gradualmente, una "libertà sociale" in cui la libertà non è più solo una condizione pre-giuridica ("naturale") bensì pienamente un "fenomeno giuridico-sociale, parte del mondo del diritto". La libertà viene così collocata sul piano dei valori propri dello Stato costituzionale, ove emergono "nuclei sistemici di valori fissati per categorie di attività ben individuate e ordinati secondo l'importanza assiologica che il Costituente assegna, in riferimento a un determinato plesso di attività, a ciascuno di loro".⁹ In tal senso, in quanto "situata", la libertà diviene un "fatto sociale" e si estrinseca in una pluralità di forme e di domini entro i quali si afferma come reale possibilità di agire o di fare ponendosi in relazione con i poteri che in quel determinato campo di attività vengono in rilievo.

Da qui, nelle Costituzioni europee, la libertà sindacale come *valore*, evocativo (in modi variabili, con diversa intensità) di un contro-potere collettivo che si pone in relazione agli altri poteri, in relazione a tutta la società ed alle sue espressioni istituzionali, in modo (più o meno) coerente con la gerarchia dei valori propria di ciascuna Costituzione nazionale. Con la crisi del liberalismo la libertà si afferma come libertà *di*, non solo come diritto pubblico soggettivo di libertà nei confronti dello stato ma come diritto/libertà che per essere concretizzato esige obblighi di cooperazione dal suo antagonista storico, l'impresa, oltre a concrete azioni promozionali dallo stato.¹⁰ Ne originano diritti (di contrattazione collettiva, di auto-tutela, di organizzazione) garantiti non più nell'ottica dell'*eguaglianza delle armi* ma in chiave promozionale, ossia riconosciuti ad una soltanto delle parti in conflitto. Ne originano il pluralismo sindacale e la libertà delle forme di auto-organizzazione, il potere di normazione e auto-regolazione dei rapporti sindacali. E' libertà dei fini e dei mezzi, in altre parole.

Il potere collettivo di regolamentazione tendenzialmente generale che ne discende e l'affermazione *integrale* della libertà di azione, definiscono e caratterizzano gli stati europei del Novecento qualificandoli, nel loro assetto istituzionale, come "democrazie industriali" o "democrazie economiche".¹¹ Nelle tradizioni costituzionali europee – e nella nostra

⁸ Come nota Baldassarre "in questa tensione irrisolta fra l'idea in sé (astratta) della libertà (libertà come volontà assolutamente incondizionata) e il suo svolgimento fenomenico come libertà giuridica (libertà determinata dalla legge) sta la base teorica della pratica dello Stato liberale ottocentesco" e da qui il "contrasto sistematico fra l'elevatezza dei principi affermati e la povertà delle libertà concretamente assicurate" (op. cit. pag. 4).

⁹ A. Baldassarre, op. cit. pag. 5

¹⁰ G. Giugni, voce *Libertà sindacale* in Nuovo Digesto, discipline privatistiche, Utet Torino 1993.

¹¹ Per una recente sintesi del percorso storico del costituzionalismo dei diritti, con ampi riferimenti e una notevolissima apertura multi-culturale, v. S. Gambino, *Droits sociaux*,

Costituzione con ancor più chiara definizione - il principio di libertà sindacale ha quindi natura *costituente*. Piuttosto che ergersi come pura garanzia di insopprimibile agibilità o libertà contro ogni ingerenza esterna, la libertà sindacale affermata dal I comma dell'art. 39 appare come un diritto assoluto, ossia tutelato non solo nei confronti dello Stato ma di tutti i soggetti, anche privati, e "definisce uno dei tratti essenziali del regime costituzionale".¹²

Costruirsi come "potere" implica tuttavia un rapporto multilaterale, con la controparte e con lo stato, in primo luogo, e poi con gli stessi soggetti rappresentati. Qui viene in gioco la legittimazione del potere rappresentativo e il suo limite, la dimensione degli interessi individuale e della libertà del singolo rispetto al "gruppo", la libertà *da*.¹³ Ma se le

Charte des droits fondamentaux et intégration européenne, in www.europeanrights.eu. Ma si consideri pure, a tal riguardo, la progressiva conquista di garanzie giuridiche della libertà sindacale che derivano da fonti internazionali quali le Convenzioni OIL, che prefigurano un "codice universalistico dei diritti fondamentali"; prospettiva ora più concreta dopo la Dichiarazione del 1998 sui cd. *core labour rights* (e l'esplicito riconoscimento della libertà sindacale e del diritto di contrattazione collettiva fra i quattro meta-diritti fondamentali). Cfr. G. Bronzini, *La Dichiarazione del 1998 sui Core Labour Rights e la rinascita dell'OIL*, in G. Bronzini (a cura di), *Diritti sociali e mercato globale*, Rubettino ed. 2007, p. 17 ss. Per un approccio critico v. U. Prosperetti, in *Libertà sindacale (premesse)*, voce dell'Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1974, dubitando che i principi affermati dai documenti internazionali possano essere esaurienti, giacché essi "si riferiscono all'impegno di ciascuno Stato di assicurare la libertà sindacale al proprio interno, e non già al modo di garantire la libertà sindacale in campo internazionale" per fronteggiare la "dilagante potenza delle imprese multinazionali".

¹² G. Giugni, *Commento all'art. 39 in Commentario della Costituzione* (a cura di G. Branca), Zanichelli-II Foro italiano, Bologna-Roma 1982. Nota U. Prosperetti, op. ult. cit., che la libertà sindacale potrebbe essere definita una *libertà civile*, "ma per il suo contenuto e per le sue implicazioni si svolge contemporaneamente come *libertà politica*, investendo la stessa funzione dello Stato, di cui mette in discussione i fondamenti tradizionali".

¹³ Nell'ordinamento italiano la libertà sindacale negativa non è direttamente tutelata sul piano costituzionale, pur essendo ricavabile *a contrario* dal primo comma dell'art. 39 Costituzione; del resto, come nota Giugni, *Libertà sindacale*, op. cit., "la questione non si è mai posta concretamente, sia per riflesso del pluralismo sindacale sia per la tradizione di solidarismo profondamente radicata nel movimento operaio italiano, che impedisce discriminazioni di danni di chi non sia iscritto al sindacato". Nella legislazione l'unico riferimento esplicito è quello dell'art. 15, lettera a), dello Statuto dei Lavoratori, affermandosi qui il carattere illecito di tutte le pratiche discriminatorie ai danni del lavoratore, sia perché non aderisca ad un sindacato all'atto dell'assunzione (clausole di *closed shop*) sia perché la stessa prosecuzione del rapporto di lavoro venga, in ipotesi, subordinata all'iscrizione ad un sindacato (clausole di *union shop*). Ne deriva, indirettamente, un riconoscimento non solo (o non tanto) della libertà individuale del singolo rispetto al sindacato (vale a dire una preminenza, da questa specifica angolazione anti-discriminatoria, dell'interesse individuale su quello collettivo), quanto un vero e proprio diritto al dissenso, collocandosi la libertà dell'organizzazione sindacale "in un sistema di valori costituzionali fondato su una scelta esplicita nel senso di un sindacalismo volontaristico, garantito in tale sua natura dalla possibilità giuridica del pluralismo

garanzie positive di libertà sindacale restano affidate sostanzialmente agli interventi promozionali dello stato e delle pubbliche autorità, le garanzie di libertà per i singoli e i gruppi "minori" non trovano nell'ordinamento statale eguale protezione, giacché inerenti, nella loro essenza, alla "vita" delle organizzazioni, vale a dire "alle regole che organizzano la partecipazione (momento strutturalmente collettivo)", terreno tradizionalmente estraneo alla regolazione del diritto statale e riservato all'autonomia o libertà associativa.¹⁴

Anzi, quanto più la libertà *di* si arricchisce di contenuti positivi e poteri, tanto più essi tendono a "marginalizzare" la libertà negativa, sia sul piano collettivo che individuale. Come scrive Romagnoli, "quando è là dove tutti i significati nascosti della libertà sindacale sono affiorati, si è capito quanto sarebbe stato difficile tenerli insieme".¹⁵

Nell'ordinamento italiano libertà *associativa* e libertà *organizzativa* (in cui si riflettono, in modo sia pure trasfigurato, le due diverse dimensioni della libertà sindacale: la prima, quale "direzione della libertà individuale specificamente riconosciuta"; l'altra, complesso di attività dell'associazione, quale "funzione propria del vincolo di coalizione")¹⁶ entreranno inevitabilmente in collisione a seguito delle scelte di politica del diritto degli anni sessanta, insieme all'affievolirsi del carattere reciproco o simmetrico della libertà sindacale. Ma si tratta di frizioni che discendono già, a ben vedere, dalla compresenza nel I comma dell'art. 39 della libertà associativa intesa quale *species* del diritto affermato dall'art. 18 Cost. e della libertà organizzativa quale affermazione di una libertà che oltrepassa le strettoie delle "libertà civili", configurandola "come strumento primigenio e necessario di autotutela degli interessi collettivi" di tutti lavoratori.¹⁷ E' a questo punto che la libertà sindacale e la libertà di associazione separano le loro strade, come sottolinea Romagnoli.¹⁸

organizzativo" (v. G. Giugni, op. cit.; cfr. T. Treu, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Giuffrè Milano 1974).

¹⁴ Si vedano le riflessioni di B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Giuffrè Milano 1986, pag. 30 ss, da cui è estratta la citazione.

¹⁵ U. Romagnoli, *Ripensare il sindacato per ripensare lo Statuto dei Lavoratori*, in Quaderni di Rassegna sindacale, 2001, pag. 131; ma v. pure *La libertà sindacale, oggi*, in Lav. dir. 2000, 4, p. 642.

¹⁶ U. Prosperetti, op. ult. cit.

¹⁷ M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in RIDL 1985, 4, pag. 585 ss. ed ivi i riferimenti. Si veda pure G. Giugni, *Libertà sindacale*, op. cit., anche per la sottolineatura della titolarità super-individuale della libertà sindacale, nel quadro tuttavia di una necessaria tutela del diritto di azione sindacale del singolo lavoratore "purché funzionale ad una coalizione", giacché oggetto della tutela costituzionale non è solo l'organizzazione in quanto tale ma l'attività finalizzata alla tutela sindacale dei lavoratori. Cfr. M. Dell'Olio,

2. Libertà e (contro)potere sindacale. Fra Costituzione vigente e Costituzione vivente.¹⁹

1. Pur in un'ottica compromissoria, nel nostro paese il progetto costituzionale guardava alla "libertà sindacale" affermata dal I comma dell'art. 39 Cost. quale vera e propria *Grundnorm* dell'ordinamento sindacale,²⁰ per la costituzione di un potere collettivo non fine a se stesso e neppure funzionale ad un generico pluralismo sociale, ma destinato a canalizzare l'istanza storica del coinvolgimento delle organizzazioni della classe lavoratrice nell'indirizzo politico generale, orientato finalisticamente dall'art. 3, seconda parte, della Costituzione.²¹ Si può ben dire quindi che è nel DNA del nostro sistema costituzionale un ruolo del sindacato irriducibile alla proiezione della mera libertà associativa; se non proprio una "sottospecie" della rappresentanza politica, per usare le parole di Romagnoli, certamente un potere di produzione di regole dotate di validità generale ("l'ambizione di fare del contratto collettivo un sostituto funzionale della legge" da allora non è più venuta meno). Un potere normativo destinato ad estendersi all'intero gruppo o categoria, a fronte del quale la Costituzione imponeva di "testare" la democraticità degli statuti sindacali.²² Il che val quanto dire che il problema critico della libertà individuale e dei rapporti fra rappresentanti e rappresentati non apparve approblematico neppure ai Costituenti.²³

"Irresistibilmente trascinato ad esercitare il potere di cui dispone su di un terreno attiguo a quello della sovranità dello Stato, come se ne fosse un supplente",²⁴ il sindacato diverrà, nella forma e nella sostanza, un ibrido a metà fra associazione e istituzione, fra "pubblico" e "privato". La questione del consenso e della democrazia, e quindi delle libertà,

L'organizzazione e l'azione sindacale, Cedam Padova 1980; U. Carabelli-P. Balducci, *Il sindacato*, Utet Torino 1984.

¹⁸ U. Romagnoli, *La libertà sindacale, oggi*, op. cit., p. 655.

¹⁹ Ovvero, si potrebbe dire da altra angolazione, fra Costituzione normativa e Costituzione reale (*essere e dover essere* della Costituzione) secondo la distinzione utilizzata da Dieter Grimm, in H. Mohnhaupt, D. Grimm, *Costituzione*, Carocci, Roma, 2008.

²⁰ M. Dell'Olio, *Giurisprudenza costituzionale e diritto sindacale*, in *Lavoro. La giurisprudenza costituzionale*, vol. IX, ed. Zecca dello Stato, Roma, 2006.

²¹ F. Mancini, *Sindacato e costituzione trent'anni dopo*, in *Costituzione e movimento operaio*, Il Mulino Bologna 1976 pag. 163 ss.

²² U. Romagnoli, op. ult. cit.

²³ V. a tal riguardo, B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, Giuffrè Milano 1986, secondo cui l'art. 39 implica(va) "uno scambio istituzionale i cui termini consistevano nella concessione da parte dello Stato di un preciso potere normativo...a fronte dell'impegno delle Organizzazioni sindacali...di adottare una forma di governo interno di tipo democratico" e per quanto non attuata ha assunto il "valore di un principio che travalica il particolare meccanismo in essa diviso" (pag. 24-25).

²⁴ U. Romagnoli, *L'autoriforma del sindacato*, Il Mulino, 2005, pag. 44.

rimarrà un “non detto” del diritto sindacale, lasciata all’auto-amministrazione del sistema sindacale o per meglio dire “proiettata all’esterno dell’organizzazione”,²⁵ nonostante i moniti della Corte costituzionale.²⁶

Del resto, già nella formula del I comma dell’art. 39 si coglie con nettezza il distacco dalla forma giuridica associativa del codice civile e l’accentuazione del carattere collettivo rispetto alla dimensione individuale della libertà sindacale.²⁷ Emblematica, come nota Rusciano, è la discussione sul fondamento della libertà associativa del datore di lavoro, inquadrata nell’art. 18 Cost. in quanto figlia della libertà di iniziativa economica privata garantita (ma pure condizionata) dall’art. 41 Costituzione, per sottolinearne la prevalente dimensione individuale.²⁸ L’entificazione del collettivo o del gruppo – vale a dire l’identificazione nel sindacato “come soggetto a sé stante, dotato di una propria «alterità», come struttura rappresentativa, rispetto alla base degli organizzati; soprattutto dotato di propri poteri, non derivabili dai sottostanti rapporti di organizzazione” – ha posto le premesse della “rescissione” dalla matrice “associativo-organizzativa”.²⁹

Logica volontario-associativa e logica oggettivo-istituzionale sono tendenze destinate continuamente a giustapporsi.³⁰

Nella Costituzione il “motivo funzionale”, per usare le parole di Grandi, si traduce in una procedura formale tendente all’unificazione della rappresentanza a garanzia del potere di regolamentazione generale dei rapporti di lavoro. Questa prospettiva, non attuata sul piano legislativo, sarà non di meno in via di fatto affermata grazie al suo “surrogato”, l’unità sindacale; un dato dal quale diparte una riflessione teorica che porterà alla regolazione del potere collettivo e del pluralismo sindacale in

²⁵ B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit. pag. 36; P. Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, spec. p. 76 ss.

²⁶ V. Corte Costituzionale 26 gennaio 1990 n. 30; cfr. M. D’Antona, *Lo Statuto dei lavoratori: le tecniche di tutela*, in Garilli-Mazzamuto (a cura di), *Lo Statuto dei lavoratori (1970-1990)*, Jovene ed. Napoli 1992, pag. 359 ss.; B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, Franco Angeli ed. Milano 1992.

²⁷ G. Giugni, *Commento all’art. 39 Cost.*, op. cit. p. 265 ss.

²⁸ M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, op. cit. pag. 590-591.

²⁹ M. Grandi, *In difesa della rappresentanza sindacale*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2004, 104, pag. 628 ss. e da qui le citazioni virgolettate. Da qui i tentativi di collegare il primo comma dell’art. 39 ai commi successivi, e in particolare all’indicazione costituzionale della democraticità dei rapporti all’interno dell’associazione come principio indipendente dall’attuazione specifica della disposizione costituzionale (in tal senso v. già U. Prosperetti, *Libertà sindacale (premesse)*, op. cit., suggestionato dal ruolo, anche di “supplenza politica”, assunto in quel periodo storico dalle grandi confederazioni sindacali).

²⁹ U. Romagnoli, *L’autoriforma del sindacato*, op. cit. pag. 48.

³⁰ U. Romagnoli, *L’autoriforma del sindacato*, op. cit. pag. 48.

termini di pura rappresentatività.³¹ Il problema critico della libertà sindacale (libertà della persona e delle associazioni sindacali) resterà in ombra; e con esso il tema della democrazia sindacale (le garanzie normative per il singolo e le minoranze "di partecipazione al governo interno e nella determinazione delle forme e dei contenuti dell'attività sindacale") per quanto compresente nell'art. 39 Costituzione.³² Più rilevante, nell'ideologia giuridico-politica della seconda metà del Novecento, sarà piuttosto l'equazione funzionalista fra unità della tutela e unità della rappresentanza.

Nella cultura *trentanovista*,³³ in effetti, la libertà individuale, la libertà *da*, non ha mai avuto grande spazio. Il tema centrale è stato decisamente un altro. Nell'art. 39 Cost. la tensione dialettica fra "individuale" e "collettivo" – come si comprende non appena si passi da una visione astratto-formale ad un piano assiologico-sostanziale – è risolta a partire dal riconoscimento di un potere sindacale non derivante, nella sua essenza, dal dato associativo, ma discendente dal valore del fatto-lavoro e dal principio di eguaglianza sostanziale ex art. 3 secondo comma Costituzione. Il fine, in altre parole, è la costituzione dello stato pluri-classe, la partecipazione dei cittadini-lavoratori in funzione del progetto di integrazione delle classi subalterne. L'istituzione di un potere normativo della sfera sociale che possiede la stessa valenza generale delle fonti di produzione legittimate dal/nel circuito democratico-parlamentare (e quindi latamente pubblicistico o istituzionale) ne ha costituito strumento di realizzazione.³⁴ In altri termini, la norma costituzionale contiene il nucleo essenziale di una visione dello stato in cui, pur senza preconstituire gli esiti del conflitto (mai definitivamente risolto nelle società democratiche), fra libertà e organizzazione sceglie questo secondo termine di riferimento, nel quadro di un "controllo procedurale".³⁵

³¹ M. Grandi, op. ult. cit.

³² B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit., pag. 25.

³³ Si veda, per un vero e proprio "manifesto" a difesa dell'art. 39 Costituzione, con un suggestivo esercizio di storia ottativa (nel caso in cui la norma costituzionale fosse stata attuata) e una critica alla teoria dell'ordinamento sindacale (se intesa come sistematizzazione del fenomeno collettivo nella sua realtà), G. Pera, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, in *Enciclopedia del Diritto*, Giuffrè, Milano 1974, p. 509 ss.

³⁴ Il principio democratico e il principio di maggioranza della seconda parte dell'art. 39 Costituzione, sono per altro verso garanzia di esercizio del potere in modo da prevenire abusi ai danni degli stessi lavoratori. Cfr. G. Pera, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, op. cit.

³⁵ B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit. pag. 372, il quale giustamente nota come questa scelta sia eccessivamente sbilanciata su "un modello storico e monotipico di contrattazione e di rappresentanza negoziale". Il principio democratico e il principio di maggioranza della seconda parte dell'art. 39 Costituzione, sono per altro verso garanzia di esercizio del potere in modo da prevenire abusi ai danni degli stessi lavoratori. Cfr. G. Pera,

Nel modello voluto dai Costituenti potrebbe leggersi, senza per questo fare voli pindarici, un'anticipazione di temi che molto più tardi faranno comparsa nella riflessione politologica e giuridica, ossia la trasformazione dal modello di *government* alla *governance*, orizzonte "inclusivo" che delinea profondi cambiamenti nello schema binario pubblico/privato.³⁶ Riletta in questo modo, la "contraddizione" fra rilievo pubblicistico dell'attività sindacale e carattere privatistico dell'associazione potrebbe non suscitare le drammatiche alternative poste da una visione in cui "pubblico" è tutto ciò che viene attratto nell'orbita del principio di autorità e "privato" tutto ciò che invece appartiene alla sfera (della libertà) della società civile. La norma costituzionale, nel riconoscere – si direbbe oggi "riflessivamente" – i prodotti dell'autonomia collettiva alla stregua di norme di carattere generale per la regolamentazione dei rapporti di lavoro (affidando il potere normativo alle organizzazioni di rappresentanza, purché democratiche) contiene il principio di un'apertura dell'ordinamento a fonti diverse da quelle legali, con un intreccio fra dimensione pubblica degli interessi e strumenti privati di rappresentanza; *in nuce* il superamento della rigida separazione fra le due incomunicabili sfere pubblico/privato. L'art. 39 Cost. – se depurato dai filtri ideologici – anticipa il tema della trasformazione dei modelli di regolazione ed è quasi "preveggente" nella identificazione di un ruolo delle associazioni di rappresentanza degli interessi in cui queste, "...da fonte di <<disordine>> nella regolazione politica dell'individualismo liberale, si trasformano in fonti possibili di ordine politico, sociale, economico. Un <<ordine>> di portata ben più ampia rispetto all'ambito più ristretto delle associazioni stesse".³⁷

Ma proprio il ruolo assunto dalle organizzazioni di interessi – nella Costituzione *vigente* come, in modi del tutto diversi, nella Costituzione *vivente* – intuitivamente implica il "controllo" delle rappresentanze, stante la loro "dubbia natura democratica"; i canali della rappresentanza pluralista o funzionale, osserva Cella, per loro stessa natura non sottostanno alle regole proprie della rappresentanza politica nei sistemi liberal-democratici e per questo la democraticità degli statuti delle associazioni sindacali rappresenta – nell'art. 39 Cost. – condizione

Libertà sindacale (diritto vigente), op. cit. Su questi temi v. P. Bellocchi, *Libertà e pluralismo sindacale*, Cedam Padova 1998, spec. p. 65 ss.

³⁶ Il tema è vastissimo, si veda almeno, anche per le riflessioni sul rapporto fra rappresentanza politica e rappresentanza funzionale, G.P. Cella, *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2005, 1, pag. 33 ss.

³⁷ G.P. Cella, *ibidem*; cfr. W. Streeck-P.Schmitter, *Comunità, mercato, Stato e associazioni? Il possibile contributo dei governi privati all'ordine sociale*, in *Stato e mercato*, 1985, 13, pag. 47 ss.

necessaria e sufficiente del potere regolatorio loro attribuito;³⁸ ma *mutatis mutandis* lo stesso problema emergerà nell'ordinamento sindacale di fatto e sarà risolto mediante soluzioni non ispirate al legalismo statale. In entrambi i casi si tratta di dotare di vincoli di *accountability* l'esercizio del potere collettivo, ossia di garantire la responsabilità dei rappresentanti.

2. Il diritto sindacale italiano – a causa della mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 o per meglio dire a causa della sua "impotenza attiva"³⁹ – verrà costruendosi al di fuori della Costituzione ma in un rapporto dialettico costante con la norma costituzionale,⁴⁰ dando luogo ad un'infinita elaborazione di concetti giuridici e ad un latente ma continuo conflitto fra diverse visioni del fenomeno collettivo.

Tutto il lungo percorso della riflessione giussindacale si dipanerà nel contrasto fra i due grandi disegni "individuale-volontaristico" e "collettivo-pluralistico",⁴¹ sostenuti entrambi, sia pure in modi diversi, dal dato "naturalistico" dell'unità della rappresentanza, perseguendo in modi diversi l'entificazione del collettivo, l'oggettivazione della rappresentanza quale "strumento di espressione di un sistema astratto di gruppi o di categorie o di classi".⁴²

Come ha intuito Tarello, la scissione del nucleo normativo dell'art. 39 operata dalla dottrina post-costituzionale in base alla nota distinzione concettuale fra carattere precettivo e carattere meramente programmatico delle due partizioni della norma costituzionale costituirà il presupposto implicito per "creare" il contratto collettivo di diritto comune, dando luogo ad una spaccatura fra effetti reali e giuridico-formali del fenomeno sindacale.⁴³ Sarà questo un modo di regolamentare i rapporti fra individuo e gruppo nettamente diverso da quello voluto dai Costituenti, eppure anch'esso tendente ad un isolamento della "realtà" intersoggettiva dell'associazione sindacale. Alla base ci sono complesse stratificazioni giuridiche: l'influenza della storica dicotomia pubblico/privato quale "costrutto rappresentativo principale" (libertà vs. autorità); la concezione liberale dell'intervento dello stato, ammesso al

³⁸ Per un approfondimento delle ragioni che determinarono il "congelamento" della seconda parte dell'art. 39 Cost., v. T. Treu-U. Romagnoli, *I sindacati in Italia: storia di una strategia*, Il Mulino Bologna, 1977; G. Pera, *Libertà sindacale (diritto vigente)*, op. cit.

³⁹ L'efficace espressione è di B. Caruso, in *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit.

⁴⁰ "doveroso termine di confronto rispetto alla situazione di fatto", sottolinea G. Pera, voce *Libertà sindacale (diritto vigente)*, op. cit.

⁴¹ M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, in M. D'Antona (a cura di), *Lecture di diritto sindacale*, Jovene ed., Napoli, 1990.

⁴² M. Grandi, op. ult. cit.

⁴³ G. Tarello, *Teorie e ideologie del diritto sindacale*, Ed. di Comunità, Milano, 1967.

solo fine di garantire *l'eguaglianza delle armi*; ma anche motivi più schiettamente riferibili ai modi di organizzazione del pluralismo sociale secondo logiche diverse da quelle propugnate dal solidarismo conflittuale. Inattuazione del progetto costituzionale, rifiuto della pubblicizzazione del diritto sindacale e teoria del contratto collettivo di diritto comune rappresentano i poli dialettici di questa costruzione teorica. La libertà sindacale è stata così a lungo intesa come trasfigurazione della libertà dei privati, garanzia al massimo livello dell'ordinamento giuridico a presidio della libertà o autonomia collettiva, anziché quale riconoscimento di un "contropotere" sindacale/collettivo equiordinato ai poteri di cui si compone lo stato costituzionale. Da qui alcune fra le più rilevanti elaborazioni che hanno contrassegnato la vicenda storica del diritto sindacale italiano: l'interesse collettivo, categoria formalmente sganciata dagli interessi dei singoli, riferibile direttamente al gruppo di cui l'organizzazione è ente esponenziale, di fatto cerniera fra la natura sovra-individuale degli interessi e lo schema del diritto comune; il contratto associativo quale fondamento del potere rappresentativo del sindacato; l'efficacia del contratto collettivo, discendente dal principio della rappresentanza volontaria.⁴⁴ Elevando a criterio regolatore del sistema il principio di autonomia privata collettiva non si escludeva una "forte funzione normativa dei contratti collettivi": si abbandonava in tal modo la regolazione autoritaria del regime corporativo⁴⁵ ma al prezzo del "congelamento" della Costituzione.

Questa contrapposizione sembrerà potersi superare grazie all'elaborazione di Giugni e alla sua influenza sul "disegno" giussindacale.⁴⁶ Con la teorizzazione dell'ordinamento sindacale viene definitivamente a cadere la sovrapposizione o l'accostamento fra la generica libertà di associazione e la libertà di organizzazione sindacale, anzi si può a ragione parlare di crisi della concezione associativa del sindacato.⁴⁷ E' il distacco dallo schema "statalista" del diritto codificato, per spostarsi nel campo della produzione autonoma extrastatuale della "società civile". L'intervento promozionale dello stato non esclude che i contenuti positivi della libertà sindacale siano la risultante dell'effettività

⁴⁴ La letteratura è sterminata. Si veda almeno, anche per i riferimenti, B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit.

⁴⁵ V. recentemente per queste riflessioni, S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in Riv.it.dir.lav. 2006, 4, qui pag. 454.

⁴⁶ G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, Milano Giuffrè 1960.

⁴⁷ v. T. Treu, *L'organizzazione sindacale*, Giuffrè Milano 1970.

dell'ordinamento sindacale, in una cornice di legalità "non necessariamente coincidente con quella deducibile dal diritto positivo".⁴⁸

La dottrina ha poi superato l'idea che la seconda parte dell'art. 39 Cost. sia costituita da norme di "dettaglio" e non anche da principi vincolanti nei processi interpretativi,⁴⁹ riuscendo così ad uscire dalle strettoie di un'interpretazione "statica" della norma costituzionale, collegando l'ordinamento sindacale ad una visione storicizzata della Costituzione, alla Costituzione *vivente*.⁵⁰ Ma di fatto, lungo tutto il percorso storico del diritto sindacale italiano, si è lasciato sopravvivere il paradosso per cui "il sindacato è un'associazione privata che nasce da un contratto liberamente stipulato e, ciononostante, svolge funzioni che la omologano alle istituzioni para-pubbliche".⁵¹ Relegato negli schemi del diritto comune, il problema delle libertà sul piano individuale o "personalistico" sarà nondimeno occultato da una concezione "funzionalista" da cui deriva, in rapporto all'unità "astratta" della classe o della categoria, la finzione giuridica del "collettivo".⁵² Emblematica è la marginalizzazione negli studi giuridici degli approfondimenti sulla struttura del fenomeno collettivo e sul "fatto associativo in generale", vale a dire sul sindacato "in sé considerato". Resta nell'ombra il nesso fra l'attività esterna del sindacato e la "vita interna dell'organizzazione",⁵³ impedendo un'interpretazione unitaria dell'art. 39 ossia il superamento dell'artificiosa separazione fra i due blocchi normativi della norma costituzionale.⁵⁴

La contraddizione logica fra la strumentazione privatistica e l'ordinamento sindacale tracimerà presto dal confronto teorico e si

⁴⁸ V. G. Giugni, *Introduzione allo studio dell'autonomia collettiva*, op. cit. pag. 14

⁴⁹ "aperti ai valori e dunque alle dinamiche di inveroamento dei valori che si sviluppano in ambiti diversi, quello dei rapporti fra stato e gruppi sociali organizzati, quello dei rapporti pluralistici tra organizzazioni contrapposte o concorrenti, quello dei rapporti tra le organizzazioni e gli individui che sono rappresentati dalle, ma anche soggetti all'autorità normativa delle organizzazioni" (M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giorn. Dir. Lav. rel. Ind.* 1998, pag. 667-668).

⁵⁰ B. Caruso, *Nella bottega del Maestro: <<Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi>> (sapere, tecnica e intuizione nella costruzione di un saggio)*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 2009, pag. 53 ss.

⁵¹ U. Romagnoli, *Ripensare il sindacato*, op. cit. pag. 131.

⁵² M. Grandi, *In difesa della rappresentanza sindacale*, op. cit. pag. 630-631.

⁵³ T. Treu, *L'organizzazione sindacale*, op. cit., qui pag. 7-8.

⁵⁴ Il tema sarà ripreso da M. D'Antona in *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, op. cit., che fra le due partizioni della norma costituzionale stabilisce una relazione di equiordinazione e di reciproca interferenza. Nota Bruno Caruso, op. ult.cit., pag. 66, che in questo modo si aprono "varchi epistemologici inesplorati, si invita a compiere una navigazione nei meandri della seconda parte dell'art. 39, all'insegna di un controllo procedurale".

spingerà fino ai limiti del punto di rottura proprio sul piano critico dei rapporti fra rappresentati e rappresentanti.

Nell'ordinamento sindacale la rappresentatività (non la rappresentanza sindacale) è la chiave della legittimazione sindacale;⁵⁵ un rapporto fra l'organizzazione e il gruppo - nota Caruso con una felice metafora - paragonabile a quello della carta geografica con il territorio, sconosciuto nell'ordinamento positivo ed ascendente semmai ai moduli della rappresentanza politica.⁵⁶ Il tema della democrazia sindacale, e quindi delle garanzie di libertà, diviene così nodo cruciale del sistema sindacale; tanto più che il sindacato assume decisioni che coinvolgono una base più ampia dei suoi iscritti, fondando il potere di rappresentanza sulla relazione di "rispecchiamento" degli interessi.

Nel filone "collettivo-pluralista", nato su questi presupposti teorici e materiali e ulteriormente evoluto poi in un'ottica chiaramente neo-istituzionalista, la Costituzione è non di meno il necessario ancoraggio: in forme diverse ma equivalenti rispetto all'istituzione della rappresentanza generale della categoria prefigurata dal IV comma dell'art. 39, fino a coincidere con il sistema auto-organizzato attorno al principio-cardine della "maggiore rappresentatività" sindacale.⁵⁷ Lo spostamento dell'"unità teorica" del diritto sindacale "al di fuori dell'ordinamento dello stato, negli equilibri e nelle forme storiche del sistema sindacale", non avviene senza una precisa corrispondenza, per quanto implicita, con gli obiettivi della Costituzione. "La nozione legale di rappresentatività" - ricorda Grandi - "è emersa, per ragioni pratiche, come nozione sostitutiva di quella implicita nella disciplina costituzionale dell'ordinamento sindacale".⁵⁸ Un passaggio, questo, che potrebbe rileggersi come l'avverarsi, sia pure tardivo e in altre forme, del modello costituzionale, grazie alla natura *costituente* dell'art. 39; da cui origina un potere *costituito* - l'ordinamento sindacale - in grado di produrre norme "equifunzionali" rispetto a quelle dello stato e per questa ragione, più che per la sua "originarietà", definibile quale "fonte di legittimazione extrastatuale del diritto statale" e "componente costitutiva dell'ordinamento dello stato".⁵⁹ Al di là di tutto, un modello pur sempre cresciuto all'ombra della Costituzione,

⁵⁵ Originando "una netta divaricazione fra la rappresentanza volontaria di tipo privatistico, generata dal rapporto associativo, e la rappresentanza sindacale come rappresentanza *sui generis*, a sfondo politico-istituzionale" (M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, in Riv.it.dir.lav. 1985, 4, qui pag. 592).

⁵⁶ B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit. pag. 119.

⁵⁷ M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, op. cit.

⁵⁸ M. Grandi, op. ult. cit.

⁵⁹ Le citazioni virgolettate sono tratte da M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, op. cit. pag. XXV.

rispettandone i principi "storicizzati".⁶⁰ In entrambi i casi progetti che presuppongono l'effettività dell'azione sindacale: "punto di contatto...è dunque l'istanza costituzionalmente inderogabile che un sistema di regolazione collettiva dei rapporti di lavoro fondato sull'attività negoziale dei sindacati operi effettivamente e produca norme valide".⁶¹

Certo, nel passaggio dalla *libertà del contratto* – una libertà che si vorrebbe agganciata al principio dell'associazione libera, ad un rapporto fra individuo e organizzazione non eversivo dello schema del diritto comune, ma anch'esso "piegato" alla necessità storica della riduzione del collettivo a forma giuridica, alla *fictio iuris* dell'interesse collettivo - al modello incentrato sulla "circolarità del riferimento alla *maggior rappresentatività*" – in cui al contrario rappresentanza e rappresentatività coincidono senza residui - c'è un salto che implica una diversa concezione del ruolo del sindacato e della natura stessa della democrazia.⁶² L'ambizione di tradurre sul piano giuridico l'evidenza storico-politica del fenomeno sindacale operando una fotografica "rappresentazione giuridica di premesse di natura politico-sociali riguardanti i comportamenti e le dinamiche dei soggetti collettivi",⁶³ si è poi arenata nelle secche della crisi della rappresentatività sindacale. Costruito sul dato storico-politico, il progetto maggioritario era ad esso inscindibilmente collegato.

Orfano della norma costituzionale, il diritto sindacale italiano rimarrà un prodotto culturale composito, con determinanti complesse e di lungo periodo ma mai oggettive o fisse.⁶⁴ E per quanto qui (maggiormente) interessa, caratterizzato da un irrisolto rapporto fra libertà sindacale positiva e libertà sindacale negativa.

3. Con lo Statuto dei lavoratori il legislatore interviene sui caratteri della libertà sindacale ribaltando il processo di costruzione del

⁶⁰ M. D'Antona, *Il quarto comma dell'art. 39 Costituzione, oggi*, op. cit.; cfr. B. Caruso, op. ult. cit. pag. 63.

⁶¹ M. D'Antona, *ibidem*

⁶² Cfr. B. Caruso, *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit. pag. 371 ss. Per un'attenta ricostruzione delle "spire" della rappresentatività nella vicenda storica del diritto sindacale italiano, anche per i riferimenti v. P. Campanella, *Rappresentatività sindacale, fattispecie ed effetti*, Giuffrè Milano 2000; recentemente v. su questi temi S. Scarponi, *Rappresentatività e organizzazione sindacale*, Cedam Padova 2005.

⁶³ Usando questa premessa eminentemente empirico-fattuale "come qualificazione legale equivalente al riconoscimento previsto dall'art. 39 cost. e quindi, al pari di quello, in grado di risolvere simultaneamente il problema della selezione dei soggetti sindacali (la regolazione del pluralismo sindacale) e quello dell'autorità normativa dei contratti collettivi (l'efficacia *erga omnes* nei confronti dei gruppi o della categoria)". Non si può non citare il libro di Giuseppe Ferraro *Ordinamento, ruolo del sindacato, dinamiche contrattuali di tutela*, Cedam, Padova, 1981, per il modello teorico di riferimento.

⁶⁴ M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, op. cit.

contropotere sindacale (dal basso verso l'alto, dalla periferia al centro), ma pur sempre nella condivisione degli obiettivi di fondo della Costituzione. Si riconoscono diritti e libertà sindacali "minimali" ai lavoratori in azienda, si sostiene il radicamento delle organizzazioni sindacali nei luoghi di lavoro, in funzione del rafforzamento della libertà sindacale e del ruolo delle organizzazioni maggiormente rappresentative sul piano generale.⁶⁵ Ma come ha notato D'Antona, lo Statuto riconosce diritti di democrazia sindacale non a favore dei rappresentati ma dei rappresentanti; i rapporti con le associazioni sindacali restano ignorati e celati in un cono d'ombra.⁶⁶ Insomma, anche nello Statuto libertà sindacale positiva e libertà negativa si trovano in rapporto sbilanciato e virtualmente conflittuale. Il latente conflitto fra il rilievo della libertà negativa e l'azione sindacale esploderà più in avanti, con il declino della funzione meramente acquisitiva della contrattazione, quando cioè il contratto collettivo assumerà funzioni irriducibili alla tutela dei diritti individuali dei lavoratori:⁶⁷ la libertà negativa, ma forse meglio dire l'argine del diritto privato,⁶⁸ sarà lo scudo del dissenso contro le politiche contrattuali dei sindacati maggiormente rappresentativi. Viene al pettine il nodo della rilevanza "politica" dell'organizzazione sindacale in azienda nel quadro di uno schema associativo che rinvia alle forme proprie dell'associazione di diritto privato, e con esso emerge il tema della tutela della libertà sindacale negativa "come garanzia, per il singolo non meno che per le organizzazioni minoritarie, di <<partecipazione>> all'esercizio del <<potere sindacale>>, vale a dire di un potere crescente senza il quale la mera libertà di costituire associazioni sindacali nuove, o di dissentire, perde significato".⁶⁹ Sta qui il problema critico della libertà di associazione sindacale, la "questione democratica" *nel* e *del* sindacato, nei rapporti fra individui e organizzazioni e nei rapporti intersindacali.⁷⁰

⁶⁵ M. Rusciano, op. ult. cit.. Sia consentito il rinvio a G. Fontana, *Profili della rappresentanza sindacale. Quale modello di democrazia per il sindacato?*, Giappichelli, Torino, 2004.

⁶⁶ M. D'Antona, *Diritto sindacale in trasformazione*, op. cit.; ID. *Diritti sindacali e diritti del sindacato: il titolo III dello statuto dei lavoratori rivisitato*, in *Lavoro e Diritto*, 1990, pag. 247 ss. Scrive D'Antona in quest'ultimo saggio: "Il titolo III dello Statuto dei lavoratori è dunque una legge sulla cittadinanza dei sindacati in azienda, che si preoccupa delle garanzie dei rappresentanti di fronte al potere dell'impresa, ma non definisce la posizione dei rappresentanti di fronte ai lavoratori, né come iscritti, né più specificamente come rappresentati". Ma sul punto si veda già B. Caruso, *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit; cfr. ora *Lo statuto dei lavoratori è morto: viva lo Statuto!*, di prossima pubblicazione in *Lav. Dir.*, 2010.

⁶⁷ M. Rusciano, op. ult. cit. pag. 593.

⁶⁸ M. Grandi, op. ult. cit.

⁶⁹ M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, op. cit. pag. 594.

⁷⁰ Proprio il rafforzamento del ruolo del sindacato, non disgiunto tuttavia da un logoramento sul piano rappresentativo, riporterà in primo piano il rapporto associativo visto in chiave

Quando la "rappresentatività" sostituisce la "rappresentanza" come schema giuridico per amministrare gli effetti soggettivi del contratto collettivo, la libertà negativa finisce per ridursi a mero simulacro, sacrificata in nome di interessi super-individuali o forse, più semplicemente, in nome di una certa organizzazione del pluralismo sociale. La libertà subisce, inevitabilmente, "il condizionamento di logiche funzionali collegate ad esigenze protezionistiche" e la rappresentanza sindacale, "estraniata" dal suo ambito naturale – l'associazione – viene portata sul terreno del "consenso generale", sopprimendo o ignorando il dato delle relazioni intersoggettive che presiedono alla costituzione del potere rappresentativo. Sottolinea Grandi che il I comma dell'art. 39 implica logicamente l'eguaglianza formale delle espressioni organizzate dei lavoratori e un eguale potere di regolamentazione dei rapporti di lavoro, ma libertà ed autonomia vengono recise dalla qualificazione della rappresentatività come chiave di portata generale per disciplinare una serie indeterminata di situazioni soggettive al di fuori della rappresentanza associativa.⁷¹

La rappresentatività, quale criterio regolatore del pluralismo sindacale, riduce ad unità la realtà frammentata e plurale della rappresentanza. Il principio maggioritario, in luogo del principio associativo, diviene così la chiave per la razionalizzazione del fenomeno sindacale. Ma in tal modo la collisione con il rapporto di "coimplicazione", come scrive Grandi, fra opzione associativa e autonomia sindacale, tutelato dal I comma dell'art. 39 Costituzione, è inevitabile.

Da qui, a ben vedere, profonde divaricazioni teoriche che rinviano in ultima istanza ai due filoni culturali e politici dominanti la cui coesistenza appare sempre più problematica anche sul piano intersindacale.⁷² In questa nuova fase sembra impossibile stabilire il "punto di equilibrio" fra libertà individuale e libertà collettiva, fra lavoratore in quanto "associato" e lavoratore come mero destinatario

difensiva della libertà sindacale individuale, "ossia della libertà di non essere vincolati da contenuti contrattuali sui quali non si è avuto alcun modo di manifestare il proprio consenso", così M. Rusciano, op. ult. cit. pag. 599. La riflessione teorica è sterminata, ma si vedano almeno gli importanti contributi di Caruso in *Contributo allo studio della democrazia nel sindacato*, op. cit. e in *Rappresentanza sindacale e consenso*, op. cit.

⁷¹ M. Grandi, *In difesa della rappresentanza sindacale*, op. cit. pag. 638-639.

⁷² Rappresentanza generale vs. rappresentanza associativa, concertazione vs. dialogo sociale, rappresentatività qualificata vs. legittimazione reciproca, democrazia diretta vs. democrazia degli iscritti, stipulazione unitaria del contratto collettivo vs. accordi separati, ecc.; le antitesi sono così profonde da prefigurare diverse concezioni di sistema, diversi modelli culturali, opposte visioni del ruolo del sindacato, delle relazioni industriali e del rapporto con il sistema "globale".

dell'azione sindacale; e da altro versante il punto di equilibrio fra il potere normativo del sindacato e il diritto al dissenso.

Il "vissuto" costituzionale è dunque nel nostro paese complicato da complesse e mai risolte divergenze, non solo teoriche ma per così dire "materiali" (e le prime discendono dalle seconde, sostiene Tarello). La mancata attuazione della seconda parte dell'art. 39 Cost. non ha impedito che il modello costituzionale abbia giuocato un ruolo fondamentale quale modello culturale di riferimento, contribuendo a creare "strutture di significato" che sono alla base di diverse opzioni di politica del diritto e che hanno prodotto una palpabile incertezza circa il necessario (o auspicabile) "dosaggio" fra libertà negativa e positiva nell'ordinamento sindacale.⁷³

3. La libertà sindacale e la Carta di Nizza

La sfera della libertà sindacale è un problema critico anche nel diritto comunitario e nel nuovo quadro costituzionale, a seguito del Trattato di Lisbona (che ha adottato la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (art. 6 TFUE) e disposto l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.⁷⁴

In realtà, nonostante il rafforzamento dei valori di dignità, uguaglianza, tolleranza, giustizia e solidarietà,⁷⁵ non molto è cambiato quanto ai diritti collettivi secondo i principi già affermati dalla Carta di Nizza del 2001 (per quanto non manchino, da altro versante, segnali in direzione di una politica attiva in materia di diritti fondamentali nell'Unione europea).⁷⁶

⁷³ Libertà negativa da intendersi, come si è già accennato, in un senso più ampio rispetto alla mera libertà di non aderire al sindacato, inerendo qui al potere di vincolo dell'associazione sindacale e al problema critico del dissenso, individuale e collettivo; cfr. G. Giugni, *Libertà sindacale*, op. cit.

⁷⁴ Per un commento cfr. G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, in F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Il Mulino Bologna, 2008, pag. 109 ss. Per Bronzini il Trattato costituisce una base "da sola insufficiente per rilanciare le politiche europee volte a colmare, progressivamente, il social deficit dell'Unione". Pur senza derivarne drastiche conclusioni, si può anzi criticamente notare come l'art. 12 TUE affidi al Parlamento europeo il compito della protezione dei diritti individuali dei cittadini europei senza menzionare i diritti collettivi.

⁷⁵ Per un inquadramento della Carta di Nizza nell'evoluzione dell'Unione europea verso un assetto costituzionale che espressamente riconosce ed anzi pone al centro della sua costruzione i diritti fondamentali, in coerenza con le Costituzioni nazionali, v. S. Gambino, *Droits sociaux, Charte des droits fondamentaux et intégration européenne*, op.cit.

⁷⁶ In tal senso v. O.Pollicino-V.Sciarabba, *La Carta di Nizza oggi, fra sdoganamento giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, in www.europeanright.eu, che pongono in evidenza la crescente attenzione ai diritti sociali e la sperimentazione di nuove strategie antidiscriminatorie, il rilievo crescente della Carta sociale europea, lo sviluppo di azioni

In una situazione in cui perdurano le difficoltà di far decollare una politica sociale dell'Unione ed in cui anche le dichiarazioni dei principi non sono completamente avulse dal "credo" funzionalista, uno degli strumenti essenziali per un maggiore impegno sul terreno sociale sono certo le fonti della contrattazione collettiva derivanti dal dialogo sociale comunitario. Ma proprio l'importanza del ruolo della contrattazione e delle parti sociali sul terreno delle politiche sociali avrebbe richiesto, a ben vedere, qualcosa in più delle scarse disposizioni della Carta di Nizza in tema di libertà di associazione sindacale (art. 12) e di contrattazione collettiva (art. 28), che pur elevando al rango di diritti fondamentali l'una e l'altra sono sotto altri aspetti o elusive o troppo generiche. L'atteggiamento minimalista, se non astensionista, dell'Unione, è del resto confermato proprio dal perdurante tabù, anche nel contesto del nuovo Trattato di Lisbona, della competenza dell'Unione in materia di diritto di associazione sindacale (unitamente al diritto di sciopero e alla retribuzione).⁷⁷

Già da queste prime osservazioni è quindi chiaro che la concezione della libertà sindacale nell'ordinamento interno è lontana dalla visione fatta propria dall'ordinamento comunitario, in base alle disposizioni della Carta di Nizza. La libertà di associazione sindacale affermata dalla Carta di Nizza (e così pure dall'art. 11 della CEDU con differenze poco rilevanti) si riduce, se isolata dal contesto evolutivo del diritto comunitario, all'affermazione di un principio inderogabile in una prospettiva di tutela eminentemente individuale, non a caso collocata (anzi inserita fra le righe) nel Titolo dedicato alle Libertà della persona.⁷⁸ Al centro della scena il diritto comunitario colloca l'individuo e non il collettivo, benché si tratti di diritti che per loro stessa natura trascendono i singoli lavoratori ed anzi, come si è notato, sono direttamente collegati alla sfera pubblica delle persone piuttosto che alla loro sfera privata.⁷⁹ L'ottica della Carta di Nizza è quella dell'atteggiarsi delle volontà individuali come forma dominante per l'esercizio di diritti che appartengono ai singoli e solo a

comunitarie in campi un tempo trascurati come l'istruzione, ed infine il rilievo della stessa Carta di Nizza, che all'art. 51 impone agli Stati e all'Unione un onere specifico di promozione dei diritti fondamentali.

⁷⁷ Cfr. G. Bronzini, *ibidem* pag. 120. Il che, scrive Bercusson, significa in concreto che l'Unione proclama ma non tutela la libertà di associazione sindacale (v. *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden-baden, Nomos, 2006).

⁷⁸ E. Ales, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Diritto del Lavoro*, 2002, pag. 120.

⁷⁹ V. in tal senso G. Brunelli in Bifulco-Cartabia-Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino Bologna 2001 pag. 106-107. Per un recente commento all'art. 28 della Carta di Nizza v. W. Chiaromonte, *Art. 28. Diritto di negoziazione e di azioni collettive*, in G. Bronzini, *La Carta di Nizza. Commentario*, Chimienti ed. 2008.

questi (quanto meno in relazione al diritto fondamentale di associazione, poiché l'art. 28 della Carta possiede già una più netta dimensione sovra-individuale, configurando diritti di azione collettiva come attributi propri dell'organizzazione). Non si sottrae, in altri termini, alla linea che percorre tutta la tradizione giuridica europea, per la quale il fondamento del diritti è individuale e mai collettivo. Del resto la mera libertà di associazione è per sua natura sbilanciata sul versante individuale, poiché indissolubilmente collegata alle relazioni intersoggettive sottostanti; diversamente dalla libertà di organizzazione del I comma dell'art. 39 che rinvia immediatamente alla dimensione collettiva, così "entificata".⁸⁰

Sul piano collettivo "libertà" sembra qui intesa come mera facoltà di agire, come parità conseguita attraverso il diritto, che non nega appropriate garanzie di protezione.

"Libertà di associazione" è, in definitiva, l'estrinsecazione di un principio di libertà sindacale che tende ad assicurare il pluralismo sindacale e a difendere la libertà nel rapporto con lo stato e gli apparati pubblici, a dichiarare l'incoercibilità del diritto individuale a costituire associazioni sindacali "libere". Enfatizza in tal modo il rilievo "politico" della libertà sindacale. Ma se ridotta alla sola garanzia della libertà *da*, è una formula che rinvia ad una generica libertà associativa al cospetto dei poteri pubblici e privati; i suoi contenuti positivi restano quindi affidati agli ordinamenti nazionali, ove si definiscono gli interventi promozionali.

Al di là di considerazioni scontate sul piano astratto-formale, "il diritto di ogni individuo a fondare sindacati insieme ad altri e di aderirvi per la difesa dei propri interessi" non deve però considerarsi di per sé recessivo, laddove si abbia la precomprensione del contenuto della libertà sindacale, quale diritto fondamentale, nelle "tradizioni costituzionali comuni". Una nozione, questa, che ha assunto un valore eminentemente iconografico nel discorso giuridico ed occorre probabilmente ripensare⁸¹ in aderenza ai contenuti effettivi dei diritti proclamati dalle Costituzioni nazionali nel loro profilo dinamico, secondo la loro evoluzione nella prassi e nell'interpretazione costituzionale. Da questo punto di vista, la reciproca contaminazione (*cross fertilizing effect*) fra gli ordinamenti – grazie, soprattutto, al dialogo fra le Corti e alla giurisprudenza multilivello, se attenta a costruire un sistema a vasi comunicanti che non ricerchi "un minimo comun denominatore ma valorizzi davvero i valori costituzionali"⁸²

⁸⁰ M. Rusciano, *Libertà di associazione e libertà sindacale*, op. cit. pag. 587-588.

⁸¹ J.H.H. Weiler, *Introduzione. Diritti umani, costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in M.E. Comba (a cura di), *Diritti e confini. Dalle Costituzioni nazionali alla Carta di Nizza*, Edizioni di Comunità, Torino, 2002.

⁸² In tal senso cfr. A. Vimercati nella presentazione del volume collettaneo da lei stessa curato, *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci ed. Bari 2009, pag. 27. A. Vimercati, *ibidem*

– rappresenta, insieme alla positivizzazione dei diritti sociali, l'altra strada, ancorchè tortuosa, da percorrere,⁸³ liberandosi tuttavia da ogni visione astratta, quasi che il tema fosse la costituzione di un ordinamento replicante gli ordinamenti nazionali; coerentemente con i caratteri costitutivi dell'identità europea, lontana dall'ideale *pluribus unum* tipico dei modelli federali "forti" ed aperta invece all'integrazione, allo scambio o all'intersezione fra le diverse culture che la compongono, senza annullarle.

E' del resto molto difficile riscontrare nelle diverse tradizioni europee una comune "declinazione" della libertà sindacale. Anche nella "vecchia" Europa dei quindici l'analisi comparata di Bercusson ha messo in evidenza che "The concepts of freedom of association in different Member States often overlap. But that not mean they are the same. Beyond the areas of overlap, different Member States will include some elements and exclude others".⁸⁴

Pur essendo individuabile, quanto meno fra i quindici fondatori della Comunità Europea, un "nucleo comune" di diritti strumentali all'affermazione della libertà di associazione sindacale (diritto di adesione, autonomia sindacale, libertà di azione sindacale, natura giuridica dei contratti collettivi), differenti sono le esplicitazioni di questi elementi e differenti sono pure gli altri contenuti positivi della libertà sindacale.⁸⁵

Guardare alle norme della Carta di Nizza, e in generale alle enunciazioni dei Trattati, con gli occhiali del diritto costituzionale italiano, non può che dare risultati fuorvianti o comunque inattendibili ai fini del giudizio di valore o del "dover essere" del diritto comunitario, riflettente un punto di vista necessariamente mediano, o compromissorio, che per i

⁸³ In tal senso G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, op. cit. pag. 122

⁸⁴ B. Bercusson, *Transnational trade union rights*, in H. Collins-P.Davies-R.Rideout (eds.), *Legal Regulation of the Employment Relation*, Kluwer Law International Printed in The Netherlands, 2000, qui pag. 417. Cfr. M. Roccella-T.Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, CEDAM, Padova, 2007, pag. 381-382.

⁸⁵ B. Bercusson, in B. Bercusson (eds.) *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, op. cit.. Da altra angolazione, sul piano dei modelli empirici di relazioni industriali e organizzazione sindacale, la compresenza nel continente europeo, nei diversi paesi, di tutti i modelli di relazioni industriali e relative combinazioni, da quello partecipativo o neo-corporativo a quello pluralista-conflittuale (cfr. G.P.Cella-T.Treu, *National Trade Unions Movements*, in R. Blanpain (eds.), *Comparative Labour Law and Industrial Relations in Industrialised Market Economics*, The Hague, Kluwer, 2007; M. Roccella-T.Treu, op. ult. cit. pag. 383), implica differenze regolative che non possono essere trascurate. Come nota Silvana Sciarra, nei diversi sistemi nazionali muta "la rilevanza del pluralismo sindacale, inteso come dato storico, oltre che come fenomeno sociale da regolamentare" e mutano i caratteri del rapporto fra l'autonomia collettiva e la legge (per quanto sia comune la riluttanza ad accettare un modello di *collective laissez faire*); v. S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, in Riv.it.dir.lav. 2006, 4, pag. 453 ss.

paesi provenienti da una lunga tradizione di sostegno e promozione del fenomeno collettivo può voler dire certamente una costituzionalizzazione non "acquisitiva".

Nella Carta di Nizza libertà di associazione e libertà organizzativa del sindacato tendono a coincidere in una visione abbastanza lontana dalle precise opzioni della nostra Carta fondamentale. Ma forse è possibile, in via interpretativa, non appiattare l'art. 12 su una visione in cui è la libertà associativa (e con essa il rilievo della libertà negativa) ad essere dominante. L'associazione non è, nell'ottica comunitaria, un riferimento che possiede la stessa evidenza normativa nel diritto interno; "associazione" è termine che andrebbe inteso nel modo più ampio, giacché nelle tradizioni costituzionali europee – e nella stessa vicenda storica del diritto sindacale europeo – evoca un momento aggregativo, costitutivo di una dimensione collettiva, in modo evidentemente atecnico, richiama cioè il fenomeno della coalizione. In tal senso la Carta di Nizza, nel suo porsi in modo generico ed irrisolto nei confronti del conflitto fra individuale e collettivo, operando una legittimazione dell'azione collettiva in funzione di diritti individuali affermati quali diritti fondamentali, non può dirsi, sul piano assiologico-sostanziale, attratta da una visione meramente "liberista" del rapporto fra mercato e democrazia, poiché le strutture normative sono aperte, a maglie larghe, e consentono al fenomeno reale di espandersi entro uno spazio giuridico che non è rigidamente predeterminato, in una prospettiva (quanto meno) di equiordinazione del valore dell'integrazione economica e del principio di solidarietà.

Le scelte di fondo dell'integrazione europea sono lontane dal compromesso finalisticamente orientato insito nella Costituzione italiana. Ma, certamente, la limitata intensità dei diritti collettivi nell'ordinamento comunitario non dovrebbe produrre esiti scontati, quanto al bilanciamento con le libertà economiche (ancorché la recente giurisprudenza della CGE ha deluso molti osservatori: v. sul punto infra). Del resto l'ordinamento comunitario riconosce i diritti collettivi quali diritti fondamentali; le spiegazioni allegate alla Carta enunciano il fondamento dei diritti collettivi già nell'art. 11 della CEDU. E questo è se non altro un punto acquisito, di straordinario valore, a ben vedere, considerando che l'atto di nascita dell'ordinamento comunitario designa questo come ordinamento per il mercato.

Non può stupire quindi che nell'art. 28 della Carta di Nizza l'affermazione dei diritti di negoziazione sia situata in un contesto relazionale profondamente diverso. La natura stessa dell'ordinamento comunitario ne impone la relativizzazione, immergendo questi diritti o

libertà in una rete orientata dal principio di proporzionalità (ex art. 52 della Carta).

Nonostante i problemi critici, è però indubbio che gli art. 12, 28 e 27 (diritti di informazione) della Carta, creino un reticolo normativo di diritti collettivi idoneo, quanto meno in astratto, a tutelare la dignità dei lavoratori.⁸⁶

Nell'art. 28 il riferimento ai "lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni" consente di ancorare il diritto di contrattazione direttamente alla forma comune attraverso cui si esprime la dimensione collettiva.⁸⁷ Questa volta, riferendosi alle *organizzazioni*, il diritto comunitario ne esclude chiaramente il fondamento individuale e in questo passaggio la Carta di Nizza riflette una concezione della libertà di negoziazione collettiva come strumentale all'affermazione della libertà sindacale positiva e coerente con il rilievo assunto dalla contrattazione nell'ordinamento comunitario.

Il riconoscimento del diritto di contrattazione avviene tuttavia in un'ottica paritetica, su un piano di reciprocità, non ricalcando lo schema dell'ordinamento interno (e in particolare dell'art. 39 Cost.) che invece riconosce il diritto di contrattazione come diritto proprio delle organizzazioni dei lavoratori, ossia di una sola delle parti in conflitto; ma anche questa diversa visione della Carta di Nizza non andrebbe enfatizzata, trattandosi di un fenomeno tipico sul piano sociale che di fatto qualifica il diritto di contrattazione come diritto sostanzialmente funzionale agli interessi collettivi dei lavoratori. La prudente declinazione della Carta si spiega evidentemente per la presenza di tradizioni nazionali eterogenee, oltre che per l'influenza esercitata dalla natura stessa del diritto di contrattazione nell'ordinamento comunitario, frutto del dialogo sociale e quindi di un raccordo puramente volontario. Criticamente, si può osservare come l'art. 28 della Carta colleghi strettamente il diritto di azione collettiva alla contrattazione collettiva; il che potrebbe rappresentare una rilevante differenziazione con il nostro ordinamento costituzionale, dove contrattazione e auto-tutela sono su piani separati e non necessariamente interferenti.⁸⁸ Tuttavia, se è vero che la Carta di Nizza presuppone l'interdipendenza fra l'autotutela e la sfera negoziale del sindacato, neppure esclude il contrario; del resto è questo un dato di tipicità sociale. Sarebbe un errore clamoroso, oltre che un probabile auto-

⁸⁶ B. Veneziani, in B. Bercusson (eds.) *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, op. cit.

⁸⁷ W. Chiaromonte, op. ult. cit.

⁸⁸ Cfr. E. Ales, op. ult. cit., secondo cui in tal modo potrebbero essere non tutelate dalla Carta dei diritti anche le azioni aventi ad oggetto "dispute su diritti legate, invece, all'applicazione e all'interpretazione del contratto stesso".

goal, interpretare la Carta di Nizza illuminandola con il freddo raggio di luce delle sentenze della Corte di giustizia *Laval*, *Viking* e *Ruffert*. Semmai occorrerebbe fare il contrario, dimostrando, a partire dal carattere assolutamente irrisolto del rapporto fra mercato e diritti sociali collettivi, dalle "aperture" connaturate alle dichiarazioni dei principi, la possibilità di una diversa interpretazione. Imputare alla Carta un effetto sostanzialmente nullo, stante l'impossibilità di reclamarne l'osservanza all'interno degli ordinamenti nazionali, o addirittura vederla come strumento per limitare l'esercizio dei diritti da essa stessa proclamati (come argomentato dai più critici commentatori) forse significa sottovalutare la scrittura dei principi e diritti fondamentali e l'importanza che assume nel contesto europeo, come è dimostrato dall'uso che ne fanno i giudici comuni (e dalla stessa evoluzione della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, su cui v. infra).⁸⁹

L'art. 28 della Carta considera unitariamente il diritto "a negoziare e concludere contratti collettivi" – significativamente nello stesso titolo l'art. 28 si riferisce al diritto alla negoziazione collettiva e non alla contrattazione in modo specifico – il che sembra indicare una volontà di comprendere tutte le diverse fasi in cui si scinde ordinariamente l'articolato procedimento di contrattazione collettiva: dalla presentazione delle piattaforme sindacali alla trattativa con la controparte fino alla vera e propria stipula del contratto collettivo.⁹⁰ Fissando in tal modo il contenuto inderogabile della libertà/diritto collettivo, comprendendo non solo le azioni collettive finalizzate alla contrattazione ma anche quelle intraprese dalle organizzazioni collettive per garantire, all'interno dei singoli Stati membri, il rispetto dei contratti collettivi, conformemente al diritto comunitario,⁹¹ ed ovviamente tutta la fase propedeutica alla stessa contrattazione. Il diritto di *concludere un contratto collettivo* è, ad ogni modo, espressione che andrebbe intesa in senso ampio, escludendo qualsiasi interferenza da parte di terzi o autorità pubbliche nella fase negoziale (ma logicamente riconoscendo il diritto di resistenza datoriale). Con un'interpretazione sistematica, orientata cioè ad offrire un significato coerente con l'intero quadro "organizzatorio" della Carta, in tale

⁸⁹ V. 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, 4, pag. 975 ss.; una tesi fortemente critica, ma argomentata, è di G. Orlandini, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacuci ed. Bari 2009 pag. 57-58.

⁹⁰ B. Veneziani, op. ult. cit.

⁹¹ B. Veneziani, ibidem.

espressione si è colto anche un principio di cooperazione fra le parti e di "buona fede" nella negoziazione collettiva.⁹²

Quanto ai *soggetti*, il generico riferimento della Carta a "i lavoratori e i datori di lavoro o le rispettive organizzazioni" – se per un verso, come si è già accennato, consente di riferire il diritto alle organizzazioni – non scioglie tutte le ambiguità circa la natura del diritto di contrattazione, che dovrebbe essere considerato alla stregua di un diritto collettivo fondamentale ma più spesso è interpretato quale diritto individuale ad esercizio collettivo. Tuttavia, nonostante quest'ambiguità di fondo, l'enunciazione generica dell'art. 28, giacché riferibile sia ai singoli che alle organizzazioni, è coerente con una prospettiva di tutela della libertà contrattuale anche a favore di gruppi non organizzati di lavoratori, vale a dire consente di tutelare il diritto fondamentale di contrattazione anche quando è esercitato spontaneamente.⁹³ Più problematico è infine il riferimento della disposizione della Carta ai "livelli appropriati" del diritto di negoziazione collettiva. Difatti, se si ammette che l'appropriatezza dei livelli di contrattazione sia un tipico dominio dell'autonomia collettiva, probabilmente il sintagma non ha altro valore che quello della riaffermazione di un potere riservato delle parti nella determinazione del luogo o livello di negoziazione (tutelandolo in egual misura). Diversamente, ove si ritenesse che i livelli appropriati siano tali in quanto etero-determinati, allora evidentemente la Carta di Nizza si esporrebbe ad un'accusa alquanto grave, ammettendo il potere dello Stato (e a fortiori delle istituzioni comunitarie) nel sovra-ordinare i processi di contrattazione collettiva. Fra le due alternative, non c'è dubbio che debba darsi preferenza alla prima.⁹⁴ Anche la riserva, contenuta nell'articolo in esame, del diritto di ricorrere ad azioni collettive "in conformità al diritto comunitario" potrebbe leggersi in modo ambivalente, come rinvio generico, aperto, alla cornice dell'ordinamento comunitario che garantisce protezione ai diritti fondamentali nei limiti delle proprie competenze e del sistema di valori e principi di cui è espressione; ma d'altro canto, non può escludersi, anche alla luce delle recenti sentenze della Corte di Giustizia in materia di diritti sociali collettivi, un significato maggiormente controverso, tale da degradare il diritto in questione "al rango di una qualsiasi disposizione ordinaria, tenuta, in quanto tale, a rispettare il diritto comunitario".⁹⁵ Anche in questo caso, seguendo

⁹² B. Veneziani, *ibidem*

⁹³ B. Veneziani, *ibidem*

⁹⁴ B. Veneziani, *ibidem*

⁹⁵ Cfr. A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in q. Rivista; con la conseguenza, nota Lo Faro, di farne una

l'insegnamento di Ferrajoli, si tratta di scegliere fra diverse opzioni interpretativa quella in linea con i valori costituzionali europei.

Il riconoscimento del diritto alla libera contrattazione collettiva si colloca nel quadro delle garanzie della corretta dialettica fra interessi, pur conflittuali ma assunti come paritetici, ed è influenzato, nella sua estensione ed intensione, dalla natura della contrattazione collettiva nell'ordinamento comunitario; diversamente nella nostra Costituzione *vivente* è prevalsa una netta scelta promozionale, del resto legittimata dalla stessa possibilità o principio di limitazione del mercato in funzione di superiori valori costituzionali ex art. 41 Cost. (quale è il principio *lavoristico*).⁹⁶

Nella nostra Costituzione l'autonomia della contrattazione collettiva è "saldamente ancorata all'attuazione dei diritti costituzionali";⁹⁷ mentre nella Carta dei diritti fondamentali costituisce l'effetto di una garanzia di "non ingerenza", inerisce cioè ad una sfera di libertà "non situata". La nostra Costituzione ha un diverso orizzonte, collegato all'obiettivo posto dal secondo comma dell'art. 3 Cost., ricomponendo la frattura, sul piano dell'universalità dei diritti, derivante dal riconoscimento costituzionale di un diritto "riservato e specifico" qual è la libera iniziativa economica privata e il diritto di proprietà che ne è alla base.⁹⁸ Pensare di ritrovarlo oltre le frontiere, nello spazio europeo, sarebbe probabilmente un peccato di ingenuità, dimenticando il carattere compromissorio della costruzione europea, concepito come incontro fra modelli "internazionalistici" e "costituzionalistici"; derivandone l'obiettivo limitatezza delle "missioni" che il diritto comunitario può essere chiamato a soddisfare, la sua capacità realizzativa lontana dalla sovranità propria degli stati.⁹⁹ I principi, diversamente dalle costituzioni nazionali, non hanno qui una funzione costituente ma "riflessiva" dello stadio di sviluppo della società europea.

sorta di "variabile dipendente dalla interpretazione (giudiziale) di cosa debba intendersi per diritto comunitario".

⁹⁶ G. Azzariti, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, Relazione al Seminario interdisciplinare sul tema *Attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro* organizzato dall'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e dall'Associazione italiana dei costituzionalisti a Roma il 24 giugno 2008, pubblicato sul sito www.associazionedeicostituzionalisti.it

⁹⁷ S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 454.

⁹⁸ Per queste considerazioni v. G. Ferrara, op. ult. cit.

⁹⁹ V. G. Amato, *Lectio magistralis*, in G. Laschi (a cura di), *Una democrazia senza Costituzione?*, Clueb, Bologna, 2007.

Resta aperto, certamente, il grande tema della democrazia economica e, più in particolare, dell'ambizioso progetto di coniugare democrazia politica e democrazia economica superando l'asfittica incomunicabilità fra queste due sfere e con essa l'idea risalente dell'irrilevanza delle diseguaglianze economiche ai fini della "qualità" della democrazia. La critica al modello liberale ha radici talmente antiche da perdersi nella genealogia del pensiero "solidarista".¹⁰⁰ Fra le sue molteplici ramificazioni o derivazioni, il progetto costituzionale italiano e la legislazione "di scopo" sembrano privilegiare il legame fra democrazia ed *empowerment* della classe lavoratrice – diversamente, ad esempio, dalle socialdemocrazie europee, che definiscono la democrazia economica soprattutto in termini di maggiori diritti sociali e reddito dei lavoratori. Ciò non vuol dire che nell'ordinamento comunitario non si colgano precisi indirizzi volti a fare della contrattazione collettiva uno strumento di regolazione generale tendenzialmente equiparato alla fonte legislativa, come del resto è nelle tradizioni nazionali;¹⁰¹ né tanto meno che non si ritrovino spunti significativi in direzione di una partecipazione "politica" dei lavoratori tendente a realizzare anche a livello trans-nazionale un ponte fra democrazia economica e democrazia politica.

4. Il diritto di contrattazione nell'ordinamento comunitario.

La libertà sindacale, proprio perché non può ridursi ad un contenuto meramente negativo, ad un obbligo di astensione dello stato, esigendo l'organizzazione e la cooperazione degli altri soggetti, finisce per coincidere con l'esercizio dei diritti che l'esplicitano, con "una diramazione dell'originario diritto fondamentale in più direzioni e pertanto una estensione della sua efficacia verso una serie sempre più vasta di destinatari".¹⁰² Per questo il programma di "conquista della libertà sindacale" non può mai essere concluso, è cioè un "processo senza fine" anche sul piano del diritto, oltre che della *praxis*.¹⁰³

Ogni commento, in altri termini, al modo in cui la libertà sindacale vive nelle sfere assoggettate al "dominio" del diritto comunitario, non può non tener conto del suo carattere dinamico ed aperto, dell'osmosi che si realizza fra prassi evolutiva e sedimentazione di "nuovo" diritto.

¹⁰⁰ P. Ginsborg, *La democrazia che non c'è*, Torino Einaudi 2006. D'obbligo il rinvio all'opera di Dahl.

¹⁰¹ B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in DLRI 2006, pag. 610 ss.

¹⁰² S. Sciarra, *La libertà sindacale nell'Europa sociale*, in DLRI 1990, 48, pag. 657

¹⁰³ S. Sciarra, *ibidem*

I contenuti positivi della libertà sindacale nell'ordinamento comunitario evolvono parallelamente allo sviluppo del mercato unico, che disegna la traiettoria di un assetto economico-sociale ispirato ai canoni del liberismo temperato o *embedded*,¹⁰⁴ ovvero dell'economia sociale di mercato, seguendo le tortuose spire della tradizione continentale dell'ordo-liberalismo. Una trama che non dovrebbe essere ricondotta senza residui a schemi astratti, come se si trattasse di una sorta di "laboratorio" e non già di un insieme di relazioni determinate da una "dialettica" sociale in continuo divenire.

La sintesi che segue ha quindi valore soltanto esplicativo dei passaggi fondamentali, sul piano istituzionale, del rapporto fra il diritto comunitario e la sfera collettiva, che è quanto dire la libertà sindacale nel suo aspetto dinamico, al di là dei riconoscimenti, pur solenni, della Carta di Nizza.

A tal riguardo, non si può fare a meno di notare come, nel momento stesso in cui si passa alla complessa trama di relazioni fra organizzazioni sindacali e istituzioni comunitarie delineata da specifiche norme dei Trattati, l'*imprintig* individualistico della Carta di Nizza perda importanza e quasi sfumi, pur nel quadro di una "filosofia di fondo" ispirata ad una logica paritaria e di "reciprocità".

Le tappe del processo di costruzione di un profilo sociale e di valorizzazione del ruolo collettivo sono notissime.

Dopo il riconoscimento e la promozione di *joint consultation* ad opera della Carta sociale europea del 1961, il punto di svolta a livello comunitario segnato dall'Atto unico europeo del 1986 ha prodotto, come è noto, l'inserimento nel Trattato delle disposizioni relative al "dialogo sociale" comunitario. Si pongono qui le premesse di una vera e propria "rivoluzione organizzativa" nei rapporti fra sindacato e sfera pubblica europea e al tempo stesso si afferma il carattere tendenzialmente universalistico della libertà sindacale. Si va definendo un nuovo rapporto fra "individuale" e "collettivo" e fra libertà negativa e libertà positiva; emerge una linea promozionale tesa a rafforzare la "volontà" collettiva ed a collegare libertà sindacale e contrattazione.¹⁰⁵

Anche i passi successivi sono noti. La Carta dei diritti sociali fondamentali del 1989 segna un punto di svolta prevedendo il diritto di aderire o non aderire ad organizzazioni sindacali (punto 5), il diritto alla contrattazione collettiva nell'ambito del dialogo sociale con particolare riferimento al livello "interprofessionale e settoriale" (punto 6) e

¹⁰⁴ v. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, Bologna, 2003

¹⁰⁵ S. Sciarra, op.ult.cit., pag. 673; cfr. T. Treu, *L'Europa sociale: dall'Atto Unico a Maastricht*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 1991, 10.

stabilendo, ai punti 17 e 18, principi in materia di informazione e consultazione. In tal senso la Carta rappresenta una svolta decisiva verso quel processo di "costituzionalizzazione" che tende a riconoscere nella garanzia dei diritti fondamentali l'elemento qualificante dell'Europa sociale. I contratti collettivi sono considerati strumenti di attuazione della Carta (punto 27), riconoscendo loro, seppur implicitamente, una funzione normativa, sebbene condizionata dalla diversa efficacia soggettiva che essi hanno nei singoli ordinamenti. Le organizzazioni sindacali, in quanto portatrici di interessi generali, vengono ammesse a partecipare ai processi normativi, seppure senza l'indicazione di alcun elemento essenziale quanto a criteri di rappresentatività, democrazia interna, tutela della libertà negativa (in ragione della riserva statale di competenza sul diritto di associazione).¹⁰⁶

Lo sfondo – in origine - è quello di un rapporto con le istituzioni comunitarie dettato da un'esigenza di <<funzionalizzazione>> dell'autonomia collettiva, costituendo la contrattazione uno strumento d'eccellenza – o secondo alcune analisi l'unico strumento disponibile - di fronte alla rigidità determinata dal doppio vincolo di Maastricht e del Patto di stabilità, al fine di adeguare il sistema economico alle variabili derivanti dalle crisi cicliche.¹⁰⁷ Si tratta di una tendenza che viene da lontano. Sin dall'inizio il ruolo dell'autonomia collettiva all'interno del mercato europeo è stato concepito in modo subordinato all'esigenza prioritaria di garantire la <<libera concorrenza>>, cioè di creare l'integrazione dei mercati. E dopo questa prima fase il rapporto fra istituzioni comunitarie e parti sociali si è rivelato utile per rispondere all'esigenza di regolare l'integrazione economica.¹⁰⁸

Indubbiamente la <<strategia>> comunitaria ha avuto un'influenza decisiva per definire la natura del fenomeno collettivo. I condizionamenti del quadro comunitario non possono tuttavia oscurare la novità in qualche modo storica rappresentata dalla continuità strutturale fra dialogo sociale e contrattazione collettiva, ossia dall'elaborazione di un sistema complesso di interazione fra livelli istituzionali e parti sociali. Sembra qui emergere un nucleo normativo che va ben oltre il mero riconoscimento dell'autonomia contrattuale delle organizzazioni di

¹⁰⁶ Fra i tanti commenti cfr. C. La Macchia, *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.*, 1990, pag. 769 ss.

¹⁰⁷ Per una efficace sintesi delle posizioni degli studiosi di discipline economiche e di relazioni industriali v. A. Lo Faro, *Europei, comunitari e comunitarizzati: i contratti collettivi nell'era della sopranazionalità*, in *Riv. Giur. Lav.* 2000, I, pag. 863-870, ma prima ancora in *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, op. cit.

¹⁰⁸ V. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva nella fase della trasformazione istituzionale dell'Unione europea*, in *Riv.giur.lav.* 1998, 2, pag. 265.

rappresentanza.¹⁰⁹ Certamente, nel prisma del soggettivismo interpretativo, quest'evoluzione può apparire come l'avvio di un processo che, prefigurando un assetto pluralistico ed una rappresentanza d'interessi veicolata nei circuiti istituzionali e legislativi, tende ad assumere una funzione di contrappeso e bilanciamento <<del dominio dell'economia sulla dimensione sociale europea>>, promuovendo un processo di integrazione dal basso,¹¹⁰ in nome, evidentemente, degli standard sociali necessari all'efficienza dei mercati in una società pluralistica.¹¹¹ Al di là dei giudizi di valore, il dialogo sociale può dirsi funzionale ad "alleggerire" le responsabilità delle istituzioni comunitarie scaricandole sulle spalle delle parti sociali,¹¹² ma offrendo in questo modo alle associazioni di interessi uno spazio d'intervento inedito e creando una "nuova risorsa" per la regolazione del mercato.¹¹³ In tal senso, il dialogo sociale europeo ha stimolato profili di autonomia più coerenti, a livello intersettoriale e settoriale, in direzione di forme di regolazione ibride in cui sfera pubblica e sfera privata sono oramai intrecciate.

Se questo è, per approssimazione, lo sfondo delle scelte istituzionali, la direttiva comunitaria del 1994 sui comitati aziendali europei (oggetto di recente modifica per effetto della Direttiva 2009/38/CE) definisce un assetto delle relazioni industriali di natura partecipativa funzionalmente collegato alla tutela della competitività delle imprese sul mercato globale, ma aperta a nuovi sviluppi in direzione di una rappresentanza sindacale dei lavoratori a fini di negoziazione collettiva.¹¹⁴ Ed è senz'altro corretto ritenere che fra il sistema cooperativo

¹⁰⁹ G. Schnorr, *I contratti collettivi in un'Europa integrata*, in Riv.it.dir.lav. 1993, 3, pag. 333.

¹¹⁰ B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva...*, op.cit. pag. 280; per una ricostruzione dello sviluppo storico e dell'evoluzione del quadro istituzionale del sistema europeo di relazioni industriali v. M. Biagi, *Le relazioni industriali nell'Unione europea*, in G.P.Cella-T.Treu, *Le nuove relazioni industriali*, Il Mulino Bologna 1998, pag. 495 ss.; R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo*, Milano Giuffrè 2001. Ripercorre le vicende della costruzione dell'Europa sociale con condivisibile approccio metodologico D. Comandè, *Negoziazione e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, tesi di dottorato in Diritto del lavoro europeo, 2009.

¹¹¹ cfr. F. Mancini, *Diritto del lavoro e diritto comunitario*, in Giorn.dir.lav.rel.ind., 1985, pag. 477 ss. Ripercorre le vicende con condivisibile approccio metodologico D. Comandè, *Negoziazione e contratto collettivo europeo nel pluralismo ordinamentale*, tesi di dottorato in Diritto del lavoro europeo, 2009.

¹¹² B. Bercusson, *The role of the EU Charter of Fundamental Rights in building a system of industrial relations at EU level*, in *Transfer*, 2003, n.2, p. 224

¹¹³ V. F. Alacevich, *Il dialogo sociale in Europa: verso una convergenza funzionale nella regolazione del lavoro?*, in Quaderni di rassegna sindacale, 2006, 1.

¹¹⁴ Sia consentito il rinvio a G. Fontana, *Profili della rappresentanza sindacale. Quale modello di democrazia per il sindacato?*, op. cit. A fine 2008, risultavano costituiti oltre 800

o concertativo delineato <<ai piani alti>> dell'edificio comunitario e la rappresentanza dei lavoratori comunitari delineata dai CAE, sembra costituirsi nel complesso un'architettura in grado di concretizzare un modello compiuto di relazioni industriali a livello comunitario.¹¹⁵ I Comitati aziendali scontano l'ambiguo confine "partecipativo" iscritto nel loro codice genetico; ciò nonostante, sono numerosi oramai gli accordi collettivi sottoscritti direttamente dai Cae con il sostegno delle federazioni sindacali (nazionali o internazionali),¹¹⁶ confermando le potenzialità insite nei modelli europei, pur nel quadro di irrisolti problemi.¹¹⁷ Questa linea di tendenza è stata confermata dalla direttiva comunitaria sulla società europea (Direttiva 2001/86/CE), che delinea anch'essa una rappresentanza dei lavoratori a livello transnazionale.

In definitiva, i contenuti della libertà sindacale non possono essere assimilati ad una visione tipicamente liberale, quale mera garanzia di protezione, nell'ottica di una scelta politica di *abstention of the law*. L'intervento comunitario è, al contrario, costitutivo di una complessa organizzazione dei rapporti fra parti sociali e istituzioni comunitarie che sembra ereditare le più incisive traiettorie neo-corporative o concertative delle economie continentali, nel quadro di un "pluralismo ordinamentale" non appiattito su questi modelli teorici. A tal riguardo è anzi un giudizio comune, in dottrina, la complessità del sistema di competenze in ambito sociale, prefigurando un modello di regolazione del mercato in cui sia riconosciuto il ruolo delle associazioni di interessi nella *governance* europea, stante la "speciale forza che la contrattazione collettiva detiene in ambito comunitario, sconosciuta in genere negli ordinamenti interni".¹¹⁸ La prospettiva europea è in tal senso coerente con le tradizioni nazionali, con la centralità del contratto collettivo nella regolamentazione dei rapporti di lavoro e con la tendenza al suo rafforzamento nel quadro di variabili rapporti e intrecci con la fonte legale.¹¹⁹

Nel quadro definito dal Trattato di Amsterdam la contrattazione collettiva è un fenomeno ambivalente; alla contrattazione "libera", basata

Comitati aziendali coprendo quasi il 60% dei lavoratori di imprese europee multinazionali (fonte ETUC).

¹¹⁵ V. M. Biagi, *Le relazioni industriali nell'Unione europea*, op.cit. pag. 495

¹¹⁶ E. Ales, *La contrattazione collettiva transnazionale fra passato, presente e futuro*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.* 2007, 3, pag. 545 ss.

¹¹⁷ Restano aperti, come nota Ales, gli interrogativi su "chi contratta e quali effetti possono essere prodotti dal contratto collettivo".

¹¹⁸ G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, op. cit. pag. 111; cfr. B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, in *Giorn. dir.lav. rel.ind.* 2006, 4. In tal senso già M. Biagi, *Le relazioni industriali nell'Unione europea*, op.cit. pag. 501.

¹¹⁹ S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 456.

sul riconoscimento reciproco e sulla volontarietà dei processi negoziali (art. 139, I comma, ora 155 TFUE), si giustappone la negoziazione "indotta" dall'iniziativa della Commissione (art. 138, commi II, III e IV, ora art. 154 TFUE), ove il contratto collettivo diviene fonte di diritto comunitario aggiungendosi a quelle previste dall'art. 249 del Trattato (art. 288 TFUE).¹²⁰ Prima che sul piano negoziale, il ruolo delle parti sociali è tuttavia oggetto di valorizzazione nel momento della definizione degli indirizzi di politica sociale dell'Unione. La consultazione delle parti sociali può sfociare in intese triangolari, la cui finalità è la ricerca di una legittimazione preventiva degli atti di competenza delle istituzioni comunitarie: sperimentata tecnica di "contenimento" della crisi dello stato keynesiano.¹²¹ Le parti sociali sono, per così dire, "internalizzate" nel processo di formazione delle decisioni, dando luogo ad una legislazione "contrattata".¹²²

Né con l'adozione del Trattato di Lisbona il quadro di riferimento muta nei suoi termini essenziali, giacché il nuovo art. 152 – pur rafforzando la sussidiarietà orizzontale come chiave delle politiche sociali¹²³ – si limita a prevedere che "l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello; tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali. Facilita il dialogo fra le parti, nel rispetto della loro autonomia". In linea generale, il Trattato sembra riconoscere e promuovere il valore della sussidiarietà orizzontale ma al tempo stesso tutela le tradizioni nazionali. Il principio di "autonomia", enunciato dall'art. 152, è implicitamente il riconoscimento di un elemento costitutivo dell'ordinamento sindacale sintomatico del valore della libertà sindacale nel diritto dell'Unione.

Se questo è, sommariamente, il quadro istituzionale entro il quale sono canalizzate – o imprigionate – le dinamiche collettive, la centralità assegnata alle interrelazioni fra le fonti legali e contrattuali ha dato luogo ad una serie pressoché infinita di riflessioni critiche.¹²⁴ A distanza di tempo

¹²⁰ V. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva...*, op.cit. pag. 256 ss. In chiave critica v. G. Arrigo, *Rappresentatività, contratto collettivo e processo di determinazione delle fonti del diritto del lavoro comunitario*, in Riv.giur.lav. 2000, 4, pag. 841. V. S. Sciarra, *Il dialogo tra ordinamento comunitario e nazionale del lavoro: la contrattazione collettiva*, in Giorn.dir.lav.rel.ind. 1992, pag. 715 ss.

¹²¹ V. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva...*, op.cit. pag. 251-252.

¹²² Come si è efficacemente osservato, "il dialogo sociale è il vestibolo, oltre che della consultazione, della contrattazione collettiva; è cioè un antecedente logico perché al suo interno si sviluppi la tappa ulteriore che può condurre ad un accordo" (B. Veneziani, *ibidem* pag. 254).

¹²³ G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, op. cit. pag. 118

¹²⁴ Si veda almeno, anche per i riferimenti, A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, op.cit., in particolare pag. 96-97; v. pure B. Caruso, *Il contratto*

il quadro appare più complesso, in realtà. Seppure il suo *incipit* può certamente essere collegato al cronico problema del deficit democratico, l'articolazione del dialogo sociale sia a livello di fonti costituzionali – quali sono le stesse norme del Trattato di Amsterdam – che sul piano dell'autonomia del fenomeno socialtipico della contrattazione, dovrebbe far superare molte delle originarie perplessità.

Le organizzazioni sociali e gli interessi che esse rappresentano entrano a pieno titolo nel sistema comunitario di regolazione del mercato evocando un modello di armonizzazione "riflessiva" e sollecitando in tal senso anche gli ordinamenti nazionali.¹²⁵ Di fondamentale importanza resta il rilievo della contrattazione collettiva nel sistema delle fonti di diritto comunitario, ma ad esso deve essere affiancato, sul piano analitico, il prodursi di un sistema contrattuale "autonomo", incrementando notevolmente i processi negoziali "volontari", senza il quale sarebbe forse giustificato assumere criticamente il modello europeo quale spia di un assetto regolativo sbilanciato sul versante della funzionalizzazione del contratto collettivo.

L'equivalenza funzionale fra fonte legale e fonte contrattuale non è nuova, del resto, e rinvia ad una ricca e variegata esperienza europea di organizzazione pluralistica della rappresentanza. Fra i diversi modelli o prototipi il diritto comunitario ha optato per una soluzione mediana che non esclude l'intervento della legge ma neppure lo prevede obbligatoriamente; che lascia alle parti sociali la decisione circa il regime di efficacia del contratto collettivo, secondo valutazioni di volta in volta da esse effettuate. L'art. 139 del Trattato (ora art. 155 TFUE) disegna un rapporto fra contrattazione collettiva e ordinamento comunitario valorizzando il principio di autonomia; il primo comma contiene del resto un riconoscimento esplicito del dialogo sociale autonomo rispetto alla procedura delineata dai commi successivi.¹²⁶ Può quindi a ragione considerarsi come l'apertura ad un modello pluralistico nel quale si crea un'intersezione o ibridazione fra regolazione pubblica e privata,¹²⁷ comprendente le diverse forme del dialogo sociale (dagli accordi a livello intersettoriale e settoriale, fino all'eventuale auto-regolazione, ad opera delle parti sociali, di un nuovo quadro di riferimento per la negoziazione

collettivo europeo, in *Diritto privato comunitario*, in V. Rizzo (a cura di) *Lavoro, impresa e società*, vol. II, Napoli 1997 Edizioni Scientifiche Italiane

¹²⁵ B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, op. cit.

¹²⁶ V. nello stesso senso A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2007, 3, pag. 561, con riferimento alla base giuridica di un intervento di regolazione comunitaria sulla contrattazione collettiva transnazionale.

¹²⁷ B. Caruso, op. ult. cit.

collettiva, autonomo da quello che deriva dalle procedure istituzionali).¹²⁸ La contrattazione collettiva "autonoma" può avvalersi alternativamente dello spazio di autoregolazione tipico della fonte negoziale, si potrebbe dire "auto-applicativa", con effetti autonomamente stabiliti dalle parti ma pur sempre rilevanti per l'ordinamento comunitario, ovvero derivare la sua forza dai differenti criteri di efficacia e di attuazione previsti dai singoli ordinamenti. Infine può (su richiesta congiunta delle parti) avvalersi della forza normativa data dalla decisione del Consiglio, nell'ambito delle materie previste dall'art. 137 (art. 153 TFUE), vale a dire nel rispetto delle competenze comunitarie, perdendo in qualche misura la sua autonomia rispetto alla legislazione ma al tempo stesso ottenendo un esplicito riconoscimento e coinvolgimento nel *law making process*.¹²⁹

Si può quindi condividere il punto di vista degli studiosi del diritto comunitario del lavoro che "leggono", in questo rapporto "flessibile" fra legge e contratto, un "policentrismo regolativo" fatto di gradazioni diverse dei rapporti fra le fonti, fino a consentire l'efficacia diretta del contratto collettivo e il primato sugli ordinamenti nazionali delle opzioni normative delle parti sociali a livello comunitario, anche quando in questi ordinamenti il regime di efficacia del contratto collettivo non lo consentirebbe in linea di principio. La Corte di Giustizia, già con la sua più risalente giurisprudenza, ha avallato questo particolare modello "circolare" fra fonte contrattuale e fonte legale.¹³⁰ L'ibridazione del contratto collettivo è dunque coerente con l'evoluzione registratasi nei paesi europei che ha prodotto ovunque una "straordinaria interazione" fra fonte legale e contrattuale, senza enfatizzare né lo spontaneismo né la volontarietà dei processi e degli assetti contrattuali.¹³¹

Il complesso schema di relazioni fra parti sociali ed istituzioni comunitarie oltrepassa la *summa divisio* pubblico/privato creando un collegamento strutturale fra "regolazione privata (quanto allo strumento utilizzato)" e "funzione di regolazione pubblica (quanto all'oggetto della regolazione)".¹³² La discussione ha antecedenti autorevoli nel dibattito (e nelle esperienze) del neo-corporativismo europeo; un nodo forse irrisolto

¹²⁸ Cfr. COM 2005, 33 def., Agenda sociale 2005-2010

¹²⁹ Come è noto, le parti sociali hanno raggiunto accordi volontari sul telelavoro (accordo quadro del 16 luglio 2002), sullo stress da lavoro (accordo quadro del 8 ottobre 2004) e sulle molestie e le violenze sui luoghi di lavoro (accordo quadro del 26 aprile 2007), con modalità di recepimento e di efficacia diverse da paese a paese. V. per un'attenta ricostruzione anche del dibattito D. Comandè, op. cit. p. 94 ss.

¹³⁰ cfr. B. Caruso, ibidem. Il riferimento è alla sentenza della Corte di Giustizia 8 giugno 1982 *Commissione c. Repubblica italiana*, causa C-91/81.

¹³¹ S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 457.

¹³² B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, op. cit. pag. 612.

della storia della democrazia del vecchio continente, in bilico fra autoritarismo e "apertura" del sistema, fra riconoscimento e funzionalizzazione delle risorse di consenso e di legittimazione offerte dalle grandi organizzazioni esponenziali degli interessi del mondo del lavoro. Per quanto ci riguarda, l'imputazione al quadro comunitario di provocare in tal modo una sorta di mutazione genetica del fenomeno collettivo mostra analogie con le critiche "piovute" sulla seconda parte dell'art. 39 Costituzione, accusato di replicare o quanto meno di ereditare modelli autoritari non rispettosi del principio di autonomia. Tuttavia, solo se prigionieri di schemi concettuali risalenti può non comprendersi la complessa riorganizzazione dei meccanismi di funzionamento delle società contemporanee ove la fusione o l'ibridazione fra pubblico e privato è la regola (attraendo nella sfera pubblica schemi organizzativi privatistici e spostando nella sfera privata quote crescenti di regolazione pubblica).¹³³

Nella declinazione "plurale" del dialogo sociale comunitario (bipartito o tripartito, interprofessionale, settoriale o aziendale, e con regimi di efficacia assolutamente dissimili)¹³⁴ si percepisce la difficile ma progressiva rarefazione dei vecchi confini. Finanche la legittimazione dei soggetti collettivi (ossia quella che può essere considerata normalmente la cartina al tornasole della natura dei fenomeni organizzativi) non deriva, nella sua essenza, né da un attributo pubblico né dal rapporto associativo (in quanto tale inesistente nell'ordinamento comunitario, oggetto solo di coordinamento e cooperazione fra gli Stati ex art.156 TFUE)¹³⁵ ma dalla rete di relazioni in cui le parti sociali sono immerse. Del resto, la qualificazione delle organizzazioni come "parti private" è anch'essa nient'altro che un espediente classificatorio; per le funzioni che le parti rivestono, per la loro complessa struttura, per il fondamento della loro

¹³³ In tal senso si veda il tentativo di una parte della dottrina di dedurre dall'art. 139 del Trattato una sorta di effetto diretto degli accordi volontari, cfr. D. Schiek, *Autonomous Agreement as A Regulatory Device in European Labour Law: how to Read Article 139 EC?* In *Industrial Law Journal*, 2005, 1; A. Jeammaud, *Per una discussione sulla contrattazione collettiva europea dal punto di vista degli ordinamenti nazionali*, in A. Lettieri-U. Romagnoli (a cura di), *La contrattazione collettiva in Europa*, Ediesse, Roma, 1998. Ma anche le visioni meno *tranchant* (per le quali si rinvia all'attenta ricognizione del dibattito svolta da Daniela Comandè) sembrano oramai mettere in questione la tradizionale separatezza fra i diversi livelli di contrattazione.

¹³⁴ Si veda la ricognizione della Commissione, *Partenariato per il cambiamento*

¹³⁵ Nella dichiarazione allegata al Trattato di Lisbona (n. 31) si afferma "che le politiche descritte nell'articolo 156 sono essenzialmente di competenza degli stati membri. Le misure di incoraggiamento e di coordinamento da adottare a livello d'Unione conformemente alle disposizioni di tale articolo hanno carattere complementare. Esse mirano a rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri e non ad armonizzare sistemi nazionali. Tali misure non incidono sulle garanzie e gli usi esistenti in ciascuno Stato membro in materia di responsabilità delle parti sociali".

legittimazione, queste organizzazioni si situano in uno spazio di difficile definizione, su una labile linea di confine fra pubblico e privato.

5. Dal dialogo sociale comunitario alla contrattazione collettiva transnazionale.

Il dialogo sociale settoriale, nel quadro di relazioni "volontarie" fra le parti sociali, rappresenta il terreno di maggior interesse sul piano evolutivo.¹³⁶ Particolarmente significativa è l'esperienza dei Comitati di settore per il dialogo sociale, costituiti su iniziativa della Commissione in tutti i settori produttivi – sulla base dei requisiti di rappresentatività indicati dalla Commissione e su istanza congiunta delle parti sociali – che a partire da una funzione meramente consultiva hanno assunto un ruolo più ampio grazie alla stessa Commissione,¹³⁷ fino ad acquisire in molti casi una vera e propria funzione negoziale permettendo di raggiungere accordi, ancorché privi di efficacia giuridica (essendo questa rinviata all'implementazione che le parti sociali assicurano a livello nazionale secondo le prassi proprie di ciascun sistema nazionale) ovvero vincolanti a seguito dell'adozione di direttive (come nel caso delle direttive per il trasporto marittimo ed aereo sull'orario di lavoro) e quindi in tal modo ricondotti alle previsioni degli artt. 138 e 139 TCE.¹³⁸

E' tempo quindi di guardare alla contrattazione transnazionale al di fuori dei circuiti istituzionali, che dimostra un dinamismo e una varietà di accenti, di contenuti e livelli di regolazione. Caratterizzata, nella sua variegata modulazione, dall'assenza "di una finalizzazione di carattere normativo *forte*", ossia da una prassi negoziale che non tende a incunearsi negli ordinamenti nazionali mediante il sostegno offerto dagli artt. 138 e 139 TCE optando per l'effettività che deriva dalle procedure e prassi proprie dei sistemi sindacali di ciascun paese europeo.¹³⁹ Non è ancora l'"europeizzazione delle relazioni industriali", vale a dire un sistema "verticalmente integrato, con riconoscimento di funzioni di condizionamento forte ad un nuovo livello di contrattazione, quello europeo, nei confronti dei livelli inferiori"; al tempo stesso non si può

¹³⁶ Cfr. al riguardo E. Ales, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro*, in *Giorn. dir.lav.rel.ind.* 2007, 3, pag. 541 ss.; cfr. P. Pochet, *Dynamics of European Sectoral Social Dialogue*, European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, 2009, pubblicato sul sito www.eurofound.eu.

¹³⁷ V. la decisione della Commissione 98/500/CE del 20 maggio 1998.

¹³⁸ E. Ales, *ibidem* pag. 544. La debolezza di questi accordi sta nel fatto che la loro attuazione dipende, come nota Ales, o dalle istituzioni comunitarie o dalla contrattazione collettiva nazionale, limitando in tal modo lo sviluppo ulteriore della già fitta rete di accordi e negoziazioni che si svolgono all'interno dei Comitati di settore.

¹³⁹ v. A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2007, 3, qui pag. 552.

negare che la traiettoria sia oramai tracciata e definita dal “doppio movimento” della contrattazione transnazionale e del coordinamento volontario a livello sovranazionale delle dinamiche contrattuali nazionali.¹⁴⁰

La divergenza regolativa fra i diversi sistemi nazionali non sembra impedire un processo di convergenza transnazionale o sovranazionale fra settori e imprese multinazionali. L’ossimoro delle “divergenze convergenti”, per riprendere un’immaginifica espressione di Caruso, sembra in altri termini qualificare l’attuale stadio evolutivo dei rapporti collettivi a livello europeo, che registra un graduale ma progressivo sviluppo di una fitta rete di negoziazioni grazie soprattutto all’azione delle prime forme di rappresentanza a livello transnazionale (Comitati aziendali europei e Comitati per il dialogo sociale settoriale)¹⁴¹ e da innovativi esperimenti di contrattazione multinazionale (come gli *International Framework Agreements*, accordi a livello di impresa multinazionale in grado di garantire una copertura dell’intera filiera produttiva, a prescindere dagli assetti proprietari o societari).¹⁴² In sostanza, tre “pilastri” - la contrattazione collettiva comunitaria inserita nei circuiti istituzionali, la contrattazione volontaria e quella aziendale – e un “ponte” in grado di assicurare il coordinamento sovranazionale delle contrattazioni nazionali.¹⁴³ Il che consente di definire i contenuti positivi della libertà sindacale in termini sostanzialmente coerenti (tanto più che il Trattato non esclude, ma anzi prevede esplicitamente il dispiegarsi di una contrattazione libera nello spazio europeo), superando le perplessità derivanti dall’equilibrio sbilanciato della contrattazione “indotta” dalle istituzioni comunitarie. Il dialogo sociale settoriale va assumendo caratteri autonomi quanto ad estensione del fenomeno, differenziazione ed incisività dei contenuti, articolazione degli strumenti utilizzati, rilevanza degli attori coinvolti.¹⁴⁴ Allo stesso modo il coordinamento settoriale a livello sovranazionale conosce un intenso sviluppo in alcuni settori maggiormente interessati dagli effetti della concorrenza internazionale, dai

¹⁴⁰ V. B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, op. cit. pag. 584 ss; v. A. Lo Faro, op. ult. cit. pag. 557-558.

¹⁴¹ B. Caruso, *ibidem* pag. 587-588.

¹⁴² A. Lo Faro, op. ult. cit. pag. 554-555. Anche la relativizzazione del dato associativo è del resto un trend di tutti i paesi europei, allargando la forbice fra “grado di copertura del contratto collettivo” e “grado di sindacalizzazione”; cfr. S. Sciarra, *L’evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell’Unione Europea*, op. cit. pag. 465 e pag. 471 ss.

¹⁴³ A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, op. cit. pag. 558.

¹⁴⁴ B. Caruso, *Sistemi contrattuali e regolazione legislativa in Europa*, op. cit. pag. 591.

processi di delocalizzazione che fanno parte di territori transfrontalieri.¹⁴⁵ Ad esso si affianca un crescente numero di casi in cui a livello aziendale emerge una prospettiva di coordinamento aziendale sovranazionale e un ruolo di maggior peso dei CAE, nel quadro di dinamiche evolventi dal momento partecipativo a quello contrattuale.¹⁴⁶ In definitiva, dinamiche "multilivello" tendono ad affiorare nel contesto di un'economia integrata, producendo a loro volta nuove forme di integrazione sovranazionale della contrattazione collettiva che ruotano attorno al dialogo sociale settoriale e alle ramificazioni all'interno delle imprese multinazionali.¹⁴⁷

Da altra angolazione, sembra accentuarsi ovunque la funzione regolativa della contrattazione collettiva, sia all'interno dello spazio europeo che nei singoli ordinamenti nazionali.¹⁴⁸ Il legame fra *Social Dialogue* e *working conditions* è oggetto di ricerche empiriche che hanno dimostrato l'impatto del dialogo sociale su materie come l'organizzazione del lavoro, la formazione, le competenze e l'occupabilità, la salute e la sicurezza e benessere, l'orario di lavoro e l'equilibrio fra vita e lavoro, mostrando altresì uno sviluppo abbastanza rapido fra i nuovi Stati membri dell'Unione.¹⁴⁹

Dopo questo promettente sviluppo, il dialogo sociale (nel suo complesso, bipartito e tripartito, settoriale e intersettoriale) ha ora di fronte a sé la crisi economica globale e le sue conseguenze sul piano occupazionale; l'interrogativo è se riuscirà a contribuire a politiche sociali "anticicliche", o se la recessione sbarrerà la strada alla sua evoluzione. Il problema di fondo è la distribuzione dei costi della crisi. Allo stato la posizione delle parti sociali è debole, difensiva, e l'azione sindacale non ha lo sviluppo che ha conosciuto in altri momenti di recessione.¹⁵⁰

¹⁴⁵ E' il caso del coordinamento della contrattazione collettiva promossa nelle aree transfrontaliere riguardanti, fra le altre, Friuli-Venezia-Giulia/Slovenia, Lombardia/Tessin/Piemonte, Friuli-Venezia-Giulia/Veneto/Croazia: cfr. ETUC, *Resolution on the salary campaign and guidelines for collective bargaining coordination 2009*, www.etuc.org/IMG/pdf_EN-Resolution-Salary-campaign.pdf

¹⁴⁶ B. Caruso, *ibidem*, pag. 593-594, che rinvia al volume di Marginson, Sissen (eds.) e al Rapporto di studio sul *Transnational Collective Bargaining* a cura di un gruppo di studiosi coordinato da Ales (Engblom, Jaspers, Laulom, Sciarra, Sobczak, Valdés Dal-Ré), su cui v. A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, in *Giorn.Dir.Lav.Rel.Ind.*, 2007, 3, pag. 551 ss.

¹⁴⁷ B. Caruso, *ibidem*

¹⁴⁸ B. Caruso, *op.ult.cit.* pag. 598.

¹⁴⁹ Si veda la relazione della European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Working conditions and the social dialogue*, 2007, in www.eurofound.europa.eu

¹⁵⁰ Cfr. ETUC, *Resolution Guidelines for the coordination of collective bargaining in 2010*, http://www.etuc.org/IMG/pdf_01-02-2009Resolution-EN-No-to-wages-freezes-and-wage-cuts.pdf

Da questo punto di vista, il coinvolgimento dei sindacati nella gestione della crisi varia da paese a paese ed è maggiore in quei paesi in cui vi è una tradizione di concertazione sociale.¹⁵¹ In paesi come l'Olanda (che è stato uno dei primi, già da marzo 2008, ad avviare incontri tripartiti per concordare le misure anti-crisi) ma anche in Danimarca, Finlandia, Svezia, si è registrato un pieno coinvolgimento delle parti sociali: i provvedimenti economici e sociali sono stati negoziati con le organizzazioni sindacali. In altri casi le tensioni fra le parti sociali non l'hanno consentito, ma ovunque si realizza una significativa crescita della negoziazione a livello d'impresa.¹⁵²

Sarà questa, probabilmente, la verifica sul campo della capacità (o incapacità) di superare le tensioni che derivano dai licenziamenti e dalle ristrutturazioni aziendali e di individuare compromessi accettabili per la tutela dei lavoratori europei. A livello europeo, la CES propugna un *New Social Deal*, un effettivo coordinamento delle politiche sociali e delle misure anti-crisi; mentre le Organizzazioni delle imprese (BUSINESS EUROPE) sono allo stato su posizioni antitetiche, rifiutando politiche protezionistiche, chiedendo una maggiore integrazione economica fra i diversi paesi e un miglioramento della qualificazione e dell'occupabilità dei lavoratori europei.

Finora, a livello dell'Unione, si è registrata la (sola) dichiarazione comune nell'ambito del Comitato per il dialogo sociale settoriale dell'industria chimica (European Chemical Industry Social Dialogue Committee) sulla crisi economica globale, nell'aprile 2009. Quanto al dialogo sociale intersettoriale, il terzo programma di azione sottoscritto il 11 maggio 2009 prevede una serie di azioni congiunte delle parti sociali nel nuovo contesto della crisi economica.¹⁵³ Troppo poco per dire che il dialogo sociale europeo stia agendo come reale fattore di contrasto. Qui si gioca la credibilità dell'Europa sociale e del ruolo delle parti sociali. L'irrilevanza del dialogo sociale o l'impotenza della contrattazione europea getterebbero altra luce sui pur promettenti sviluppi che sono alle nostre spalle.

6. Democrazia e rappresentatività sindacale

In questo quadro, resta aperto il problema – interferente con la stessa evoluzione della contrattazione collettiva transnazionale – delle

¹⁵¹ Sulle differenze nazionali relativamente al fenomeno della concertazione v. L. Baccaro-M. Simoni, *I governi e la concertazione. Perché alcuni la vogliono e altri no*, in Quaderni di Rassegna Sindacale, 2006.

¹⁵² Cfr. la relazione della European Foundation for the Improvement of Living and Working Conditions, *Social dialogue and the recession*, 2009, in www.eurofound.europa.eu

¹⁵³ Lo si può leggere sul sito www.etuc.org

“regole sul conferimento dei poteri a chi contratta”, vale a dire dei presupposti di democrazia sindacale,¹⁵⁴ della legittimazione delle organizzazioni sindacali a livello europeo, questioni su cui non si sono pronunciate, neppure per affermare in linea generale un principio di rappresentatività e/o democraticità, né le disposizioni del Trattato, né la stessa Carta dei diritti fondamentali.¹⁵⁵

Il tema della democrazia sindacale e della legittimazione a contrattare delle organizzazioni sindacali va anch'esso declinato differenziando il ruolo delle organizzazioni all'interno del meccanismo procedurale descritto dagli artt. 138 e 139 TCE e il ruolo che le stesse organizzazioni assumono nel contesto della contrattazione “volontaria”. Nel primo caso, è un tema che certamente rinvia al più ampio problema della *governance* europea,¹⁵⁶ questione che qui non può essere affrontata in modo esauriente e ha profili di natura politica ed istituzionale che involgono la stessa natura del *demos* europeo, ulteriormente “complicata” dall'allargamento dei confini dell'Unione. Qui si può solo dire che il dialogo sociale rappresenta la garanzia di un assetto in cui entrano in gioco le risorse di equità e democraticità delle rappresentanze pluraliste o funzionali, “per nulla sconfitte”, come nota Cella, “dalla diffusione della regolazione di mercato, nonostante le previsioni infauste ricorrenti in non pochi settori politici ed economici”.¹⁵⁷ Insomma, riguardato dal punto di vista democratico, il dialogo sociale comunitario da un lato rinvia al tema della costruzione di una sfera pubblica europea all'ombra del principio di sussidiarietà, dall'altro solleva tutte le questioni relative al problematico rapporto fra esercizio del potere (normativo) e *accountability* dei rappresentanti. Dal primo versante, le disposizioni del Trattato “costituzionalizzano” lo *status* privilegiato del dialogo sociale nella *governance* europea, affidato alla partecipazione di grandi organizzazioni sindacali e imprenditoriali “che non possono mai considerarsi al riparo dalle conseguenze delle proprie azioni e delle proprie scelte”, il cui fondamento, in altre parole, risiede nella loro rappresentatività.¹⁵⁸ Resta dunque aperta la questione “dei caratteri più o meno democratici della

¹⁵⁴ S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 474-475; cfr. E. Ales, op. ult. cit. con riferimento ai Comitati aziendali europei.

¹⁵⁵ V. A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, op. cit.; cfr. E. Ales, *Libertà e “uguaglianza solidale”: il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, op. cit., pag. 120.

¹⁵⁶ Concetto sfuggente anche a livello definitorio, come nota Massimo Paci

¹⁵⁷ G.P. Cella, *Governance europea, rappresentanza democratica, relazioni pluralistiche*, op. cit. pag. 39

¹⁵⁸ G. P. Cella, *ibidem* pag. 44, che richiama la comunicazione della Commissione sul Social Dialogue del 2002.

rappresentanza e dei soggetti (individuali o collettivi) della rappresentanza stessa".¹⁵⁹ Sono le stesse prospettive dello sviluppo del dialogo sociale che esigono una partecipazione delle organizzazioni sindacali non disgiunta da "forme di democratizzazione delle procedure di dialogo e forme di verifica della rappresentatività degli attori collettivi". Anche qui si tratta di garantire rappresentanza pluralistica e "controllo" della democraticità del funzionamento interno delle organizzazioni; partecipazione e garanzia di rappresentazione degli interessi, anche dei più deboli, ruolo "semi-pubblico" delle rappresentanze funzionali e legittimazione democratica da parte dei rappresentati. Un terreno impervio e scivoloso, risolto con una varietà di modelli negli ordinamenti nazionali ma ancora allo stadio embrionale in ambito europeo, sia per la scelta astensionistica relativa al diritto di associazione (art. 137 TCE, ora 153 TFUE) sia per l'indifferenza dimostrata dalla Carta dei diritti quanto all'affermazione del principio democratico/rappresentativo.¹⁶⁰

Si ripropone quindi nel contesto europeo il problema della rappresentatività sindacale quale punto critico della libertà sindacale, facendo emergere, come ha notato Arrigo, "oltre alle questioni connesse all'idoneità di alcune organizzazioni ad agire in nome di collettività più ampie degli iscritti, quelle concernenti la capacità dello stesso sistema di rispondere a principi di democrazia e diritto".¹⁶¹

La rappresentatività sindacale, in effetti, proprio perché da sempre terreno inesplorato, anzi pressoché ignorato, quanto meno nel diritto primario dell'Unione, deriva la sua concretizzazione sul piano giuridico sostanzialmente dal diritto degli stati membri, a cui (implicitamente) rinviano i generici criteri adottati dalla Commissione;¹⁶²

La Commissione europea si è occupata del problema della rappresentatività in due diverse occasioni, nel 1993 e nel 1998.¹⁶³ La valutazione del "nodo" della rappresentatività è differenziata in relazione alle diverse forme di dialogo sociale, consultazione e negoziazione collettiva. Ai fini della consultazione, la rappresentatività è quella che

¹⁵⁹ G.P. Cella, *ibidem* pag. 45.

¹⁶⁰ V. G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, op. cit. pag. 118. A questo scopo potrebbe non essere sufficiente il richiamo habermasiano alla società civile, al carattere aperto e discorsivo della formazione delle decisioni pubbliche, dovendosi più probabilmente attingere alla vasta esperienza della "democrazia associativa" (lontana quindi sia dalle prospettive del neo-corporativismo che da quelle di una sorta di americanizzazione o balcanizzazione delle relazioni industriali). Per riferimenti v. L. Baccaro, *Stato e società civile: verso un modello di democrazia associativa?* In *Stato e mercato*, 2004, 72, pag. 383 ss.

¹⁶¹ G. Arrigo, *ibidem* pag. 843

¹⁶² G. Arrigo, *Rappresentatività, contratto collettivo e processo di determinazione delle fonti...*, op.cit. pag. 842-843

¹⁶³ COM (1993) 600 final 14 dicembre 1993; COM (1998) 322 final 20 maggio 1998

deriva dall'essere le organizzazioni di rappresentanza: a) interprofessionali, settoriali o di categoria e organizzate a livello europeo, b) composte da organizzazioni riconosciute rappresentative a livello nazionali e aventi capacità negoziale, e rappresentative di tutti o della maggior parte degli stati membri, c) capaci di disporre di strutture adeguate tali da consentir loro di prendere parte alla consultazione. Tra queste associazioni o organizzazioni potrà darsi l'apertura del negoziato ai fini previsti dall'art. 138 TCE; in tal caso, la Commissione "procede ad una valutazione che tiene conto del carattere rappresentativo delle parti contraenti" (COM 1993, 600) riservandosi di non procedere alla proposta al Consiglio di adozione di direttiva laddove ritenga "che le parti firmatarie non siano sufficientemente rappresentative in relazione alla portata dell'accordo" (COM 1998, 322).

Con l'importante decisione del 17 giugno 1998 il Tribunale di primo grado ha elaborato una nozione di *rappresentatività cumulativa sufficiente* – per la verifica *ex post* della rappresentatività dei soggetti stipulanti - che riprende i criteri già indicati dalla Commissione (sia pur "rimodulandoli").¹⁶⁴ La sentenza sul caso Ueapme è stata oggetto di numerosi commenti;¹⁶⁵ è qui utile ricordare che secondo la Corte "per soddisfare le condizioni di una rappresentatività cumulativa sufficiente, è necessario che i diversi firmatari dell'accordo quadro possano rappresentare tutte le categorie d'impres e di lavoratori a livello comunitario".¹⁶⁶ Si tratta, in buona sostanza, di criteri di rappresentatività analoghi a quelli in uso nell'ordinamento nazionale; incentrati sulla natura intercategoriale e sul carattere generale delle organizzazioni, pur non escludendo la rappresentatività settoriale o categoriale ai fini della contrattazione di settore.¹⁶⁷ Il Tribunale tuttavia affronta il problema della rappresentatività degli attori sociali come problema di applicazione del principio democratico nell'Unione, *pour cause*.¹⁶⁸ Diversamente, nel caso

¹⁶⁴ v. G. Arrigo, *Rappresentatività, contratto collettivo...*, op.cit. pag. 851, ; R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo*, op.cit.

¹⁶⁵ il testo della sentenza del 17 giugno 1998 del Tribunale di primo grado (causa T-135/96) è pubblicato in Riv.giur.lav. 1999, 2, pag. 289 ss., con nota di F. Scarpelli, *I nodi del neocorporativismo al pettine del diritto comunitario*. Per commenti a tale decisione v. A. Bellavista, *Contrattazione collettiva europea e rappresentatività cumulativa sufficiente*, in Dir. Rel. Ind. 1999, 3, pag., 301 ss.; R. Nunin, *Dialogo sociale europeo e rappresentatività degli attori*, in Lav. Giur. 1999, pag. 405 ss..

¹⁶⁶ A questo proposito v. B. Veneziani, *Dal dialogo sociale alla contrattazione collettiva...*, op.cit. pag. 283; cfr. R. Nunin, *Dialogo sociale europeo e rappresentatività degli attori*, op.cit. pag. 411

¹⁶⁷ M. Roccella-T.Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, op. cit. pag. 385.

¹⁶⁸ V. per riflessioni in tal senso F. Scarpelli, *Diritto comunitario e legittimazione democratica*, in *Questione Giustizia*, 2000, 1, qui pag. 115-116. Pur confermando i criteri adottati dalla Commissione e nella specie la rappresentatività dei soggetti firmatari

del dialogo sociale volontario il principio di mutuo riconoscimento surroga la verifica di rappresentatività, delineando in tal modo un sistema "binario" di rappresentatività dei soggetti collettivi in relazione al diverso quadro – istituzionale nel primo, libero e volontario nell'altro – nel quale viene in rilievo. Ma anche all'interno della procedura di dialogo sociale del Trattato, la rappresentatività, in chiave selettiva, è diversamente regolata in funzione del diverso ambito di riferimento; essendo assoggettata ad un controllo nel contesto della consultazione e demandata invece all'autonomia delle parti nella eventuale, successiva fase negoziale; ma con la conseguenza, abbastanza paradossale, che un'eventuale selezione a monte difforme dai criteri elaborati dalla Commissione, finirebbe per produrre effetti negativi a valle, pregiudicando l'attuazione mediante direttive.¹⁶⁹

Ma evidentemente, un controllo sulla rappresentatività che concerne la partecipazione dei soggetti collettivi ad una procedura in grado di sfociare nell'adozione di norme vincolanti per tutti i cittadini europei non può poggiare su valutazioni sommarie o derivanti da criteri nazionali, o affidarsi al reciproco riconoscimento con il rischio di escludere dal tavolo negoziali gli interessi meno forti, sotto-rappresentati, ovvero gli interessi estranei alle associazioni stipulanti.¹⁷⁰ Si ripropone così a livello europeo la questione del fondamento del potere rappresentativo nel consenso dei lavoratori europei, con o senza principio associativo.

Di libertà sindacale non può però discutersi, nella prospettiva transnazionale, senza considerare, o sottovalutando, la portata dei conflitti con le libertà economiche sul piano del concreto esercizio dei diritti collettivi che ne sono strumento di affermazione positiva. Il carattere dimidiato della libertà sindacale – da un lato elevata al rango di diritto fondamentale, dall'altro subordinata di fatto alla supremazia del valore dell'integrazione dei mercati – emerge qui in tutta la sua portata. Nei successivi paragrafi si cercherà pertanto di approfondire la giurisprudenza delle Corti europee deputate ad amministrare in concreto i conflitti fra le garanzie di protezione "reclamate" da questi stessi valori.

dell'accordo sui congedi parentali, il Tribunale ha tuttavia puntualizzato che, a seguito dell'accordo e della valutazione della Commissione circa la rappresentatività dei soggetti firmatari, si dà la possibilità di sindacare nel merito l'esercizio del potere valutativo della stessa Commissione. La rappresentatività – una rappresentatività cumulativa sufficiente – viene posta dal Tribunale "in diretta connessione con il principio fondamentale di democrazia che regge la Comunità: se essa non pare adeguata, la Commissione e il Consiglio devono negare l'attuazione dell'accordo" (ibidem p. 313).

¹⁶⁹ M. Grandi, *La contrattazione collettiva europea: aspetti giuridici*, in *La contrattazione collettiva europea. Profili giuridici ed economici*, Franco Angeli Milano 2001.

¹⁷⁰ F. Scarpelli, *ibidem* pag.316- 317

7. La libertà sindacale nella giurisprudenza delle Corte europea dei diritti dell'uomo.

Se la Corte di Giustizia, con la sua recente giurisprudenza, ha deluso molti osservatori, la Corte di Strasburgo sembra muoversi in controtendenza, rafforzando il suo controllo sul rispetto e sulla protezione della libertà sindacale, anche se gli esiti di questa "attenzione" non sono privi di elementi di ambiguità. Va comunque registrato come un dato certamente positivo la maggiore ampiezza del controllo operato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, che supera la risalente ed asfittica separazione fra diritti umani e diritti sociali in nome dell'indivisibilità del meta-diritto di dignità umana. Questa tendenza sarà probabilmente rafforzata dal Trattato di Lisbona, che non solo ha finalmente comportato l'adesione della UE alla Convenzione dei diritti dell'uomo, ma dichiara solennemente i diritti previsti dalla Convenzione quali principi generali dell'ordinamento comunitario (art. 6 TUE); senza considerare che l'adozione della Carta di Nizza implica a sua volta una maggiore forza non solo della stessa Convenzione, che la Carta richiama espressamente insieme alla Carta sociale dei diritti fondamentali dell'Unione, ma soprattutto della giurisprudenza della CEDU, giacché prevede esplicitamente che le istituzioni comunitari e gli Stati conformino l'interpretazione dei diritti fondamentali a quella stabilita dalla Corte di Strasburgo.¹⁷¹

La giurisprudenza della Corte in materia di libertà sindacale sembra essere coerente con questi sviluppi.

La Convenzione dei diritti dell'uomo ha tradizionalmente considerato la libertà sindacale non in modo autonomo ma come diritto inerente alla più generale libertà di associazione;¹⁷² il che si spiega

¹⁷¹ G. Cinelli, *I diritti sociali nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, w.p., in www.europeanrights.eu

¹⁷² L'art. 11 della Convenzione (*Libertà di riunione e di associazione*) è così formulato: "1. Ogni persona ha diritto alla libertà di riunione pacifica e alla libertà di associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi. 2. L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui. Il presente articolo non osta a che restrizioni legittime siano imposte all'esercizio di tali diritti da parte dei membri delle forze armate, della polizia o dell'amministrazione dello Stato." La Corte europea per i diritti dell'uomo ha avuto modo più volte di precisare la portata della libertà sindacale. Per uno scritto recente riassuntivo della giurisprudenza, a cui si farà riferimento nel seguito di questo lavoro, cfr. M. Merino, *Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour EDH*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 2007, p. 463; si veda altresì, più recentemente, H.

evidentemente “par le fait que la Convention européenne des droits de l’homme a, à l’origine, davantage vocation à garantir les droits civils et politiques de toute personne” piuttosto che “le droits spécifiques des différents acteurs de la vie économique et sociale”.¹⁷³

Dopo aver accordato un largo margine di discrezionalità agli Stati al fine di apprestare le necessarie misure di tutela della libertà sindacale, la Corte europea dei diritti dell’uomo ha più recentemente agito in controtendenza esercitando un penetrante potere di supervisione degli *standards* nazionali e ponendo un *distinct boundary* alla discrezionalità statale, stante la pre-comprensione della libertà sindacale quale elemento costitutivo di una “società democratica”.¹⁷⁴ Alla base c’è la sempre più convinta adesione alla tesi secondo cui non solo i poteri pubblici, ma anche (e soprattutto) i poteri privati, sono in grado di impedire il formarsi di una sfera pubblica democratica.¹⁷⁵ Così, insieme alla più tradizionale tutela della libertà negativa, specialmente in relazione agli ordinamenti che riconoscono il sistema di *closed shop*,¹⁷⁶ la Corte di Strasburgo ha adottato decisioni che si pongono come obiettivo la tutela dei diritti sindacali e in particolare, pur lasciando ampi margini di autonomia degli Stati, del diritto di sciopero e di contrattazione collettiva. La posizione della Corte di Strasburgo è figlia di una visione individualistica e tuttavia, pur rimanendo ad essa ancorata, non è appiattita sulla concezione per cui la libertà è garanzia (soltanto) di difesa del singolo dalle ingerenze dello stato; la diretta incidenza dei principi della CEDU nei rapporti interprivati (*Drittwirkung*) implica il riconoscimento di obblighi positivi degli Stati a tutela della libertà sindacale nei confronti del datore di lavoro e delle stesse associazioni sindacali.

Nicolas, *LA Cour européenne des droits de l’homme, alchimiste de la liberté syndicale*, in *Revue de droits de travail*, 2009, 5, pag. 288.

¹⁷³ M. Merino *ibidem* p. 465

¹⁷⁴ In tal senso la prima, risalente giurisprudenza della Corte è davvero emblematica, non riconoscendo né ai sindacati, né ai suoi membri, un dato livello di protezione da parte dello Stato (CEDU 27 ottobre 1975 *Syndicat national de la police belge C. Belgique*), non riconoscendo il diritto alla consultazione sindacale (CEDU, *Syndicat national de la police Belge C. Belgique*, cit.), non riconoscendo il diritto di sciopero (CEDU, 6 febbraio 1976, *Schmidt et Dahlstrom C. Suède*), non riconoscendo l’obbligo a trattare del datore di lavoro (CEDU, *Schmidt et Dahlstrom*, cit.; CEDU, 6 febbraio 1976, *Syndicat suédois des conducteurs de locomotives C. Suède*). Per questa giurisprudenza risalente, tali diritti rientrano nell’ambito delle competenze di prerogativa statale per la tutela della libertà sindacale, ma non possono essere estratti dall’art. 11 della Convenzione.

¹⁷⁵ V. P. Ridola, *Commento art. 11 CEDU*, in Bartole-Conforti-Raimondi (a cura di), *Commentario della Convenzione europea per la tutela dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, 2001.

¹⁷⁶ CEDU 13 agosto 1981 *Young, James et Webster c. R.U.*; 29 aprile 1993, *Sibson c. R.U.* 11 gennaio 2006, *Sorensen C. Danemark et Rasmussen C. Danemark*

A tal riguardo, la Corte europea dei diritti dell'uomo sembrerebbe tendere nelle sue più recenti decisioni a limitare la tutela della libertà sindacale negativa del singolo lavoratore in funzione della protezione della libertà sindacale positiva delle associazioni sindacali, al fine del rafforzamento del sindacato,¹⁷⁷ tenendo conto anche del rilievo storico del sindacalismo nei paesi europei ed affermando apertamente l'esigenza di tutelare in eguale misura libertà sindacale negativa e positiva, in quanto discendenti entrambe dall'art. 11 della Convenzione. Scrive la Corte nella sentenza *Rosensen et Rasmussen c. Danemark* del 11 gennaio 2006: "La Cour ut pas en principe que les aspects négatifs et les aspects positifs du droit consacré par l'article 11 doivent bénéficier du meme niveau de protection dans le domaine pertinent. Il est toutefois difficile de trancher *in abstracto* cette question, qui ne peut être examinée de façon adéquate qu'à la lumière des circonstances propres à une affaire donnée". In questa sentenza, la Corte sembra non voler fissare il principio di livelli di protezione differenti e ammettere invece un'equiordinazione fra questi due aspetti, i cui conflitti sono da risolvere caso per caso. In tal senso afferma: "Si la liberté syndicale positive sauvegarde l'action commune du groupement formé volontairement, la liberté syndicale négative protège l'individu qui ne souhaite pas faire partie de ce groupement".¹⁷⁸

Beninteso, la Corte ha avuto un approccio tradizionalmente cauto e prudentissimo nel riconoscimento dei diritti collettivi di contrattazione e di sciopero, giacché il suo obiettivo è stato quello di interpretare l'art. 11 della Convenzione dal punto di vista della tutela della persona e non del gruppo. Tuttavia la più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo mostra una volontà dei giudici europei di attribuire all'art. 11 una maggiore *vis attractiva*. La prospettiva assunta dalla Corte è sempre quella individualistica per la tutela della persona, ma pur attraverso questa mediazione concettuale la Corte giunge ad affermare che "que les termes (pour la défense de [leurs] intérêts) qui figurent à l'article 11, de la Convention, ne sont pas redondants et "montrent que la Convention protège la liberté de défendre les intérêts professionnels des adhérents d'un syndicat par l'action collective de celui-ci" (CEDU, 25 aprile 1996, *Gustafsson C. Suède*). I giudici, seppur ricordando la limitata operatività dell'art. 11 quanto agli obblighi degli Stati, hanno affermato al tempo stesso l'importanza di una lettura congiunta dei Trattati ed obblighi internazionali in virtù dei quali hanno dedotto un diritto di negoziazione collettiva del sindacato.

¹⁷⁷ M. Merino, op. ult. cit. pag. 472

¹⁷⁸ M. Merino *Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour EDH, in Revue trimestrielle des droits de l'homme* op. cit. pag. 475

In *Wilson et autres C. Royaume-Uni* del 2 luglio 2002 la Corte conferma questa tendenza, anche se nel contesto di una decisione in cui si sostiene ancora che l'obbligo di contrattazione collettiva per le imprese (assente nell'ordinamento nazionale considerato) non può essere derivato dall'art. 11 della Convenzione, trattandosi solo di un aspetto strumentale della libertà sindacale, a condizione tuttavia che il sindacato abbia altri ed adeguati mezzi per promuovere gli interessi dei propri iscritti. Con questa sorprendente decisione la Corte ha condannato il Regno Unito, non perché non riconosca l'obbligo a negoziare delle imprese (assente nell'ordinamento britannico) ma perché non ha rispettato l'obbligo, certamente discendente dall'art. 11, di assicurare il godimento effettivo dei diritti garantiti dalla norma della Convenzione.¹⁷⁹ Ma quali sono questi diritti? Per la Corte è obbligo dello stato garantire che i singoli lavoratori siano messi in grado di aderire ai sindacati per la tutela dei loro interessi. Il diritto tutelato dalla Corte è quello che attiene alla libertà negativa, proteggendo il diritto del sindacato a non essere ostacolato nell'esercizio delle sue azioni, fra le quali è compresa la contrattazione collettiva. La Corte, in modo sottile, ottiene in un sol colpo sia di rispettare la volontà degli stati di non rendere obbligatoria la contrattazione collettiva, sia di incoraggiare gli stati a promuoverla.¹⁸⁰

Da ultimo, in *Demir et Baykara C. Turquie*, 21 novembre 2006, la Corte di Strasburgo ha affermato che il diritto di concludere accordi collettivi può in alcune circostanze ritenersi uno dei mezzi principali, se non il principale, per i membri di un sindacato di tutelare i propri interessi. In questa decisione sembra rafforzarsi la timida apertura contenuta nella sentenza *Gustafson*, riconoscendosi un legame organico fra libertà sindacale e diritto di contrattazione collettiva.¹⁸¹ Anche in questo caso la Corte mostra un atteggiamento prudente. Non si pronuncia chiaramente sulla riconducibilità del diritto di contrattazione collettiva all'art. 11 della Convenzione, ma considera egualmente violata

¹⁷⁹ V. S. Sciarra, *L'evoluzione della contrattazione collettiva in Europa. Appunti per una comparazione nei paesi dell'Unione Europea*, op. cit. pag. 458 in nota 22; cfr. K. Ewing, *The implications of Wilson and Palmer*, in *Industrial Law Journal*, 2003, pag. 1 ss.

¹⁸⁰ Nella fattispecie, inconcepibile nel nostro ordinamento, il Regno Unito è stato condannato in quanto consente che un imprenditore possa erogare incentivi economici per indurre i lavoratori a rinunciare a fondamentali diritti sindacali e finanche alla stessa iscrizione al sindacato.

¹⁸¹ In particolare, in questa sentenza la Corte ha ritenuto che il rispetto di un accordo collettivo, ancorché stipulato da un soggetto non legittimato, costituisce parte inseparabile ed imprescindibile della libertà di associazione sindacale. Per una sintesi cfr. 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, 4, pag. 975 ss.

la norma della Convenzione riconoscendo che il sindacato non aveva altri mezzi, diversi dalla contrattazione, per far valere i suoi interessi e quelli dei lavoratori iscritti. In sostanza, la Corte non afferma esplicitamente il legame fra contrattazione collettiva e libertà sindacale, tuttavia, come nota Merino, lo sostiene di fatto.¹⁸² La tecnica decisoria della Corte di Strasburgo è quella di ammettere da un lato il carattere non esclusivo (seppure principale) della contrattazione collettiva quale strumento di espressione della libertà sindacale garantita dall'art. 11 della Convenzione, dall'altro escludere nella fattispecie la sussistenza di ragioni legittime tali da impedire o limitare il diritto in questione. Non è quindi del tutto corretto ritenere che la Corte abbia senz'altro riconosciuto il diritto di contrattazione quale diritto direttamente tutelato dall'art. 11, ma certamente la Corte, ravvisandone la natura strumentale ai fini dell'esercizio della libertà sindacale, ne ottiene comunque la tutela operando un penetrante controllo ai sensi del II comma della predetta disposizione della Convenzione (secondo cui l'esercizio dei diritti sindacali "non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui").¹⁸³

Anche in relazione al diritto di sciopero, alcune recenti sentenze della Corte sembrerebbero tendere al suo riconoscimento ai sensi dell'art. 11 della Convenzione.

In *Unison c. Regno Unito* (10 gennaio 2002) la Corte ha ritenuto che il diritto di sciopero in quanto tale non è riconosciuto dall'art. 11 della Convenzione e tuttavia che va sempre considerato strumentalmente necessario alla libertà sindacale.¹⁸⁴

In *Fédération des syndicats de travailleurs Offshore C. Norvège* (27 giugno 2002) la Corte si spinge oltre e afferma che il divieto di sciopero disposto dalle autorità norvegesi nel settore dell'estrazione del petrolio e gas nel mare del Nord, costituisce un'ingerenza illegittima nell'esercizio dei diritti garantiti dall'art. 11. Pur riaffermando in linea di principio che il diritto di sciopero non è garantito ai sensi dell'art. 11, la

¹⁸² M. Merino, op. ult. cit.

¹⁸³ Cfr. diversamente G. Bronzini, op. ult. cit., secondo cui con questa sentenza la Corte rivede completamente la propria giurisprudenza. In effetti, come si è già accennato, già con la sentenza *Gustafson* la Corte aveva mostrato delle aperture in questa direzione.

¹⁸⁴ Nella fattispecie, un Tribunale del Regno Unito aveva ritenuto illegittima la dichiarazione di uno sciopero contro il rifiuto del datore di lavoro di sottoscrivere un accordo collettivo che disciplinava le condizioni di impiego del personale trasferito ad altra azienda e il Governo è stato condannato per aver consentito una restrizione al diritto di sciopero.

Corte esamina se i limiti al diritto di sciopero possono essere giustificati ai sensi del II comma (). La Corte si serve di questa disposizione per operare un controllo minuzioso sulla restrizione del diritto di sciopero senza però affermare di dover proteggere direttamente e positivamente questo diritto. Secondo Merino, queste ultime due decisioni potrebbero essere il preludio di un *revirement* della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, nel senso di ammettere la sua competenza a controllare le restrizioni al diritto di sciopero in direzione di una protezione incrementata di questo diritto da parte degli stati membri.¹⁸⁵

Da ultimo, si segnala un ulteriore rafforzamento della tendenza della Corte europea di Strasburgo a tutelare il diritto di sciopero con la sentenza *Enerji Yapi – Yol Sen v. Turkey* del 21 aprile 2009, che nella motivazione rinvia al precedente *Demir* del 12 novembre 2008.¹⁸⁶ Anche in questa decisione la Corte non tutela direttamente il diritto di sciopero, ma si avvale del II comma dell'art. 11 della Convenzione per controllare la legittimità della restrizione imposta dallo Stato.

La giurisprudenza della Corte Europea, anche per la valorizzazione dei trattati internazionali e della stessa Carta di Nizza per quanto non direttamente applicabili allo Stato, presenta quindi elementi evolutivi di grande interesse ai fini della tutela della libertà sindacale e dei diritti collettivi,¹⁸⁷ ma per una sua realistica valutazione (per evitare altre disillusioni) non dovrebbe sottovalutarsi l'ambivalenza della libertà sindacale negativa, che è al tempo stesso tutela dalle ingerenze dello stato e dei poteri privati ma anche strumento di difesa dei singoli e limite della libertà positiva. Difatti, se è vero che la giurisprudenza più recente della Corte europea dei diritti dell'uomo sembra prendere atto del valore della libertà di associazione sindacale proclamato dalla Dichiarazione del 1998 dell'OIL quale "meta-diritto" umano fondamentale vincolante grazie al collegamento con la Carta ONU, gli orientamenti della Corte di Strasburgo non possono per ciò stesso considerarsi in contrasto con l'operazione riduttivistica della Corte di Giustizia sul versante dei diritti collettivi e del diritto di sciopero.¹⁸⁸ La giurisprudenza della Corte europea

¹⁸⁵ M. Merino, *ibidem* pag. 480 ss.

¹⁸⁶ La sentenza è pubblicata in Riv.it.dir.lav. 2009, 4, pag. 970 ss con nota di G. Bronzini, op. ult. cit.

¹⁸⁷ Rileva questo punto, su cui insiste molto ritenendolo elemento di una possibile costituzionalizzazione dello spazio globale, G. Bronzini, op. ult. cit.; ma si veda pure dello stesso autore *La dichiarazione del 1998 sui Core labour rights e la rinascita dell'OIL*, in G. Bronzini (a cura di), *Diritti sociali e mercato globale*, Rubbettino 2007.

¹⁸⁸ In questi termini invece G. Bronzini, in *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, op. cit. pag. 982-983, secondo cui gli orientamenti della CEDU

dei diritti dell'uomo non è priva di ambiguità ed anzi, secondo alcuni osservatori, potrebbe evolvere in modo imprevedibile, agendo come una "lama di rasoio" per gli ordinamenti che da tempo hanno operato una politica legislativa promozionale nei riguardi dell'autonomia collettiva. Guardare a questi diritti attraverso il prisma della libertà negativa, significa considerarli sia nella loro dimensione individuale che nell'ottica della libertà associativa. La giurisprudenza della CEDU potrebbe quindi suggellare il carattere volontario della contrattazione collettiva e fare da apripista alla manutenzione degli ordinamenti che ammettono la vincolatività del contratto collettivo e l'obbligo dei datori di lavoro di aderire ad un'associazione di categoria, anche in via indiretta.¹⁸⁹

Porre su un piano simmetrico, secondo il principio dell'*eguaglianza delle armi*, i diritti dei lavoratori e degli imprenditori, significa porsi in contrasto logico con gli ordinamenti che hanno adottato una linea promozionale di politica legislativa, laddove in questi ordinamenti i diritti collettivi sono "unilaterali", riconosciuti ai lavoratori e alle loro organizzazioni per finalità di riequilibrio sostanziale e non formale dei rapporti fra le parti. Reciprocità dell'azione collettiva può significare altresì riconoscere il diritto di *lock out* degli imprenditori come diritto paritetico a fronte del diritto di sciopero dei lavoratori. Allo stato, la Corte riconosce il diritto degli imprenditori solo se sia data "la prova di una situazione per sua natura idonea a liberarlo dall'obbligo di consentire la prestazione lavorativa". Ma l'evoluzione della giurisprudenza potrebbe essere sollecitata dalla presenza di ordinamenti europei, come in Germania, che viceversa riconoscono apertamente la "parità delle armi".¹⁹⁰

In definitiva, nella giurisprudenza della CEDU si coglie chiaramente un processo evolutivo tendente a rafforzare la tutela dei diritti collettivi, che sarà certamente influenzata dalla adozione della Carta di Nizza nel Trattato di Lisbona e quindi dalla sua conclamata efficacia giuridica; tuttavia questo stesso rafforzamento della giurisprudenza della CEDU potrebbe riservare inattese conseguenze, laddove, a partire dall'art. 11 della Convenzione, dovesse prender piede il riconoscimento della

potrebbero giovare "ad un più saggio ed equilibrato bilanciamento" con le libertà economiche.

¹⁸⁹ Nell'ordinamento italiano una problematica simile è stata posta recentemente in relazione alle disposizioni del d. lgs. n. 276 del 2003 che di fatto impongono ai singoli datori di lavoro l'iscrizione alle associazioni di categoria che costituiscono gli enti bilaterali, al fine di ottenere i benefici e le prestazioni assicurate da questi organismi paritetici. Si è a tal riguardo sollevata la questione della violazione del I comma dell'art. 39, vale a dire della libertà sindacale negativa, tesi che potrebbe essere rafforzata dalla giurisprudenza della CEDU sull'art. 11 della Convenzione.

¹⁹⁰ Per questa sintesi v. M.Merino, op. ult. cit. pag. 486 ss.

reciprocità e pariteticità dei diritti collettivi.¹⁹¹ D'altra parte, se la CEDU ha ampliato il raggio di incidenza del diritto di associazione sindacale ammettendo, seppur implicitamente, che il diritto di sciopero possa discendere da esso, questo percorso sembra oramai ostruito dalla riproposizione, in termini nuovi, del tema del contenuto dei diritti collettivi, declinati in norme fondamentali di livello sovranazionale ma comparabili con libertà e diritti di natura economica, di modo che la ricerca deve necessariamente spingersi all'individuazione del "punto di prevalenza" dei primi sui secondi ovvero della "linea di confine" tra diritti equiordinati.¹⁹²

8. Da Albany ai casi Laval e Viking. Le alchimie della Corte di Giustizia.

Nella nuova dimensione multi-livello, l'intreccio e la sovrapposizione di diverse fonti normative di grado "costituzionale" finiscono per creare asimmetrie e conflitti fra principi ascendenti ai diversi ordinamenti. Cambiano i riferimenti concettuali e i parametri di legittimità del potere sindacale. Alla gerarchia di valori della Costituzione si sovrappone uno spazio giuridico in cui la libertà sindacale è situata in un diverso ordinamento di valori e dove, contrariamente, sono le quattro libertà economiche fondamentali ad avere semmai una precipua funzione costituente.

Le differenze impediscono una ricostruzione coerente, senza incrinature, dei nessi fra gli ordinamenti. "Differenze" è una parola che, diversamente dall'uso che spesso ne viene fatto, evoca scontri, non un variopinto e pacifico pluralismo con i colori dell'arcobaleno, soprattutto quando si discute di valori e principi, che sono pur sempre, come ha notato Silvana Sciarra, una "classe variabile" influenzata da una molteplicità di fattori, tanto più "variabile" quando si tratta di diritti di terza o quarta generazione.¹⁹³

E' con *Albany* (e poi con la sentenza *Van der Woude*) che il problema della coerenza fra gli ordinamenti nazionali e l'ordinamento comunitario entra prepotentemente nella riflessione giuslavoristica, venendo in rilievo le regole di contemperamento o bilanciamento fra

¹⁹¹ M. Merino, op.ult.cit.

¹⁹² cfr. J. P. Marguènaud, J. Mouly, *Les incursions de la Cour européenne des droit de l'homme en droit du travail: une oeuvre encore en demi-teinte*, in *Revue de droit du travail*, n. 1, 2008, p. 16 e ss.

¹⁹³ S. Sciarra, *La libertà sindacale nell'Europa sociale*, in *DLRI* 1990, 48 pag.655

l'autonomia collettiva e il libero mercato.¹⁹⁴ Un rapporto evidentemente conflittuale in linea di principio, implicito nella stessa funzione della contrattazione collettiva. Non è qui il caso di entrare nel merito della vicenda che i giudici olandesi sottoposero alla Corte di Giustizia ma è sufficiente ricordare che la Corte di Lussemburgo, per affermare l'immunità della contrattazione collettiva, dichiarò che a seguito del Trattato di Amsterdam le "politiche sociali" della Comunità dovevano considerarsi oramai equiordinate agli obiettivi del funzionamento del mercato concorrenziale; cosicché, pur determinando alcuni effetti restrittivi, gli accordi collettivi, in quanto finalizzati alla ricerca di misure "volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro", non potevano essere assoggettati all'art. 85 (ora 81) del Trattato UE.

Come si è notato, la tecnica di decisione della Corte di Giustizia è quella della comparazione/bilanciamento fra le "politiche" comunitarie, senza alcun riferimento ai "diritti" o ai "principi" in gioco, e in particolare al rango del diritto di contrattazione collettiva, che pure era ed è parte integrante delle tradizioni costituzionali comuni dei paesi europei.¹⁹⁵ La Corte, in altri termini, pur giungendo al risultato di esonerare la contrattazione collettiva dai dettami del diritto della concorrenza, in *Albany* non eleva certo il diritto di contrattazione a diritto fondamentale dell'Unione, ancorché fosse già operante l'Accordo sulla Politica Sociale; anzi la Corte, come ritenuto da tutti gli osservatori, sembrò implicitamente escluderlo.¹⁹⁶ Sostiene Pallini, giustamente, che nel nostro ordinamento la questione non si sarebbe neppure posta, stante il riconoscimento costituzionale del diritto di contrattazione collettiva alla stregua di "diritto assoluto" e la sotto-ordinazione del diritto della concorrenza al principio di libertà sindacale, del resto implicita nella stessa formula condizionata del diritto di iniziativa economica privata ex art. 41 Costituzione.¹⁹⁷

¹⁹⁴ La sentenza è stata pluricommentata; si rinvia qui a M. Pallini, *Il rapporto problematico fra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in Riv.it.dir.lav. 2000, II, p.225 ss. anche per i riferimenti.

¹⁹⁵ M. Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali europee*, in M. Napoli (a cura di) *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, ed. Vita e Pensiero, Milano, 2004 qui pag. 52-53

¹⁹⁶ V. M. Pallini, op. ult. cit. pag. 235.

¹⁹⁷ Nel nostro ordinamento, infatti, "il riconoscimento costituzionale della libertà sindacale garantisce quantomeno che gli ambiti dei rapporti interpretati normati dall'autonomia collettiva possano essere violati dal legislatore soltanto se sussistono superiori esigenze di ordine pubblico" (M. Pallini, op. ult. cit. p. 232). La Carta di Nizza ha certamente innovato questo quadro con un esplicito riconoscimento del diritto di contrattazione quale diritto fondamentale, ma fortemente condizionato dalla "scelta di neutralità" dell'ordinamento comunitario nei confronti del diritto di sciopero (come risulta, ad esempio, dal Regolamento comunitario in materia di funzionamento del mercato interno

La successiva giurisprudenza della Corte di Giustizia ha tuttavia smentito chi aveva ritenuto, dopo *Albany*, che il problema stesse nel mancato riconoscimento di diritto di contrattazione quale diritto di rango costituzionale dell'Unione. I casi *Laval* e *Viking* (a cui bisogna aggiungere le sentenze *Ruffert* e *Commissione c. Lussemburgo*) sembrano anzi apertamente dimostrare che il problema non sta tanto nel riconoscimento, che la Corte non nega, quanto nell'affermazione dei diritti,¹⁹⁸ vale a dire nel rilievo assiologico-sostanziale e non nella ricognizione in termini astratto-formali dei diritti medesimi.

Sembra quindi condivisibile il punto di vista di chi ha osservato che la Carta non è uno scudo immunizzante per i diritti sociali collettivi.¹⁹⁹ Nella Carta di Nizza, del resto, l'art. 52 enuncia espressamente il principio di proporzionalità come chiave solutoria dei conflitti per finalità di tutela di interessi generali riconosciute dall'Unione. Il principio di proporzionalità è come una leva di Archimede nelle mani della Corte di Giustizia per affermare di volta in volta, con una discrezionalità piuttosto ampia, le limitazioni a cui deve sottostare il diritto ad azioni collettive stante il primato delle quattro libertà.

Quando si discute di principi, in realtà si discute non solo (o non tanto) di "interpretazioni" quanto soprattutto di conflitti. In effetti il *conflict of law* rappresenta il nuovo paradigma costitutivo di quella che è stata definita, problematicamente, la "costellazione postnazionale" e l'esito della composizione dei conflitti (concretamente ed astrattamente emergenti) costituisce il peso dell'influenza del diritto comunitario sul diritto nazionale.²⁰⁰

Con le sue recenti e pluricommentate pronunce la Corte di Giustizia ha amministrato i conflitti fra libertà economiche e diritti collettivi attraverso un bilanciamento nel caso concreto che tuttavia enuncia le regole a cui il giudice nazionale deve attenersi nella

in relazione alla libera circolazione delle merci fra gli stati membri); v. in tal senso fra gli altri W. Chiaromonte, op. cit. pag. 360.

¹⁹⁸ B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, w.p. CSDLE "Massimo D'Antona" INT n. 61/2008. Si veda, anche per un'interessante ricognizione degli effetti di questi orientamenti nei diversi sistemi nazionali, il volume a cura di Aurora Vimercati, *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci ed. Bari, 2009, e qui, oltre alla presentazione della curatrice dell'opera e le riflessioni a tal riguardo di Orlandini, Hernandez, Countouris, Ronmar e Rodl, i contributi di Ingravallo, Cella, Lassandari, Serrano, Bavaro, Pallini.

¹⁹⁹ S. Mattone, *Ruolo e limiti della contrattazione collettiva*, in G. Bronzini-V. Piccone, *La Carta e le Corti*, Chimienti ed. Taranto, pag. 170-171.

²⁰⁰ C. Joerges, *Conflict of laws as the legal paradigm of the postnational constellation*, paper presentato alla Conferenza "The Social Embeddedness of Transnational Market", Brema 2009, in www.europeanrights.eu; i casi *Laval* e *Viking* secondo l'A. ribalterebbero questo paradigma palesando nettamente la prevalenza dei valori di mercato.

valutazione della legittimità di un'azione collettiva alla luce del diritto comunitario,²⁰¹ ottenendo in tal modo una conformazione degli ordinamenti nazionali attraverso il circuito giurisprudenziale. Si potrebbe dire, *à la* Ruggeri, che qui la Corte "bilancia interpretando ovvero interpreta bilanciando", vale a dire che opera un bilanciamento che non prescinde dall'interpretazione, anzi è figlio della pre-comprensione del "valore" che i diritti fondamentali e i principi possiedono nel diritto comunitario. Che in questo modo si possa vanificare la tessitura compiuta nel diritto interno attraverso percorsi politico-normativi che risalgono a una precisa scala valoriale vincolante nei processi interpretativi, è ben presente nella lucida (ed amara) critica della dottrina a quest'orientamento della CGE, sebbene si possa concordare con chi prudentemente avverte che la lettura delle sentenze della CdGE andrebbe effettuata tenendo conto dei diversi contesti nazionali, non potendosi trarre conclusioni che valgano per tutti gli ordinamenti nazionali prima del loro "vaglio" ad opera dei giudici comunitari.²⁰²

Ma, certo, non può nutrirsi che una profonda preoccupazione circa la possibilità che la valenza dei diritti, frutto di vicende storiche complesse, possa essere ri-orientata in funzione di obiettivi e scopi estranei al diritto interno ed alla stessa Costituzione.²⁰³ Le sentenze *Viking* e *Laval* acquiscono, in altri termini, la "schizofrenia" del processo d'integrazione attuato attraverso la giurisprudenza pretoria della Corte di giustizia, che qui emerge in tutta la sua irrisolta problematicità, come pure il persistente dualismo fra mercato e *social policy*.²⁰⁴

Il "nodo" cruciale posto da queste decisioni riguarda tuttavia la tecnica decisorie/interpretative utilizzate, in forza delle quali la Corte di Giustizia sembra assumere una "funzione latamente arbitrale e di bilanciamento di principi",²⁰⁵ con esiti aperti, imprevedibili, specialmente quando sono in gioco diritti collettivi e libertà economiche e le decisioni

²⁰¹ M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, 2, qui pag. 372.

²⁰² cfr. S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e Diritto*, n. 2, 2008, p. 252;

²⁰³ Sono gli interrogativi che si pone lucidamente e con argomenti condivisibili Pallini in *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, in «Riv. Giur. Lav.», 2008, 1, II, p. 3 ss.; si veda dello stesso autore il commento alla decisione di rinvio della Corte di Stoccolma nel caso *Laval*, *Il caso Laval-Vaxholm: il diritto del lavoro comunitario ha già la sua Bolkestein?*, in «Riv. It. Dir. Lav.», 2006, II, p. 239 ss.

²⁰⁴ cfr. G. Michelini-V. Piccone, *Giurisprudenza europea e diritti sociali, un rapporto da ripensare*, in www.europenrights.eu.; F.W. Scharpf, *Integrazione negativa e integrazione positiva: i dilemmi della costruzione europea*, in *Stato e Mercato*, 1998, 1, 21 ss.; M. Barbera, *Dopo Amsterdam...*

²⁰⁵ B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovra nazionale e nazionale...*, op. cit., pp. 16-17.

impattano sul contenuto dei primi.²⁰⁶ E se non necessariamente deve darsi per scontato "l'abbandono delle peculiarità nazionali (la logica multilivello)",²⁰⁷ è allo stesso modo innegabile che gli equilibri fra mercato e diritti sociali siano esposti a variabili estranee all'ordinamento nazionale. Difatti, nel valutare se le azioni collettive poste in essere dalle organizzazioni sindacali fossero in contrasto, rispettivamente, con la libertà di circolazione dei servizi (art. 49 TCE) e con il diritto di stabilimento (art. 43 TCE), la Corte europea (nonostante l'art. 137 TCE escluda ogni competenza della Comunità in materia) in realtà finisce per "disciplinare", sia pure indirettamente, l'esercizio stesso del diritto di sciopero e dei fini dell'auto-tutela.²⁰⁸ Il principio di libertà sindacale viene così plasmato in funzione di obiettivi che incidono sulla sua estensione ed intensione.

In *Laval* e *Viking* il bilanciamento segue tuttavia binari differenziati.

In *Viking* il primo passo della Corte di Giustizia è il riconoscimento dell'efficacia orizzontale dell'art. 43 TCE, la "sua estensione agli atti di soggetti non pubblici" quali sono i sindacati.²⁰⁹ L'affermazione dell'efficacia diretta orizzontale è centrale nell'argomentazione della Corte e probabilmente non può considerarsi pienamente conforme o in continuità con la giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo relativa agli ostacoli alla libera circolazione determinati da organismi privati dotati di potere regolamentare.²¹⁰ La Corte afferma che le libertà economiche sono a tutti gli effetti "diritti fondamentali" e grazie all'effetto diretto orizzontale sono tutelabili, nel loro nucleo essenziale, anche nei rapporti interprivati. Si introduce in tal modo non solo un limite all'esercizio dei diritti collettivi ma si innova, arricchendolo, il contenuto della libertà d'impresa che non

²⁰⁶ V. a tal riguardo il commento critico di L. Patruno alla sentenza della Corte di giustizia nel caso Ruffert (C-346-06) del 3 aprile 2008, *Il caso Ruffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella "via giudiziaria" al dumping sociale*, in www.costituzionalismo.it.

²⁰⁷ B. Caruso, op. ult. cit., p. 5.

²⁰⁸ M. Pallini, *Law Shopping e autotutela sindacale nell'Unione Europea*, op. cit., p. 12 ss; v. a tal riguardo la diversa opinione di Silvana Sciarra in *Laval e Viking: sciopero, contratto collettivo e libertà fondamentali nel mercato europeo*, w.p. in www.europeanrights.it, che ritiene irrilevante l'esclusione di competenze posta dall'art. 137 TCE.

²⁰⁹ v. al riguardo le considerazioni di I. Ingravallo, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?* In A. Vimercati (a cura di) *Il conflitto sbilanciato*, op. cit. pag. 42-43; ma vedi già G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Giorn.dir.lav.rel.ind.* 2008, pag. 237.

²¹⁰ In tal senso v. I. Ingravallo, op. ult. cit., pag. 36 ss.; in senso contrario G. Orlandini, *Viking, Lavale e Ruffert: in riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, op. cit. pag. 59. Per una serrata critica alla tesi della Corte di giustizia cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, 1, p. 63 e ss.

assurge negli ordinamenti interni a vero e proprio diritto fondamentale (anzi, nel nostro ordinamento costituzionale è un diritto condizionato ex art. 41 II comma), e per questa via ne modifica forse il suo stesso significato come *valore* costituzionale. C'è, infatti, una differenza sostanziale tra il limite dedotto, ad esempio, dalla Corte di Cassazione sulla base dell'art. 41 Cost. e quello che i giudici europei fanno derivare dall'art. 43 del Trattato; mutando la collocazione valoriale dei diritti dei lavoratori e delle libertà economiche, la libertà d'impresa non è più identificabile soltanto come "interesse datoriale (incomprimibile dallo stesso diritto di sciopero) a tutela dell'impresa nella sua dimensione statica o verticale", bensì ha valore costituzionale quanto al suo stesso esercizio sul piano "dinamico", vale a dire è intesa come diritto di agire; che non esclude, beninteso, i condizionamenti derivanti dall'azione sindacale ma li sottopone allo stringente controllo del test di proporzionalità. In tal modo, la libertà d'impresa può venir immunizzata dallo stesso contratto collettivo, sindacabile nel merito proprio nella sua funzione di regolazione della libertà d'impresa. La libertà economica di mercato diviene essa stessa, intrinsecamente, "limite esterno" dell'azione collettiva di autotutela se non addirittura limite che attiene ai fini, imponendo la riscrittura degli stessi limiti interni" del diritto di sciopero e di azione collettiva.²¹¹

Il passo successivo è l'assimilazione dell'azione collettiva agli atti posti in essere da soggetti privati in grado di comprimere la libertà di stabilimento, con il corollario che entrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario (in specie dell'art. 42 TCE) non solo le fonti privatistiche ma anche i comportamenti collettivi finalizzati alla contrattazione collettiva, oggetto di valutazione nel merito per i suoi effetti di restrizione sulle libertà economiche. L'azione collettiva viene, qui, collocata in una posizione quasi "servente" dell'attività contrattuale.²¹² Di fatto per la Corte europea le azioni collettive dei lavoratori (che dovrebbero essere considerate alla stregua di mero fatto) sono giustificate solo se proporzionate ai fini della controversia collettiva, ossia "solo quando tutte le altre possibilità di soluzione della controversia siano state esperite".²¹³ L'art. 28 della Carta dei diritti è così reinterpretato dalla Corte

²¹¹ Cfr. B. Caruso-M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in Riv.it.dir.lav. 2009, qui pag. 170; v. G. Orlandini, op. ult. cit. pag. 60 ss.; ma già B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, op. cit.

²¹² cfr. B. Veneziani, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, Scritti in onore di Edoardo Ghera, Cacucci, Bari, 2008 e in RGL, n. 2, 2008, p. 275 e ss.

²¹³ G. Orlandini, ibidem pag. 63; cfr. M. V. Ballestrero, op. cit. pag. 376.

di Giustizia come norma dichiarativa di diritti fondamentali di azione collettiva funzionalmente collegati alla finalità della stipula del contratto collettivo.²¹⁴

La differenza con il diritto costituzionale italiano è qui davvero emblematica, giacché nell'ordinamento nazionale i due piani (azione collettiva e stipulazione del contratto collettivo) sono nettamente distinti e neppure necessariamente collegati.²¹⁵ In tal modo la Corte di Giustizia si avvale di un potere di determinare le regole di esercizio di diritti costituzionalmente tutelati e diventa quindi arbitro dei valori costituzionali interni.²¹⁶

L'anello fra libertà economiche e diritti collettivi è costituito, per la Corte, paradossalmente, dal rilievo del diritto di azione collettiva quale diritto fondamentale riconosciuto dall'Unione nell'ambito del Trattato, in quanto tale soggiacente ai "limiti della compatibilità con gli altri diritti fondamentali garantiti dal Trattato"²¹⁷ nonostante l'esclusione del diritto di sciopero dalle competenze comunitarie ex art. 137.5 Tce.

Il bilanciamento è in altri termini conseguente alla natura stessa del diritto, imponendo in tal senso la comparabilità, ad opera della Corte di Giustizia, con le libertà economiche (nella specie la libertà di stabilimento) ogni volta che si determini un conflitto fra essi.²¹⁸ La Corte di giustizia "estrae" direttamente dall'art. 28 della Carta un tale potere affermando che restrizioni al diritto di azione collettiva possono essere ammesse alla luce della norma in questione laddove essa esplicitamente afferma che i diritti fondamentali "sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali".²¹⁹ Sotto questo profilo il rafforzamento della base giuridica del diritto all'azione sindacale nell'ordinamento comunitario a seguito dell'entrata in vigore del nuovo Trattato non cambia di molto la prospettiva del bilanciamento tra il diritto sancito dalla Carta e

²¹⁴ Come ha notato Orlandini, questa conclusione è in qualche misura giustificata dalla stessa formulazione dell'art. 28 della Carta, laddove essa da un lato sembra riconoscere che il diritto a ricorrere ad azioni collettive è un diritto proprio delle organizzazioni (ammettendo che esso possa essere riservato anche alle sole organizzazioni sindacali) e dall'altro ricollega strettamente il diritto di ricorrere ad azioni collettive (ivi compreso lo sciopero) alla contrattazione collettiva.

²¹⁵ M. V. Ballestrero, op. cit. pag. 377

²¹⁶ Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in Lavoro e Diritto, 2008, 1, p. 63 e ss.

²¹⁷ M. V. Ballestrero, op. cit. pag. 380.

²¹⁸ Nota Orlandini (ibidem, pag. 56), che "presupposto del riconoscimento del diritto di sciopero da parte dei giudici di Lussemburgo sia l'interpretazione dell'art. 137.5 Tce come norma che non configura alcuna "immunità" dal diritto comunitario: la prima affermazione è figlia della seconda".

²¹⁹ M.V. Ballestrero, op. cit.; lo ammettono del resto anche gli Avvocati generali nelle loro conclusioni nei processi Laval e Viking.

le libertà economiche contenute nel Trattato, atteso che proprio la Carta è stata richiamata sia in *Viking* che in *Laval* come presupposto per limitare l'esercizio dei diritti collettivi.²²⁰

In effetti, se la Corte nulla aggiunge ai contenuti del diritto di azione sindacale affermati dagli ordinamenti nazionali, questo riconoscimento non impedisce di individuare limiti al loro esercizio che si aggiungono a quelli eventualmente presenti negli ordinamenti interni.²²¹ Da qui l'importanza degli effetti giuridici che negli ordinamenti nazionali possono derivare dai limiti all'esercizio del diritto di azione collettiva configurati dalla CGE, che essa ricava dall'operazione di bilanciamento con le libertà fondamentali di stabilimento e di prestazioni di servizio riconosciute dal Trattato. E se la "relativizzazione" dei diritti fondamentali, la loro immersione in un orizzonte "relazionale", è coerente con un sistema di valori che non ammette "tirannie" schmittiane, meno condivisibile è che la Corte possa sindacare la *giustificazione* dell'esercizio dei diritti collettivi, vale a dire i fini e gli obiettivi, operando un controllo sui profili teleologici dell'azione collettiva.²²² Anche in questo caso le differenze con le tradizioni costituzionali del nostro paese sono evidenti, poiché qui il principio di libertà sindacale, come interpretato dalla Corte Costituzionale e dalla giurisprudenza della Corte di Cassazione, implica un principio di autonomia – o di auto-determinazione – quanto alle finalità e agli obiettivi perseguiti. Al Giudice spetta, in ragione dell'equiordinazione costituzionale dei diritti, verificare unicamente se il loro esercizio è conforme all'ordinamento giuridico, ossia verificare il rispetto dei limiti "esterni" previamente fissati.²²³

²²⁰ Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Viking e Laval*, in *Lavoro e Diritto*, n. 1, 2008, p. 88; G. Orlandini, op. ult. cit. pag. 62.

²²¹ cfr. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, CSDLE "Massimo D'Antona", n. 55/2007, p. 17; cfr. G. Orlandini, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, op. cit.; v. la dottrina citata a nota 211.

²²² Si segua il lucido ragionamento di Ballestrero, op.ult.cit pag. 382 ss.; cfr. I. Ingravallo, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, op. cit. pag. 41.

²²³ V. ad esempio la motivazione di Cass. Lav. n. 10624 del 9 maggio 2006, nel solco della "storica" decisione della Corte n. 711/1980, secondo cui: "...Il diritto di iniziativa economica dell'imprenditore (*art. 2082 cod. civ.*) è costituzionalmente garantito (*art. 41 Cost.*). E sussiste anche in presenza d'uno sciopero indetto dai lavoratori. In questo (espressione del lavoro - quale diritto ed obbligo - ed anch'esso costituzionalmente garantito: *artt. 4 e 40 Cost.*) il primo trova tuttavia il suo limite. Avendo entrambi eguale dignità e spessore ed essendo l'uno condizione di esistenza dell'altro (l'impresa consente il lavoro ed il lavoro consente l'impresa), il limite è reciproco. Lo sciopero (quale sospensione dell'attività aziendale) e la continuazione dell'attività aziendale esprimono, nella loro oggettiva funzione, una legittima antitesi. Terreno di questa antitesi è la continuazione dell'attività dell'impresa.

Ma anche dopo avere accertato la legittimità degli obiettivi, non per questo l'azione collettiva è "immunizzata"; resta ancora da valutare l'adeguatezza o proporzionalità del sacrificio imposto alle libertà economiche rispetto alla realizzazione dell'obiettivo prefigurato, sicché le stesse modalità di azione collettiva diventano sindacabili, ma non in quanto ledono superiori o paritari interessi costituzionali a causa di un esercizio illegittimo, come nel diritto interno, bensì per l'effetto di restrizione sulle libertà economiche garantite dal Trattato (diritti fondamentali equi-ordinati). Il limite non è reciproco, ma unilaterale; il tema non è la legittimità dell'esercizio dell'azione sindacale, bensì la sotto-ordinazione dei diritti collettivi alle libertà economiche.

La Corte di giustizia sollecita i giudici nazionali ad utilizzare i termini del bilanciamento – giustificazione, proporzionalità ed adeguatezza – per giudicare la legittimità delle restrizioni sulle libertà economiche, ma in questo modo crea varchi per ridiscutere i fondamenti del diritto di azione sindacale negli ordinamenti interni e rendere incerti i limiti di azioni collettive condotte per finalità non direttamente contrattuali (ad esempio per ragioni politiche o di solidarietà).²²⁴ Sembra quasi che l'impostazione funzionalista dei giudici europei conduca a considerare l'esercizio del diritto di sciopero una sorta di "extrema ratio".²²⁵

In *Laval* l'esistenza di una specifica normativa comunitaria consente alla Corte di disporre di un parametro di riferimento positivo che utilizza ritenendo non adeguata e non proporzionata l'azione collettiva volta ad imporre obblighi più ampi di quelli previsti dalla direttiva n. 96/71 e in contrasto con la libertà di circolazione garantita dall'art. 49 TCE. In questo caso più che di bilanciamento si potrebbe parlare di "compatibilizzazione" dell'azione collettiva rispetto ai canoni di

I lavoratori in sciopero tendono contingentemente a negarla con la relativa sospensione; l'imprenditore tende ad affermarla. La legittima antitesi, in quanto ipotizzata dalla stessa norma costituzionale, esige che le parti si avvalgano degli strumenti e delle possibilità offerte dall'ordinamento. E resta pertanto legittima (normativamente garantita) in quanto si svolga in questo spazio. Ove l'opposizione si effettui con strumenti non consentiti, l'attività diventa illegittima. E, per quanto attiene al datore, l'illegittimità dello strumento pone l'attività aziendale in uno spazio estraneo all'art. 41 Così; e poichè è questa norma che gli consente un'antitesi allo sciopero, con la violazione l'antitesi diventa illegittima. In tal modo, nella sua oggettiva funzione (ed indipendentemente da soggettive finalità), la sua attività è diretta a limitare "illegittimamente" il diritto di sciopero".

²²⁴ G. Orlandini, op. ult. cit.

²²⁵ cfr. B. Veneziani, op. cit., p. 4; nello stesso senso E. Ales, *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (questionable) Limits on Collective Action*, C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", n. 63/2008, p. 15; M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, op. cit. p. 384

“tollerabilità” dell’*acquis* comunitario,²²⁶ attribuendo al contratto collettivo una funzione sostanzialmente di “secondo grado” o per meglio dire residuale nella regolamentazione dei rapporti di lavoro.

Pur affermando che lo sciopero è diritto fondamentale e che la tutela dei lavoratori distaccati costituisce, in astratto, ragione imperativa di interesse generale (come tale idonea a determinare effetti restrittivi sulle libertà economiche fondamentali ed in specie sulla libertà di circolazione ex art. 49 TCE : ma pur sempre previa valutazione attraverso il test di proporzionalità²²⁷), la Corte esclude che l’esercizio del diritto di autotutela, nelle forme legittime consentite dall’ordinamento nazionale, possa avere finalità *antidumping* eccedenti.²²⁸ Se in astratto i sindacati possono porre in essere azioni collettive capaci di intralciare la libera prestazione di servizi di un’impresa straniera, di fatto tale possibilità resta preclusa dall’obbligo di tenere conto di quanto prescrive il legislatore nella direttiva n. 96/71, come dire che se è vero che la “tutela dei lavoratori” rappresenta “un’esigenza imperativa di interesse generale”, tale esigenza è, però, già soddisfatta dalle prescrizioni del legislatore comunitario (cfr. punto 108 sentenza Laval) e, negli Stati membri, nel caso in cui esistano standard minimi fissati dalla legge, è a questi che occorre fare riferimento. La Corte afferma che è possibile riferirsi ai contratti collettivi se così prevede la legge nazionale di recepimento della direttiva e se ad essi è attribuita un’efficacia tale da non creare disparità di trattamento tra imprese nazionali e straniere, rendendo, di fatto, problematico l’utilizzo del contratto collettivo nella sua tipica funzione acquisitiva.²²⁹

Questa conclusione passa, a ben vedere, attraverso una discutibile “cruna d’ago”: l’irrelevanza della contrattazione “libera” e l’irrigidimento dell’autonomia collettiva all’interno di una ricostruzione focalizzata sulla scissione tra esercizio dell’azione collettiva e finalità della stessa, quasi incentivando gli ordinamenti nazionali a raccordare legge e contratto con schemi rigidi, di marca pubblicistica e perdendo di vista l’autonomia del fenomeno collettivo (anche nel diritto comunitario).²³⁰ In realtà nessuna disposizione della direttiva lascia supporre che un conflitto non possa

²²⁶ S. Giubboni *Dopo Viking, Laval e Ruffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, in A. Andreoni-B.Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea*, Ediesse, Roma, 2009.

²²⁷ S. Giubboni e G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione Europea*, il Mulino, Bologna, 2007, p.101 s.s.

²²⁸ Per queste considerazioni v. M. Pallini, op. ult. cit., p. 22 ss.

²²⁹ A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, op. cit.

²³⁰ V. per considerazioni analoghe L. Zoppoli, *Dopo la Corte di Giustizia, quale futuro per il conflitto collettivo nell’Unione Europea?*, in A. Andreoni-B.Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione Europea*, op. cit..

avere ad oggetto il miglioramento delle retribuzioni e delle condizioni di lavoro attraverso una contrattazione articolata, anzi i Considerando 17 e 22 affermano espressamente che “le norme imperative di protezione minima in vigore nel Paese ospite non devono ostacolare l’applicazione di condizioni di lavoro e di occupazione che siano più favorevoli ai lavoratori”, lasciando impregiudicato il diritto vigente negli Stati membri in materia di azioni collettive per la difesa degli interessi di categoria. Limitare questo ruolo dell’autonomia contrattuale significa, dunque, mortificare la fisionomia che essa assume nei contesti nazionali.

Argomenti non dissimili sono utilizzati dalla Corte nel caso *Ruffert* ove pure, con un’interpretazione restrittiva della Direttiva n. 96/71/CE, è stata ritenuta illegittima la normativa dello Stato membro che impone alle imprese straniere, nell’ambito di un appalto pubblico, il rispetto del contratto collettivo applicato nel luogo e nel momento di esecuzione delle prestazioni lavorative, estendendo in tal modo alle imprese l’applicazione di contratti collettivi privi di efficacia *erga omnes*.²³¹

In definitiva la Corte di Giustizia, utilizzando il bilanciamento come tecnica decisoria, sembrerebbe farne un uso orientato dalla valenza dei principi nell’ordinamento sovra-ordinato, in base alla sua stessa interpretazione. In ciò potrebbe darsi una significativa divergenza rispetto alla “creatura” del Tribunale costituzionale tedesco e alla sua teorizzazione ad opera di giuristi come Alexy, postulando qui l’impossibilità di “costruire” *ex ante* una scala fra valori o principi, posti su un piano di equiordinazione che ne implica la loro relativizzazione e l’immersione in un orizzonte eminentemente “relazionale”. In quanto tale un orizzonte in cui è il caso concreto, non la dimensione o il peso dei principi, ad orientare il bilanciamento,²³² laddove nella sentenza della Corte di Giustizia il bilanciamento è quanto meno, per le ragioni già dette, “opaco” giacché orientato dalla pre-comprensione del valore preminente dell’integrazione del mercato. La Corte di Giustizia opera un bilanciamento “finalisticamente orientato” per verificare se e in che misura l’esercizio delle libertà sindacali produca una limitazione o compressione dei diritti individuali, ma non l’inverso.

²³¹ C’è qui, probabilmente, una valutazione meta-giuridica dell’impatto dell’azione collettiva, in quanto idonea a ridurre “drasticamente...il vantaggio competitivo assicurato dai più bassi costi del lavoro” (M.V. Ballestrero, op. cit. pag 387). Per poter giungere a questa conclusione, la Corte deve tuttavia escludere che il contratto collettivo possa assumere il carattere di disposizione di ordine pubblico, altrimenti idoneo a consentire l’effetto di restrizione.

²³² V. per estese considerazioni a tal riguardo L. D’Andrea, *Ragionevolezza e legittimazione del sistema*, Giuffrè, Milano, 2005.

In tal modo sono le finalità e i modi di esercizio dell'azione sindacale a determinare la legittimità o meno della restrizione posta alle libertà economiche, ammettendosi solo quelle che derivano da un obiettivo che consista "in una ragione imperativa di interesse generale", smentendo in certa misura il riconoscimento del diritto di azione collettiva quale diritto di rango costituzionale per il diritto comunitario.²³³ La strada imboccata dalla Corte è quella di "compatibilizzare", utilizzando i canoni fondamentali del proprio sistema, l'azione collettiva, e le tecniche argomentative con le quali la Corte disegna i confini delle libertà economiche e dei diritti sociali fondamentali rimandano ad una concezione funzionalista dell'azione collettiva.²³⁴ Il che significa inserire il sindacato tra le "istituzioni" del mercato, in contrasto peraltro con lo "spazio" di libertà che la stessa aveva riconosciuto nella sentenza *Albany* ai diritti collettivi.²³⁵ Ma così si finisce per destrutturare proprio gli ordinamenti che prevedono un sistema contrattuale volontaristico, nel quale l'osservanza degli obblighi assunti dalle parti con il contratto collettivo sono strettamente dipendenti dalla sanzione del ricorso al conflitto, il cui carattere libero e incondizionato è quindi garanzia di "tenuta" del sistema stesso.²³⁶

Proprio questo è il punto centrale: la Corte di Giustizia sottrae al diritto interno e alle Costituzioni nazionali il dominio sull'autonomia sindacale e sul conflitto collettivo, portandolo all'interno dei parametri di riferimento del diritto comunitario secondo l'interpretazione da essa stessa data circa i limiti di compatibilità dell'azione collettiva, di volta in volta enucleati dal caso concreto in rapporto alle quattro libertà fondamentali, che assumono, a dispetto dell'equi-ordinazione sul piano astratto-formale, un valore preminente sui diritti sociali collettivi.

9. Conclusioni

Il bilanciamento, come tecnica di risoluzione dei conflitti, è probabilmente uno dei tratti caratterizzanti lo spazio giuridico multilivello;²³⁷ qui, come notano Marzia Barbera e Giulio Itzcovich, "la distinzione fra validità di una norma (stabile appartenenza all'ordinamento giuridico) e sua applicabilità in concreto (sempre

²³³ A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, op. cit.

²³⁴ cfr. B. Veneziani, op. ult. cit. p. 5

²³⁵ cfr. B. Veneziani, op. ult. cit. p. 6; U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in GDLRI, n. 2, 2008, p. 147 e ss.

²³⁶ A. Vimercati, op. ult. cit. pag. 28.

²³⁷ Per queste considerazioni, in una prospettiva critica, sia consentito rinviare a G. Fontana, *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, Giappichelli Torino 2008, spec. p. 203 ss.

sospensibile in caso di conflitto fra ordinamenti o principi) diviene cruciale". È una tecnica particolarmente efficace (se non necessaria) quando "un sistema delle fonti coerente è irrealizzabile" ed i conflitti "devono essere decisi su base casistica". I conflitti fra gli ordinamenti, altrimenti "esplosivi", sono trasformati in conflitti "decidibili giudizialmente, mediante una tecnica di giudizio altamente flessibile, negoziabile, bilanciabile da caso a caso, e «traducibile» fra gli ordinamenti in gioco".²³⁸ Questo è "il luogo del bilanciamento": tecnica indispensabile quando "la realizzazione di un principio implica la non realizzazione dell'altro, allorché cioè uno può essere realizzato solo a spese dell'altro" e manca un criterio di gerarchia utilizzabile per decidere la prevalenza dell'uno o dell'altro. In questi casi il bilanciamento rinvia inevitabilmente ad un meta-criterio valutativo secondo cui "quanto più intenso si presenta un intervento in un diritto fondamentale, tanto più devono pesare i motivi giustificativi".²³⁹

Ma il bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia non è insensibile al valore dei principi nell'ordinamento dato, secondo l'interpretazione "nascosta" che di essi ne dà la Corte al di là dell'enunciata equi-ordinazione dei diritti collettivi e delle libertà economiche. Il che risalta con nettezza in *Viking*, ove la Corte demanda al giudice nazionale il bilanciamento ma ponendo premesse interpretative vincolanti; in questo caso, per la Corte il diritto di sciopero incontra i limiti derivanti dal suo porsi in rapporto ad obiettivi meritevoli ("se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati"). Si tratta, in effetti, non di bilanciamento ma di riscrittura dei limiti della libertà sindacale in

²³⁸ M. Barbera e G. Itzcovich, *Archimede's lever: the role of fundamental rights in multilevel systems*, w.p. Come scrive Lo Faro (in *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking* in *Lav Dir.* 2008, 1 pag. 64-65) "l'orizzonte entro cui l'interprete è chiamato a muoversi diventa enormemente più fluido, mobile, aperto, ovvero, da una prospettiva diversa...con la conseguente riproposizione di una delle caratteristiche storiche del processo d'integrazione comunitario: ovvero l'assunzione di un ruolo decisivo della mediazione giudiziale quale sede che – in mancanza di istanze politiche sufficientemente forti – è legittimata ad individuare il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze economiche e solidariste". Cfr. A. Vimercati, in *Il conflitto sbilanciato*, op. cit. pag. 26.

²³⁹ R. Alexy, *Collisione e bilanciamento quale problema di base della dogmatica dei diritti fondamentali*, in M. La Torre e A. Spadaro (a cura di), *La ragionevolezza nel diritto*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 32. Ma si veda più ampiamente il volume *Concetto e validità del diritto*, Torino, Einaudi, 1997. Il bilanciamento avviene, secondo Alexy, in tre tappe: "Al primo gradino è da determinarsi l'intensità dell'intervento. Al secondo gradino si prendono in esame la rilevanza dei motivi atti a giustificare l'intervento. Solamente al terzo gradino si darà il bilanciamento in senso più stretto e vero". Si tratta, come è noto, dei principi dell'idoneità, della necessità e della proporzionalità in senso stretto.

presenza dell'interesse a garantire la libertà di stabilimento (sovraordinata alle finalità di tutela dei lavoratori). In sostanza, si chiama "bilanciamento" ma deve leggersi "primato" (del diritto comunitario sui diritti costituzionali europei).²⁴⁰

Bruno Caruso, nel saggio a cui si è già fatto riferimento, chiarisce con grande nettezza come nei controversi casi *Laval* e *Viking* il riconoscimento dei diritti sociali collettivi avvenga in modo "obliquo e innominato", sia pure rafforzato dal richiamo alla Carta di Nizza ancorché come fonte (ancora) esterna all'ordinamento europeo.²⁴¹ Un conto però, nota Caruso, è il "riconoscimento", altro l'affermazione dei diritti; sicché il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia in queste decisioni affonda le proprie radici, probabilmente, nel valore meramente parametrico della Carta di Nizza, sul presupposto che non le libertà economiche siano limiti esterni ai diritti sociali ma piuttosto, al contrario, che questi fungano da limiti ai diritti e alle libertà fondamentali (stante la precomprensione del rilievo delle libertà fondamentali ed in specie della libertà di circolazione "come libertà/diritti fondamentali direttamente ed esplicitamente dichiarate tali dai trattati, cui convenzionalmente e storicamente la Corte ha attribuito valore di costituzione materiale dell'unione" ed efficacia orizzontale).²⁴² Come nella successiva sentenza sul caso *Ruffert*, la libertà di circolazione e in generale le libertà economiche vengono ricondotte "a quel vero e proprio principio costituzionale supremo che, nell'ordinamento europeo e nella giurisprudenza oramai pluridecennale della CDG, è costituito dall'integrazione politica dell'Europa, filtrata dal credo funzionalista".²⁴³

Si è detto dell'ambiguità del bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia - un bilanciamento non reciproco ma unilaterale²⁴⁴ - in cui i diritti collettivi sono assunti quali limiti o deroghe al pieno dispiegarsi delle libertà economiche nello spazio comunitario.

²⁴⁰ In questo stesso ordine d'idee v. A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, op. cit., che ribalta il ragionamento della Corte di Giustizia chiedendosi se non sia piuttosto il diritto antidiscriminatorio il "convitato di pietra" dell'operazione ermeneutica della Corte.

²⁴¹ B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale...*, op. cit., p. 26.

²⁴² B. Caruso, *ibidem*, pp. 28 e 30.

²⁴³ B. Caruso, *ibidem* p. 29. Come scrive Lo Faro, riprendendo Itzcovich, non si tratta di dinamiche di "bilanciamento" ma di "sovranità".

²⁴⁴ Cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking* op. cit., pag. 67, il quale nota che, a stretto rigore, "se è vero che un diritto o un principio di tutela sociale può limitare la libertà economica fondamentale, così - ove si ecceda dal canone della proporzionalità - può avvenire l'inverso".

Ma al di là di questo "imperfetto" utilizzo del bilanciamento è lo stesso rinvio ad una tecnica decisoria che implica una sorta di equidistanza o indifferenza fra libertà economiche e libertà sociali a determinare profondi cambiamenti nel tessuto costituzionale, giustificando le vivaci ed autorevoli reazioni di fronte ai *dicta* della Corte di Giustizia.²⁴⁵

Le sentenze della Corte di Giustizia rinviano ad un assetto non già "compromissorio" - come nella teoria dei limiti delineati *ex ante* - ma ad uno schema in cui prevalgono, nel confronto fra libertà economiche e diritti sociali collettivi, conflitti *minimalistici* da risolvere caso per caso. E' questo uno schema che esige, a ben vedere, una pre-condizione: la relativizzazione dei diritti fondamentali, la rinuncia ad un modello politico-normativo coerente, finalisticamente orientato, la frammentazione dell'ordinamento in una miriade di schegge non più ricomponibili.²⁴⁶ È quindi un modello che rinvia ad un ordine giuridico del mercato presupponendo che nessun diritto possa o debba prevalere.²⁴⁷ In questa visione è estranea ogni idea che i principi siano chiamati a "realizzare direttamente un progetto determinato di vita comune". Ma qui, senza andare più in là, si può riprendere quanto osservava Bin già nel 1992, riferendosi al rischio che il bilanciamento, nel porre i principi in conflitto "solo" in relazione ai casi e presupporre anzi la loro sostanziale convivenza pacifica, finisca per smarrire il senso stesso di una Costituzione positiva.²⁴⁸ Quando il bilanciamento avviene sui punti caldi

²⁴⁵ Ne dà conto G. Bronzini, in *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, op. cit. pag. 976, in nota.

²⁴⁶ Si vedano le considerazioni di M. Barbera e G. Itzcovich, op. ult. cit.

²⁴⁷ Scrive Azzariti in *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, op. cit.: "Ma non sembra si sia adeguatamente considerata la conseguenza che quest'equiparazione dei diritti implica. In tal modo, non è più possibile trarre dal testo "costituzionale" o a "valenza costituzionale" (quale ambisce ad essere la Carta) una gradazione tra diritti, non sarà più possibile individuare dei principi prevalenti e caratterizzanti l'ordinamento costituzionale. Non si potrà più, come si è soliti fare con riferimento al nostro ordinamento costituzionale, enfatizzare il ruolo di alcuni principi costituzionali rispetto ad altri. In base a quale argomento testuale si potrebbe, in questo nuovo contesto normativo, affermare - come fece Costantino Mortati definendo le basi della tutela costituzionale del diritto del lavoro - che non tutti ma solo alcuni principi devono "porsi quali pietre angolari di tutta la costruzione dello stato"? Specificando che questi principi sono quelli enucleabili nei primi cinque articoli della nostra costituzione, poiché sono essi che "contengono gli elementi sufficienti ad identificare la forma di stato". E dunque il principio democratico, quello personalista, quello pluralista, *quello lavorista* valgono a conformare e a condizionare ogni altro diritto pretendendo una tutela privilegiata."

²⁴⁸ V. R. Bin, *Diritti e argomenti*, op. cit. Come scrive l'autore, "si può persino (provocatoriamente) affermare che le garanzie dei diritti trovano supporto più saldo in un ragionamento «di bilanciamento» ben condotto, piuttosto che in tentativi di avvalorarne il

del conflitto sociale, come nel caso delle sentenze *Laval* e *Viking*, l'operazione di selezione della norma o del principio *vincente* non è mai "aprobematica", ma avviene previa fissazione ad opera del giudice delle dimensioni e del peso degli interessi/principi/valori in giuoco rispetto al caso. Ed è in questa prospettiva che essa può rivelarsi come l'affioramento di "argomentazioni di tipo funzionale", tese a limitare l'espansione dei diritti in nome di "superiori esigenze qualitativamente eterogenee rispetto al diritto che costituisce l'altro termine del bilanciamento". Il giudice, infatti, "non applica direttamente il principio costituzionale che esprime il diritto *ma una regola che egli stesso ha formulato stabilendo le condizioni normative e fattuali in presenza delle quali quel principio può produrre determinati effetti giuridici*".²⁴⁹

Sembra così destinata ad archiviarsi ogni "lettura" monovalente in cui si "elegga" un solo principio "organizzativo" dell'intera società, allontanandosi dall'idea che attraverso la gerarchizzazione dei valori il diritto possa negare il mercato o quanto meno relativizzare le sue logiche dominanti. In tal senso i rapporti fra "democrazia" e "mercato" riemergono come perfettamente allineati, piuttosto che conflittuali.²⁵⁰ Ma fra democrazia economica e democrazia politica c'è il rischio che si ricrei il fossato che le Costituzioni nazionali avevano provato a colmare.

riconoscimento, l'inviolabilità o l'assolutezza tramite l'esegesi del testo costituzionale" (p. 5).

²⁴⁹ R. Bin, *ibidem*, p. 41. Le parole di Bin potrebbero essere scritte come un epitaffio sulle sentenze della Corte di Giustizia *Laval*, *Viking* e *Ruffert*.

²⁵⁰ V. per riflessioni in tal senso J. Fitoussi, *La democrazia e il mercato*, Feltrinelli, Milano, 2004, p. 35 ss.