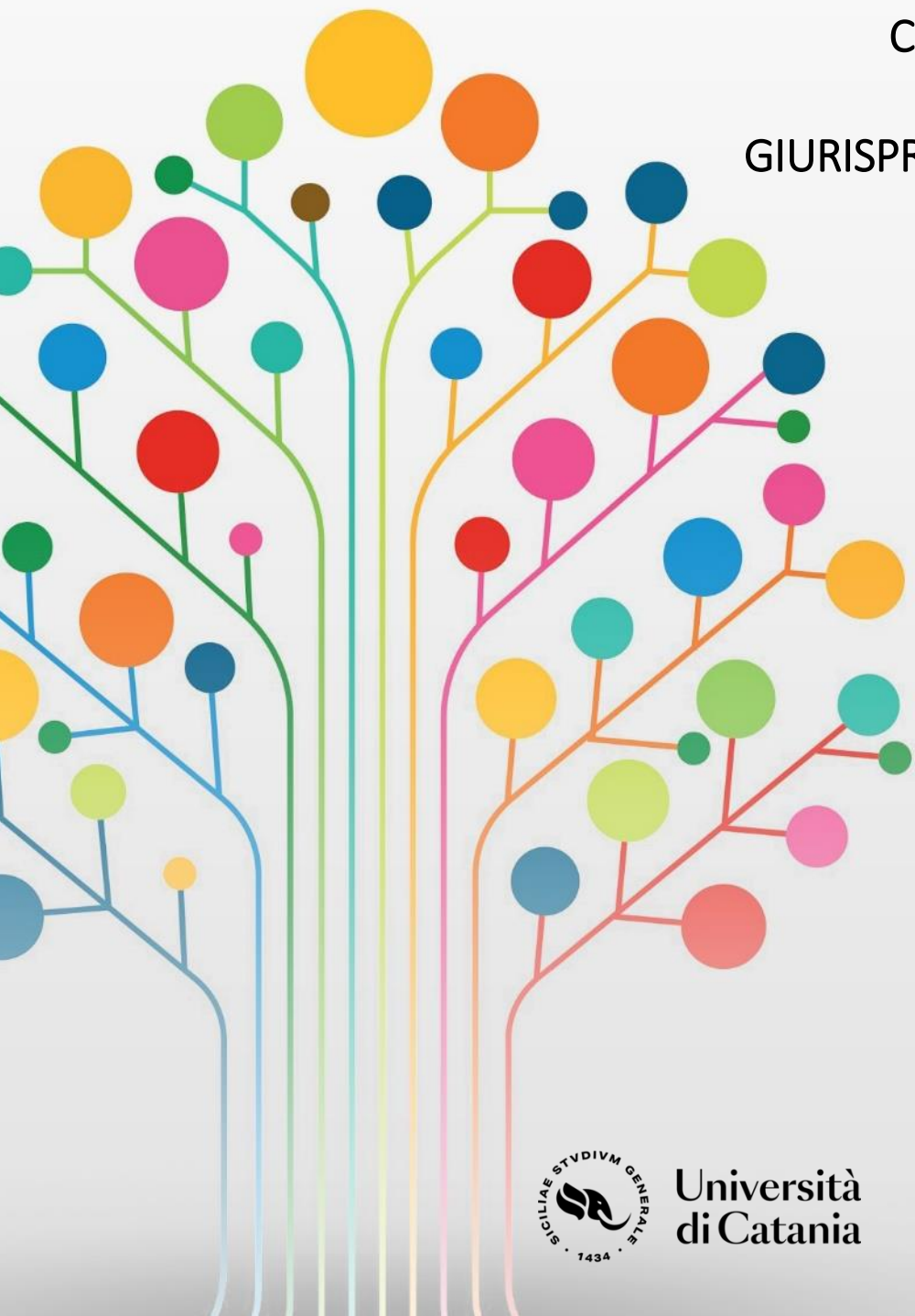


# 20 20 Venti Maggio

BIBLIOTECA DEL CENTRO STUDI DI  
DIRITTO DEL LAVORO EUROPEO  
"Massimo D'Antona"

## I DIRITTI SOCIALI TRA ORDINAMENTO COMUNITARIO E COSTITUZIONE ITALIANA: IL CONTRIBUTO DELLA GIURISPRUDENZA MULTILIVELLO

a cura di  
Bruno Caruso  
Mariagrazia Militello



Università  
di Catania



Centre for the Study of  
European Labour Law  
"MASSIMO D'ANTONA"

***Con contributi di***

MARIAGRAZIA MILITELLO, Università di Catania

BRUNO CARUSO, Università di Catania

GIUSEPPE BRONZINI, Corte di Cassazione sezione lavoro

ANGELO ABIGNENTE, Università di Napoli "Federico II"

GIANCARLO RICCI, Università di Catania

LORENZO ZOPPOLI, Università di Napoli "Federico II"

SILVANA SCIARRA, Università di Firenze

# I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello\*

a cura di  
Bruno Caruso  
Mariagrazia Militello

## SOMMARIO

<b>La Costituzione sociale europea in cammino (lo stato di avanzamento della ricerca PRIN sui diritti sociali nelle esperienze costituzionali)</b>	
Mariagrazia Militello	1
<b>Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte</b>	
Bruno Caruso	8
<b><i>Happy birthday</i>; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia</b>	
Giuseppe Bronzini	18
<b>Fonti, principi, concretizzazione. Spunti di riflessione sul dibattito intorno ai diritti sociali nel sistema comunitario</b>	
Angelo Abignente	35
<b>Il diritto al "giusto" tempo di lavoro nel sistema costituzionale <i>multilevel</i></b>	
Giancarlo Ricci	41
<b>I rapporti interordinamentali in una prospettiva orientata alla tutela dei diritti sociali europei</b>	
Lorenzo Zoppoli	49
<b>Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona</b>	
Silvana Sciarra	53

---

\* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".Collective Volumes - 1/2011

## La Costituzione sociale europea in cammino (lo stato di avanzamento della ricerca PRIN sui diritti sociali nelle esperienze costituzionali)

Mariagrazia Militello

1. I contributi raccolti in questo speciale quaderno di *Working Paper* del Centro Studi Massimo D'Antona costituiscono il risultato del Convegno tenutosi a Napoli il 3 dicembre 2010 su: *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*.

L'incontro di studi, organizzato dall'unità di ricerca periferica di Napoli – coordinata dal prof. Raffaele De Luca Tamajo –, si inserisce all'interno del ciclo di iniziative programmate nell'ambito del PRIN 2008 (Programma di Ricerca Scientifica di Rilevante Interesse Nazionale), cofinanziato dal MIUR, dal titolo *I diritti sociali nelle scritture costituzionali e nel diritto vivente: il dialogo tra la Corte di giustizia europea e le Corti nazionali*.

In occasione di questo primo incontro, al quale hanno preso parte i componenti di tutte le unità di ricerca locali – Napoli, Reggio Calabria, Brescia, Firenze, Catania – sono inoltre stati presentati i tre fascicoli – n. 2 del 2008 e i n. 1 e 2 del 2010 – della *Rassegna di diritto pubblico europeo*, con contributi di Raffaele De Luca Tamajo, Bruno Caruso, Anna Alaimo, Luca Calcaterra, Edoardo Ales, Valentina Pasquarella e Maurizio Ricci, Giuseppe Bronzini, Antonio Lo Faro, Mariagrazia Militello, Giancarlo Ricci, Fiorella Lunardon e Giorgio Fontana<sup>1</sup>. I fascicoli – curati dal prof. Raffaele De Luca Tamajo e dal prof. Bruno Caruso – sono interamente dedicati alla trattazione di alcuni dei più significativi diritti sociali fondamentali individuali e ad esercizio collettivo contenuti sia nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea sia nella Costituzione italiana, analizzati attraverso la comparazione tra ordinamento comunitario e Legge fondamentale nazionale.

2. La ricerca coordinata dall'Unità catanese – rispetto alla quale l'incontro dello scorso dicembre a Napoli ha segnato un primo importante passaggio – affronta il tema dei diritti sociali, sia sotto il profilo dei contenuti, con riguardo alle possibili "aperture di significato" che possono essere

---

<sup>1</sup> Sono contenuti nel fasc. n. 2 del 2008 i contributi di R. De Luca Tamajo, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana*; B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*; A. Alaimo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto «aperto» e «multilivello»*; L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*; E. Ales, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*; V. Pasquarella, M. Ricci, *La tutela della salute dei lavoratori tra dimensione nazionale ed europea*.

Sono contenuti nel fasc. n. 1 del 2010 i contributi di B. Caruso, *Introduzione. I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*; G. Bronzini, *Diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa*; A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*; M. Militello, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*; G. Ricci, *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata*.

Sono, infine, contenuti nel fasc. n. 2 del 2010 i contributi di F. Lunardon, *Il diritto alla formazione nell'ordinamento europeo e nella Costituzione italiana*; G. Fontana, *La libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*.

attribuiti a tali diritti, sia in relazione all'efficacia ed effettività di tali diritti; sia, infine, alle tecniche di dialogo ed ermeneutiche utilizzate dalla giurisprudenza. La protezione di tali diritti tende ormai a porsi, infatti, su più livelli. «Oggi la funzione giurisdizionale, che interessa la tutela dei diritti, non si svolge soltanto nell'ambito statale, ma viene anche esercitata da organismi internazionali e sovranazionali, in vista dell'integrazione di quella tutela e nella prospettiva di assicurare, dov'essa non sia prevista, o di migliorare, dove sia insufficiente, la garanzia dei diritti fondamentali»<sup>2</sup>.

A ciò si aggiunge, inoltre, il fatto che più Carte contribuiscono in Europa al medesimo fine, ma tutte con diversa "identità costituzionale" e con diversa valenza quanto a standard di protezione: quelle nazionali, quelle sovranazionali europee e quelle internazionali.

Alla luce di un contesto di riferimento così articolato, la domanda dalla quale nasce l'idea del progetto generale è se "più giudici, più Carte e, in generale, più fonti di riconoscimento siano comunque un vantaggio" o se, piuttosto, la tutela multilivello dei diritti non sia foriera di cortocircuiti sul fronte della ricostruzione di significato dei diritti e dei relativi contenuti, nonché della loro protezione giurisdizionale. In questa prospettiva, la ricerca ha come obiettivo, innanzitutto, l'elaborazione sistematico-concettuale delle "aperture di significato" attribuibili ad alcuni diritti sociali. Si tratta di verificare come avvenga, in un'ottica ricostruttiva del contenuto di alcuni diritti, il "transito di significati" dall'una all'altra fonte, nazionale e sovranazionale<sup>3</sup>.

Si tratta, in secondo luogo, di verificare se la circolazione ermeneuta non contribuisca soltanto a un arricchimento del linguaggio dei diritti: vale a dire, a una più completa declinazione dei significati, "fertilizzati" e irrobustiti dal dialogo sovranazionale; ma, pure, a una apertura transfrontaliera delle tutele, mediante una positiva interazione, se non integrazione, delle diverse e peculiari tecniche utilizzate dai giudici nei contesti nazionali, in ragione delle diverse tradizioni costituzionali.

Il primo incontro/confronto – i cui risultati si presentano in questo speciale quaderno – è stato interamente dedicato alla ricostruzione del ruolo dei diritti sociali, tra ordinamento sovranazionale ed ordinamento nazionale e all'analisi del ruolo della giurisprudenza nella interpretazione di tali diritti. All'approccio generale si è voluto affiancare quello particolare – con un intervento di Giancarlo Ricci – dedicato all'analisi del diritto al "giusto" tempo di lavoro come esempio paradigmatico di diritto sociale inserito in un sistema costituzionale *multilevel*; un diritto *antico* – ha ricordato Ricci – che ha attraversato, connotandoli, i diversi stadi di *positivizzazione* "costituzionale" dei diritti sociali fondamentali: nella dimensione internazionale, nazionale ed europea.

Da queste analisi sono venuti alla luce anche diversi aspetti problematici legati all'intreccio della tutela multilivello che può portare ad interferenze nell'opera delle corti di giustizia, nazionali e europee, in un approccio che fa perno sulla giurisprudenza come luogo privilegiato di mediazione nell'affermazione di diritti concreti (non più riconoscimento formale) e di effettività della loro tutela, come ha sottolineato nel suo intervento Angelo Abignente. Approccio che, continua Abignente, richiede probabilmente l'elaborazione di un diverso paradigma per il giurista e per la scienza del diritto.

---

<sup>2</sup> F. Sorrentino, *La tutela multilivello dei diritti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, n. 1, p. 79.

<sup>3</sup> Questo, in linea di massima, è il contenuto del progetto generale sottoposto al MIUR per il co-finanziamento.

È un paradigma orientato ad una prospettiva che, anziché prendere classicamente le mosse dallo stato dell'arte nei rapporti complessivi tra diritti nazionali ed ordinamento dell'Unione, tenga conto prioritariamente della prospettiva dei diritti e, in modo particolare, della necessità di dare una base via via più solida ai diritti sociali quali nuovi diritti costituzionali di portata europea, è il suggerimento che di Lorenzo Zoppoli.

Nelle sue considerazioni conclusive, infine, Silvana Sciarra ha tirato le fila di un ampio discorso dedicato all'analisi dell'ordinamento multilivello per mostrare, infine, se e come gli equilibri, il metodo e il linguaggio multilivello cambino nel quadro disegnato dal Trattato di Lisbona.

3. All'analisi dell'articolato quadro regolativo che riguarda i diritti sociali – alla luce soprattutto della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà universali – e della tutela giuridica *multilevel* riconosciuta in virtù di un proficuo dialogo tra le alte Corti, sono state dedicate le relazioni di apertura di Bruno Caruso e di Giuseppe Bronzini.

Nella prima relazione – intitolata *Costituzione e diritti sociali: lo stato dell'arte* – l'Autore si è occupato di ricostruire l'attuale assetto regolativo sovranazionale in materia di diritti sociali fondamentali, consolidatosi dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona e la relativa attribuzione di efficacia giuridica vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, solennemente riproclamata e firmata dai vertici delle tre istituzioni comunitarie a Strasburgo il 12 dicembre 2007, a ridosso della firma del Trattato di modifica dei Trattati istitutivi avvenuta il 13 dicembre 2007.

L'incerto scenario che emerge da un'attenta ricostruzione delle fonti si presta ad una doppia lettura, che ormai occupa da anni le scene del dibattito nazionale ed europeo.

Indubbiamente, una posizione di primo piano spetta alle note vicende che hanno coinvolto la Corte di Giustizia in occasione delle quali le libertà economiche fondamentali tutelate dai Trattati hanno avuto la meglio sui diritti sociali coinvolti<sup>4</sup>; vicende che, sul piano sovranazionale, hanno messo pericolosamente in discussione il "sano" sviluppo del modello sociale europeo producendo poi, in termini di ricadute interne<sup>5</sup>, quello che è stato definito "il frutto avvelenato dell'integrazione europea".

Come ha sottolineato nelle sue osservazioni conclusive Silvana Sciarra, il *vulnus* che si scorge nell'ordinamento multilivello, non è facile da curare e ne sono ben consapevoli sia la dottrina giuslavorista europea sia i sindacati nazionali e sovranazionali, i quali, aggiunge l'Autrice, avranno bisogno di tempo, per elaborare il lutto subito a causa della giurisprudenza della Corte di giustizia, ora seguita dall'isolata – ma non per questo meno criticabile – sentenza della Corte del lavoro svedese<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Vicende note che riguardano le sentenze della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Patneri*; dell'11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*, del 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, e del 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*.

<sup>5</sup> Il riferimento va evidentemente al caso Laval sui cui sviluppi interni nell'ordinamento svedese si è svolto un secondo incontro nell'ambito del PRIN a Firenze il 27 maggio 2011 su cui v. *infra* nel testo.

<sup>6</sup> Cfr. sentenza della Corte del lavoro svedese n. 89 del dicembre 2009. Una traduzione non ufficiale della sentenza è disponibile al sito: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/ErikSjoedin/AD%202009%20nr%2089%20Laval%20English.pdf>. Cfr., da ultimo, il contributo di J. Malmberg presentato in occasione del Convegno di Firenze, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, n. 3, p. 371 ss.; cfr. anche, ex aliis, E. Saccà, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno 'da sciopero' e*

Su questo profilo e sul dibattito che ne è seguito si è più approfonditamente concentrato l'incontro di studi organizzato dall'Unità di ricerca fiorentina il 27 maggio 2011 che ha segnato un'altra tappa fondamentale del percorso tracciato nell'ambito della ricerca PRIN.

Durante il workshop, intitolato "Remedies and Sanctions for Unlawful Industrial Action in a Comparative Perspective", sono stati analizzati con particolare attenzione sia l'impatto del caso Laval sugli ordinamenti nazionali sia le implicazioni ad esso connesse in una prospettiva sovranazionale. È senz'altro vero che questa giurisprudenza della Corte di giustizia ha creato un corto-circuito determinando una situazione di pericolo per il consolidamento di un sistema di diritti soggettivi azionabili da parte dei cittadini europei<sup>7</sup>, aggravata dalla controversa decisione della Corte del lavoro svedese che si è espressa sul caso Laval. Decisione con la quale i giudici svedesi hanno condannato il sindacato nazionale ad un cospicuo risarcimento del danno, pur in mancanza di una legge che disponesse in tal senso, attirando su di sé numerose e giustificate critiche.

Ciò che è emerso dall'analisi del rapporto tra la pronuncia della Corte di giustizia e quella della Corte svedese – cui è stata dedicata parte dell'incontro fiorentino – ha messo in evidenza la necessità di contenere l'effetto di *spill-over* proveniente dalla sentenza Laval, ridimensionando sia le contestate pronunce della Corte, sia l'infortunio in cui è incorsa la Corte svedese. Innanzitutto, perché, se è vero che in un sistema di tutela giuridica multilivello, i giudici domestici occupano il primo grado di giudizio in un ordinamento integrato, ciò non significa che debbano automaticamente, come è avvenuto nel caso della sentenza della Corte svedese, abusare del diritto europeo<sup>8</sup>, con l'effetto di riprodurre le già controverse considerazioni della Corte di giustizia, la quale, per inciso, non è detto sia sempre nel giusto<sup>9</sup>. In secondo luogo, poi, perché è necessario considerare la prospettiva dei diritti umani, pur in mancanza di una formale adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, «magari ricordando che Strasburgo non è poi così lontana»<sup>10</sup>. Proprio rispetto alla giurisprudenza in esame, ad esempio, – come suggerisce de Witte – bisognerebbe interrogarsi su quali effetti potrebbero su di essa produrre le evoluzioni della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'Uomo in materia di interpretazione dell'art. 11 della Convenzione<sup>11</sup>, e, di conseguenza, chiedersi se, e in che termini, sia consentito alla Corte di Lussemburgo e agli Stati membri agire in patente violazione della Convenzione<sup>12</sup>. E ciò posto che sia l'art. 52 n. 3 sia l'art. 53 della Carta di Nizza pongono la CEDU come paradigma ultimo, interpretazione insuperabile (in senso peggiorativo) per il riconoscimento dei diritti contenuti nella Carta.

---

*innovazioni legislative (indotte)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT - 86/2010, testo disponibile sul sito [http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/sacca\\_86-2010int.pdf](http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/wp/int/sacca_86-2010int.pdf).

<sup>7</sup> Sciarra, *Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in questo quaderno.

<sup>8</sup> Sciarra, *Il diritto di sciopero nel dialogo fra Corti. Casi nazionali a confronto dopo Laval*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, n. 3, p. 363 ss.

<sup>9</sup> Zahn, de Witte, *La prospettiva dell'Unione Europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, n. 3, p. 433.

<sup>10</sup> Lo Faro, *Responsabilità e sanzioni per sciopero illegittimo: cambia qualcosa in Italia dopo Laval?*, in *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, n. 3, p. 419 ss.

<sup>11</sup> Zhan, de Witte, *La prospettiva dell'Unione Europea*, cit. Il riferimento è alle sentenze *Demir et Baykara v. Turkey* del 12 novembre 2008 ed *Enerji Yapi – Yol Sen v. Turkey* del 21 aprile 2009, in cui la Corte di Strasburgo ha valorizzato l'articolo 11 della Convenzione sostenendo che può essere usato come base giuridica per la protezione del diritto di negoziazione collettiva e di azione. Ma su questo aspetto, cfr. le relazioni di Caruso e Sciarra, in questo quaderno.

<sup>12</sup> Per l'interessante prospettiva qui accennata v. Zahn, de Witte, *La prospettiva dell'Unione Europea*; cit.

4. Il caso svedese, in compagnia del caso Fiat in Italia, rileva anche sotto un diverso profilo, connesso ma indipendente da quello del dispiegarsi, in termini di effettività, dei diritti sociali classici, di natura collettiva nel contesto Europeo.

La Svezia e l'Italia, costituiscono infatti due segnali diversi ma convergenti di come la integrazione sovranazionale dei mercati e la globalizzazione economica rendano insufficienti le culture giuridiche sindacali e i sistemi statuali di regolazione a spiegare i fenomeni in atto; e come sia probabile che si stia entrando in una fase in cui la regolazione nazionale dei sistemi di diritto sindacale, sia essa volontaria, sia di origine statale e legislativa, sia sempre più condizionata da dinamiche globali e sovranazionali; di come, pertanto, la risposta regolativa, a tutela non solo dei diritti sociali collettivi, ma anche della stessa identità nazionale dei diversi sistemi sindacali e dei relativi diritti, non possa essere nazionale ma sovranazionale<sup>13</sup>.

Come è stato, infatti, fatto notare il caso svedese e il caso italiano hanno prodotto l'effetto paradossale non della de-regolazione del diritto del lavoro, ma di una ri-regolazione dei sistemi sindacali volontari (avvenuta già in Svezia, possibile in Italia) per metterli in linea con le esigenze della globalizzazione. Se la risposta regolativa nazionale, nei sistemi sindacali volontari, finisce, pertanto, per essere dettata non da una improbabile difesa degli standard sociali all'interno dei confini nazionali, ma, al contrario, dall'adattamento della peculiarità della regolazione volontaria dei sistemi nazionali alle esigenze della competizione globale, sorge l'evidente esigenza sul versante del lavoro, di momenti di organizzazione e di negoziazione sovranazionale<sup>14</sup>.

5. Se, però, la decisione della Corte svedese ha rappresentato un grave incidente di percorso<sup>15</sup>, una conseguenza eccessiva ad una già controversa pronuncia della Corte UE, il bilancio del primo compleanno della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea<sup>16</sup> ci restituisce uno scenario confortante in termini di costruzione di un *multilevel constitutionalism* rispetto alla quale «il ruolo della Corte Ue [...] veramente avviato solo con il 1 dicembre 2009, è certamente prioritario e cruciale»<sup>17</sup>. Ed è proprio a Lussemburgo che «[...] è auspicabile che si ritorni [...]»<sup>18</sup> per correggere la tanto contestata giurisprudenza sul contrasto tra diritti fondamentali e libertà economiche garantite dal Trattato che, se rimanesse immutata, rischierebbe di creare delle “perigliose derive”, come già è avvenuto a Stoccolma<sup>19</sup>.

Nel suo contributo – dedicato appunto al primo anno di obbligatorietà della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia – Bronzini mostra chiaramente come la stessa Carta abbia ormai assunto il «valore di parametro di legittimità costituzionale in chiave europea». È fuor di dubbio che la Corte, con il suo recente orientamento, abbia inteso valorizzare in funzione

---

<sup>13</sup> Sciarra, *Automotive e altro: cosa sta cambiando nella contrattazione collettiva nazionale e transnazionale*, di prossima pubblicazione sul GDLRI.

<sup>14</sup> Caruso, *Union representation crisis: towards a supranational model?*, Paper presentato alla 18th International Conference of Europeanists organizzata dal Council for European Studies, Barcellona, Universitat Ramon Llull, 22.06.201, di prossima pubblicazione.

<sup>15</sup> Sciarra, *Il diritto si sciopero nel dialogo fra Corti*, cit.

<sup>16</sup> *Id est*, ad un anno dalla dichiarazione di vincolatività giuridica della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (ex art. 6, co. 2 TUE).

<sup>17</sup> Bronzini, *Happy birthday; il primo anno di “obbligatorietà” della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questo quaderno.

<sup>18</sup> In questi termini A. Lo Faro, *Responsabilità e sanzioni*, cit..

<sup>19</sup> Perché «[...] se ci troviamo a questo punto, le responsabilità devono essere ricercate a Lussemburgo piuttosto che a Stoccolma»; in questi termini Lo Faro, *Responsabilità e sanzioni*, cit.



garantista i diritti contenuti nella Carta, seguendo un orientamento già in parte inaugurato pur in mancanza di vincolatività giuridica della stessa, e certamente rafforzato dalla forza assunta da un catalogo di diritti che non ha più una funzione meramente ricognitiva delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri. A ciò, come non manca di far notare Bronzini, «si sono aggiunte le direttrici della non discriminazione, della ricerca di una tutela processuale effettiva delle pretese in gioco e della cooperazione giudiziaria come vettori per un'applicazione diffusa ed a largo raggio del *Bill of rights* dell'Unione». Sono, perciò, senz'altro notevoli le dimensioni applicative che il diritto sovranazionale ha raggiunto grazie alle pronunce della Corte, che, in alcuni casi, si è spinta a pronunciarsi persino su materie espressamente escluse dalla propria competenza (art. 153, co. 5 TFUE)<sup>20</sup>.

Quanto, poi, ancora questa giurisprudenza sarà in grado varcare ulteriormente i confini delle competenze, così come delimitate dal Trattato dell'Unione Europea, non è dato saperlo. E nemmeno le isolate – per il momento – Conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 30 settembre del 2010 – che invita la Corte a radicare le competenze non scritte in base ai valori dell'Unione come riscritti dall'art. 2 TUE senza subordinarle all'esercizio del potere legislativo – possono rappresentare un indicatore certo di sviluppi futuri. Se questo è vero, però, è altrettanto vero che, prima o dopo, – per mutuare ancora le parole dell'A.G. – la Corte si troverà ad «affrontare la questione se l'Unione non sia ora al bivio di un mutamento costituzionale [...]. La risposta a tale questione può essere rinviata per il momento, ma probabilmente non altrettanto a lungo» (punto 177)<sup>21</sup>.

## 6. Ci troviamo, dunque, allo snodo fondamentale.

Nel tentativo di ricostruzione di un ordinamento costituzionale integrato, nell'ottica della tutela multilivello dei diritti che comprende la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e la Convenzione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali ma anche le leggi fondamentali degli Stati membri, non si può prescindere da un'analisi delle posizioni delle Corti costituzionali nazionali, le uniche, molto spesso, a porre degli argini – in termini di precisi contro-limiti – all'espansione delle competenze sovranazionali, opponendo, tra le altre cose, fermi dinieghi al riconoscimento della natura originale dell'ordinamento giuridico europeo<sup>22</sup>. Per alcuni si tratta più che altro di “patriottismo e rivendicazione di identità costituzionale” motivati dalla necessità di mantenere l'autonomia dei diversi nuclei fondamentali dei due ordinamenti<sup>23</sup>; per altri, invece, di legittima difesa da una invasione di competenze che possa mettere in pericolo l'integrità dei diritti

<sup>20</sup> Il riferimento è a quelle sentenze riguardanti la legislazione antidiscriminatoria, in cui la Corte ha ampliato l'ambito del suo controllo anche ad atti interni degli Stati su materie (la retribuzione), esplicitamente escluse dalla competenza dell'UE. Cfr., ad esempio, Corte di giustizia, *Impact* (Conclusioni dell'Avvocato Generale Kokott del 9 gennaio 2008 e sentenza CGCE del 15 aprile 2008, C268/06) e *Del Cerro Alonso* (sentenza CGCE, 13 settembre 2007, C-307/05). Anche se quella dell'applicazione del principio di non discriminazione è una vicenda eccentrica – e sovente contestata – rispetto all'applicazione (o, meglio, interpretazione uniforme) del diritto sovranazionale. Per riflessioni in argomento cfr., *ex aliis*, B. Caruso, I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo, in S. Sciarra-B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del Trattato di diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. Ajani e G.A. Benacchio, Torino, 2009, p. 730.

<sup>21</sup> Conclusioni dell'Avvocato Generale Sharpston, 30 settembre 2010, C-34/09, *Zambrano*.

<sup>22</sup> Cfr. in questo senso la Corte costituzionale tedesca [*Bundesverfassungsgericht (BVerfG)*] del 30 giugno 2009, su cui, *ex aliis*, cfr. Póiares Maduro, Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Diritto dell'Unione Europea*, 2009, n. 3, p. 503.

<sup>23</sup> In quanto ispirati a logiche diverse, quella mercantile europea e quella sociale nazionale. Così Caruso, *Costituzione e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in questo quaderno.

fondamentali nazionali. Il risultato, in ogni caso, è la riproposizione della teoria dei contro limiti con l'individuazione del contenuto essenziale dei diritti fondamentali da porre come «controlimita immanente, *a priori* e inviolabile rispetto a qualunque operazione di integrazione e di bilanciamento esterno»<sup>24</sup>.

Come giustamente Caruso ha evidenziato nella sua relazione, oggi si pone per la prima volta, urgente, il problema dell'impatto tra il cuore degli ordinamenti nazionali e quello dell'ordinamento sovranazionale, perché "si è arrivati ad un punto cruciale del processo di integrazione".

Ed è per questo motivo che, per garantire un corretto svolgimento della ricerca, si renderà necessario analizzare anche questo specifico aspetto. Il dialogo con i giudici sui diritti sociali e le tecniche di bilanciamento da un punto di vista, però, questa volta strettamente costituzionale sarà, infatti, oggetto di un prossimo incontro di studi organizzato dall'Unità di ricerca di Reggio Calabria coordinata dal prof. Giorgio Fontana<sup>25</sup>.

A quali risultati approderà la ricerca – così come, soprattutto, il processo di integrazione in corso – non è dato saperlo. D'altro canto – per dirla con Abignente – «il nostro non è tempo di certezze: per navigare nell'oceano di incertezza che ci è davanti l'unica certezza forse la possiamo riporre nell'abilità dello skipper. Ed il nostro ruolo è quello di valutare in concreto quell'esercizio di abilità... razionale»<sup>26</sup>.

---

<sup>24</sup> Ancora Caruso, *Costituzione e diritti sociali*, cit.

<sup>25</sup> Il prossimo incontro a Reggio Calabria si terrà a novembre prossimo.

<sup>26</sup> Abignente, *Fonti, principi, concretizzazione. Spunti di riflessione sul dibattito intorno ai diritti sociali nel sistema comunitario*, in questo quaderno.

## Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte

Bruno Caruso

1. È ancora tempo per pensare alla Costituzione europea?	9
2. Il dibattito post Lisbona.	11
3. Crisi dell'integrazione costituzionale e diritti sociali collettivi.	12
4. La specificità della carta e dell'ordinamento europeo.	13

## 1. È ancora tempo per pensare alla Costituzione europea?

Non è ortodosso iniziare un articolo scientifico richiamando due episodi di cronaca quotidiana, ma la loro rilevanza con il tema consente l'eccezione alla regola. I lettori mi perdoneranno. Il primo è la notizia apparsa martedì 30 novembre 2010 sulle agenzie di stampa italiane che informava che il Tribunale di Brescia ha ordinato la rimozione definitiva dalla scuola "a spese del Comune di Adro del simbolo partitico del sole delle Alpi", ingiungendo "l'esposizione "permanente" dei vessilli di Italia e dell'Unione europea"<sup>27</sup>.

Il secondo episodio, a valenza più circoscritta, riguarda il fatto che qualche tempo fa nella labourlist, la mailing-list ormai ufficiale dei giuslavoristi italiani, si è svolto un quasi appassionato dibattito, su come qualificare, terminologicamente, dopo Lisbona, il diritto scaturente dai Trattati europei, sin qui denominato diritto comunitario.

Il primo episodio ci dice che l'integrazione europea, anche attraverso la sua bandiera, e malgrado la de-costituzionalizzazione simbolica e nominalistica dei trattati di Lisbona, è un punto fermo. Essa viene utilizzata dai giudici italiani che agiscono come organi terminali del sistema giudiziario europeo, anche contro culture secessionistiche veicolate attraverso "simboli altri", nei luoghi in cui si dovrebbero trasmettere valori educativi e pedagogici basilari, quali appunto quelli di una Europa unita in cui si salvaguardano le molteplici identità, ma senza chiusure regressive.

Il secondo episodio può essere richiamato perché dimostra che se i giuslavoristi, in Italia e in Europa, si occupano anche di problemi apparentemente "minori" dell'UE, non è perché non abbiano altro da fare, o per un eccesso di considerazione degli aspetti terminologici o simbolici o altrimenti formali del processo di integrazione europea. La ragione è esattamente l'opposta.

Da anni ormai la comunità dei giuslavoristi europei è intensamente attraversata dai problemi legati alla costruzione dell'ordinamento europeo, vuoi per le implicazioni teoriche sulle coordinate fondamentali della disciplina, vuoi per le concrete ricadute sulla regolazione del lavoro che l'integrazione, via via più intensa, ha nel tempo prodotto. Gli anni dell'Europa socialmente frigida o algida, secondo la celeberrima definizione di Federico Mancini<sup>28</sup>, se mai ci sono stati, sono, comunque, definitivamente tramontati<sup>29</sup>. Oggi ci si trova davanti al *redde rationem*, al nocciolo duro della questione che non è più semplicemente politica o giuridica, cioè di fonti e tecniche regolative, ma si proietta nel compendio dei due termini, vale a dire si tratta di una questione costituzionale.

Il problema dell'integrazione europea, anche per il diritto del lavoro, assume una valenza costituzionale, con tutto ciò che questo implica ed evoca nell'immaginario del giurista del lavoro.

---

<sup>27</sup> Adro è un comune del Nord Italia amministrato dalla Lega Nord, il partito regionalista con tendenze secessioniste. Il Sindaco ha imposto durante la costruzione di una scuola pubblica che tra gli arredi e i rivestimenti venisse inserito il sole delle alpi che è un simbolo notoriamente usato da quel partito come tratto identitario. Malgrado i moniti del Presidente della Repubblica e dello stesso Ministro dell'istruzione, il Sindaco si era rifiutato di rimuovere il sole alpino, ritenuto dalle alte cariche simbolo di partito e non di identità regionale o etnica. Sulla base di un ricorso di associazioni della società civile è intervenuto il pronunciamento del giudice che ha ordinato la rimozione, si spera, con spese a carico del sindaco e non dell'erario pubblico.

<sup>28</sup> F. Mancini, *L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli Stati membri*, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2004, p. 259 ss.

<sup>29</sup> Da tempo si discute se l'originaria mancanza di competenze dell'Europa sulle materie e sulle questioni sociali derivi da una sorta di divisione del lavoro con gli Stati nazionali (all'Europa le competenze funzionali alla integrazione dei mercati; agli Stati la salvaguardia e il rafforzamento dei sistemi di welfare) o se si tratta di una scelta ispirata, sin dall'origine ad una visione e ad una ideologia mercantile dell'Europa. Sul punto S. Giubboni, *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo*, in C. Pinelli – T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, il Mulino, 2010.

I giuslavoristi italiani per esempio – che scontano più di altri, la caratterizzazione laburistica della Carta fondamentale – si trovano da qualche tempo a confrontarsi con la reazione, vera o presunta, che la possibile fusione tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento europeo rischia di produrre, o, secondo alcuni, sta già producendo<sup>30</sup>.

Si tratta, infatti, di ordinamenti i cui nuclei originari si ritengono ispirati a logiche diverse: quella mercantile europea e quella sociale nazionale. Molti mettono in guardia da questa fusione (che la teoria monista implicherebbe) per le ricadute sull'*acquis* costituzionale nazionale. Da cui reazioni in chiave di patriottismo e rivendicazione di identità costituzionale, razionalizzate giuridicamente attraverso la riproposizione della teoria dei controlimiti nella sua versione assoluta: il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, estrapolato dalla norma interna, è considerato come un controlimite immanente, *a priori* e inviolabile rispetto a qualunque operazione di integrazione e di bilanciamento esterno<sup>31</sup>. Qualcuno potrebbe obiettare di essere in buona compagnia in questo ritorno al patriottismo costituzionale: oltre alla Corte costituzionale tedesca, specie dopo la sua disarmante sentenza sul trattato di Lisbona, anche la dottrina costituzionalista più socialmente orientata<sup>32</sup>.

Non si vuol negare che il problema dell'impatto tra i due nuclei – quello nazionale e quello sopranazionale – esista; e il fatto che oggi lo si ponga più di prima (soprattutto dopo *Laval*<sup>33</sup>), significa che si è arrivati ad un punto cruciale del processo di integrazione, superato il quale il processo acquisterebbe davvero i tratti dell'irreversibilità. È un problema che riguarda i giuslavoristi ma ancor più la dottrina costituzionalista europea nella misura in cui si tratta di valutare l'influenza, diretta o indiretta, di un ordinamento che segue percorsi propri e peculiari di costituzionalizzazione, sulle infrastrutture basilari dello stato sociale di diritto per come si è assestato nell'esperienza storica nazionale, con il contributo di molti soggetti: giurisprudenza teorica, orientamenti della corte costituzionale, attori politici e sociali, ecc.

Si tratta, infatti, di considerare, in primo luogo, l'impatto del processo di costituzionalizzazione europeo sui diritti sociali nella loro poliedrica conformazione positiva e nella loro complessa e diuturna sistemazione teorica che si rispecchia nel modello nazionale di stato sociale di diritto<sup>34</sup>.

Da qui la indispensabilità di una riflessione teorica e giuridica interdisciplinare di respiro medio-lungo, non nevroticamente dispiegata a ridosso di specifici provvedimenti normativi, di *policy*

<sup>30</sup> Si rinvia a B. Caruso, *La integración de los derechos sociales en el espacio social supranacional y nacional; primeras reflexiones sobre los casos "Laval" y "Viking"*, in *Rel. Lab.*, 2008, n. 15-16. p. 29 ss.

<sup>31</sup> Per una riflessione sul tema da parte della dottrina giuscostituzionalista italiana si rinvia per tutti a D. Butturini, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento costituzionale italiano ed europeo*, ESI, Napoli, 2009.

<sup>32</sup> Il riferimento è alla sentenza del *Bundesverfassungsgericht (BVerfG)* del 30 giugno 2009 sulla conformità del Trattato di Lisbona alla Carta costituzionale tedesca su cui, *ex aliis*, cfr. M. Poiàres Maduro - G. Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2009, n. 3, p. 503; S. Cassese, *L'Unione Europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, n. 9, p. 1003; R. Caponi, *Dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona*, in *Il Foro Italiano*, 2010, n. 5, IV, p. 277. Per una riflessione teorica sul tema si rinvia per tutti ai contributi contenuti nel volume *Il costituzionalismo asimmetrico dell'Unione*, a cura di A. Cantaro, Giappichelli, Torino, 2010.

<sup>33</sup> Sentenza CGCE, 18 dicembre 2007, C- 341/05, *Laval*.

<sup>34</sup> Per una riflessione sulla ripresa del dibattito sulla basilare questione del contenuto e della giustiziabilità dei diritti sociali, su cui si sono confrontati grandi filosofi e giuristi (da ricordare per tutti Bobbio o Habermas) si rinvia al saggio riepilogativo di M. L. Serrano, *Sul carattere fondamentale dei diritti sociali*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 70/2009*; per una analisi della giustiziabilità, nella dimensione internazionale, dei diritti sociali si rinvia a D.P.L. Chong, *Five Challenges to Legalizing Economic and Social Rights*, in *Hum. Rights Rev.*, 10, 2009, pp. 183-204. Per il contesto teorico e politico generale su cui si innesta il dibattito sui diritti sociali, si rinvia al saggio di T. Judt, *What Is Living and What Is Dead in Social Democracy?*, in *The New York Review of Books*, 2009, <http://www.nybooks.com/articles/archives/2009/dec/17/what-is-living-and-what-is-dead-in-social-democrac/?page=1>

limitate o settoriali o di singole pronunce giudiziarie dei giudici domestici ed europei. Una ricerca che vuole essere distesa perché intende confrontarsi con le tendenze, magari più riposte e profonde e quindi meno facili da cogliere e interpretare nell'immediato.

## 2. Il dibattito post Lisbona.

È inutile negare che chi crede all'integrazione europea e si pone nell'ottica della ricerca degli strumenti giuridici e politici in grado di realizzarla, tenendo conto della sua specificità multilivello, oggi, è costretto a muoversi con un entusiasmo minore di quel che sarebbe accaduto qualche anno fa nel pieno del clima della Convenzione europea che sboccò nel Trattato costituzionale del 2004, poi abortito. Una parte della dottrina costituzionalista italiana ma non solo<sup>35</sup>, non esita a definire l'attuale fase come quella della crisi del costituzionalismo europeo.

La crisi, sinteticamente, viene ritenuta non solo contingentemente legata allo sfavorevole ciclo economico internazionale; da cui processi di de-globalizzazione che genererebbero rigurgiti nazionalistici nel segno del "si salvi chi può". Si tratterebbe, invece, di una crisi più profonda; ne discenderebbe la sostituzione della filosofia costituzionalistica dell'integrazione europea, con una filosofia neo funzionalistica, basata sull'integrazione asimmetrica (le cooperazioni rafforzate) di cui il trattato di Lisbona sarebbe espressione normativa saliente<sup>36</sup>.

Di più. Secondo questa lettura, il tarlo che rode la crisi della filosofia costituzionalistica della integrazione sarebbe ancora più strutturale, celandosi addirittura, non tra le pieghe del Trattato di Lisbona epurato dai simboli costituzionali e non solo; ma dietro il documento più rappresentativo di tale filosofia, quello più gettonato e utilizzato in chiave di integrazione costituzionale dagli euroottimisti: la carta di Nizza e il catalogo di diritti fondamentali ivi contenuto.

Secondo tale lettura critica o pessimista (non è mai chiaro l'atteggiamento di fondo nella elaborazione culturale della sinistra giuridica), la Carta di Nizza, a prescindere dal suo *status* giuridico, non ristabilisce, nel panorama europeo, alcun equilibrio a favore dei diritti: essa si inserisce in un contesto normativo in cui le libertà economiche erano e restano pre-dominanti<sup>37</sup>.

Secondo alcuni, la Carta di Nizza, addirittura, al di là della sua intrinseca debolezza in virtù dei protocolli di esclusione e delle clausole orizzontali, confermerebbe la centralità dei diritti economici nel sistema europeo in ragione della tecnica di formulazione per alcuni diritti sociali e per l'omissione del riferimento ad altri (per esempio il diritto al lavoro o alla retribuzione sufficiente o al principio di eguaglianza sostanziale).

La mortificazione nella Carta dei diritti sociali fondamentali, sarebbe peraltro ulteriormente veicolata dall'affidamento alla politica della sua fase di attuazione. Si fa riferimento al gioco delle competenze e ai relativi limiti che la stessa Carta si dà, oltre che ai vincoli per i giudici della sua stessa interpretazione. La distinzione, infine, tra diritti e principi contribuirebbe al processo di patrimonializzazione dei diritti che sarebbe un segno distintivo del trattamento dei diritti sociali nella Carta di Nizza rispetto alle principali costituzioni europee continentali.

---

<sup>35</sup> Si rinvia a Gonzalo Mestro Buelga, *La crisi della integrazione: economica e costituzionale*, in *Il Costituzionalismo asimmetrico*, in A. Cantaro (a cura di) op. cit.

<sup>36</sup> A. Cantaro, *Le "filosofie" dell'integrazione sovranazionale*, in A. Cantaro (a cura di) op. cit.

<sup>37</sup> 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*, Cacucci, Bari, 2009. R. Palladino, *L'"autonomia" del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2010, p. 149 ss. P. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado . . . But About What?*, in *Ind. Law. Journ.*, 37, 3, 2008, p. 219 ss.

La Carta, dunque, anche nel regime di efficacia di diritto primario dell'UE ora sancito dall'art. 6 del TUE, non salverebbe la Costituzione europea dal suo vizio o peccato originale: cioè la mancanza di una gerarchia di principi e valori, in particolare tra diritti sociali e libertà economiche, con il risultato che verrebbero legittimate quelle interpretazioni della Corte di giustizia (*Laval*, *Viking*, *Ruffert*, *Commissione contro Lussemburgo*<sup>38</sup>) in cui sono i diritti sociali (di sciopero e contrattazione collettiva) ad essere interpretati a partire dalle libertà economiche, e non viceversa<sup>39</sup>. La mancanza di una gerarchizzazione dei diritti nella costituzione materiale dell'Unione, avrebbe come risultato che la disciplina del rapporto "tra diritto e suo limite" venga, alla fine, demandata alla legislazione e alla giurisprudenza europee, le quali finirebbero per disporre del potere di ricostruire gli stessi contenuti essenziali dei diritti, con una evidente torsione (in negativo) del modello costituzionale classico.

Tale mancanza di relazione gerarchica tra principi e valori costituzionali, sancita dalla chiara intenzione di porre sullo stesso piano i diversi diritti (civili, politici, sociali ed economici) in ragione della indivisibilità dei valori della dignità, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, ne determinerebbe la asimmetria di fatto, con conseguente prevalenza non tanto dei diritti fondamentali di libertà (di riunione, di manifestazione del pensiero) di matrice liberale, quanto dei diritti fondamentali di autonomia (di natura economica) di matrice liberista, per riprendere la distinzione di Ferrajoli<sup>40</sup>.

La costruzione multilivello dell'ordinamento europeo, infine, con il suo approdo ad una visione costituzionale composita, materiale e a-gerarchica, fallirebbe proprio per la sua intrinseca contraddizione consistente nel non essere intrinsecamente in grado di ancorare il suo monismo concettuale e ordinamentale ad un grumo di diritti fondamentali di natura sociale e personalisti collocati in posizione di centralità e preminenza gerarchica.

### 3. Crisi dell'integrazione costituzionale e diritti sociali collettivi.

Tale visione critica nei confronti del dispiegarsi del modello sociale europeo, nella sua dimensione giuridico costituzionale e non solo politica, ha trovato ampia eco anche tra i giuslavoristi e si è rafforzata a ridosso dei casi giudiziari prima citati. La critica radicale alle decisioni della Corte non ha investito soltanto la cattiva tecnica di bilanciamento utilizzata: tra diritti sociali e libertà di circolazione dei servizi chi limita cosa? Sono i diritti che possono essere eccezionalmente limitati dall'esercizio delle libertà? O sono le libertà che si dispiegano finché non impattano i limiti di ordine pubblico costituiti anche dai diritti?

La critica ha, invece, coinvolto la stessa tecnica di bilanciamento, con i suoi corollari: il principio di ragionevolezza, proporzionalità e necessità. Il fatto che in Europa la assolutezza e la immunità dei diritti sociali collettivi (diritto di sciopero e di azione collettiva) possa essere contaminata dal raffronto con le libertà economiche, mediante la tecnica del bilanciamento, ne determinerebbe, secondo questa tesi, l'oggettivo degrado sub specie di funzionalizzazione e di sindacato giudiziario sulla liceità dei fini e dei comportamenti degli attori collettivi. Uno scandalo concettuale,

---

<sup>38</sup> Si tratta delle sentenze della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, *Laval*, cit.; dell'11 dicembre 2007, C- 438/05, *Viking*; del 3 aprile 2008, C-346/06, *Ruffert* e del 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*.

<sup>39</sup> A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 1, 2010, p. 45 ss.

<sup>40</sup> L. Ferrajoli, *Per un costituzionalismo di diritto privato*, in *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 22, 1, 2004, p. 11 ss.

ovviamente, per chi si è formato sulla lettura immunitaria dei primi commi degli arti 39 e 40 della Cost. soprattutto nella fase post statuto dei lavoratori<sup>41</sup>.

Tale prognosi non sarebbe, peraltro, attenuata dal cambiamento di fondamento giuridico dei diritti sociali sanciti dalla Carta e dal Trattato. La Corte di giustizia, è l'inappellabile sentenza dei critici, non solo italiani in verità, ha già operato con l'accetta e non solo con i bisturi sulla assolutezza nazionalistica dei diritti sociali, avendo già scontato e metabolizzato l'entrata in vigore della Carta di Nizza. L'applicazione della Carta – equiparata ai Trattati – non produrrà, secondo questa tesi, effetti differenti di quelli recessivi che ha prodotto, sui giudici e grazie ai giudici, quando ancora non aveva natura ed efficacia giuridica certa.

A riprova, i critici adducono le motivazioni delle sentenze citate in cui le operazioni di asporto chirurgico dei tratti di assolutezza delle tradizioni costituzionali nazionali sui diritti sociali collettivi sarebbero avvenute nel dichiarato riconoscimento, da parte della Corte di giustizia, della efficacia giuridica "come se" di tali diritti presenti nella Carta di Nizza. *Last but not least*, gli sviluppi interni del caso Laval sarebbero il frutto avvelenato della integrazione europea sulle relazioni industriali svedesi e sull'autonomia di quel sindacato, notoriamente fedele al credo volontarista e immunitario.

Come è noto, il giudice svedese, in ottemperanza alla sentenza della Corte di giustizia – con alcune sorprendenti forzature tecniche, sicuramente non dettate dalla sentenza – ha condannato il sindacato svedese ad un pesante risarcimento del danno ma non nei confronti dell'impresa Baltic, per altro nel frattempo fallita, ma a favore dello Stato svedese, a titolo di danno punitivo in funzione di deterrenza<sup>42</sup>. E ciò non per responsabilità da violazione dell'art. 56 del Trattato – ex 49 TCE – sulla libertà di prestazione di servizi, ritenuto orizzontalmente efficace, ma per violazione dell'obbligo interno di rispetto della clausola di pace sindacale, essendo venuta meno, in ragione della sentenza della Corte di giustizia, la legge (legge Britannia) che eccezionalmente legittimava, nell'ordinamento interno, lo sciopero all'origine della causa europea.

Altrettanto dirompente effetto del caso Laval sarebbe la ricaduta legislativa sulla regolazione del sistema sindacale svedese in ottemperanza alla sentenza della Corte di giustizia: la c.d. legge *Laval* è entrata in vigore in Svezia per adeguare il sistema ai *dicta* dell'omonima sentenza, con riguardo a modalità e principi di tutela dei lavoratori distaccati. Si trattava di una proposta di legge fortemente avversata dal sindacato e dal partito socialdemocratico, per le scarse tutele apprestate ai lavoratori distaccati anche in termini di parità di trattamento con i lavoratori svedesi, e per i vincoli all'azione collettiva che essa impone. La legge è entrata in vigore, nel suo tenore originario e non con le proposte emendative del sindacato e del partito socialdemocratico, in virtù della sconfitta elettorale di tale partito nel frattempo intervenuta; dunque per un evento politico interno.

#### 4. La specificità della carta e dell'ordinamento europeo.

Questo, in sintesi, il catalogo delle critiche generali, e con riferimento particolare ai diritti sociali di matrice collettiva, alla integrazione europea: alla sua stessa idea ormai, non soltanto al modello

---

<sup>41</sup> Oltre agli autori citati alle note 12 e 14 adde U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 2, 2008, p. 271 ss.

<sup>42</sup> Si rinvia al saggio di E. Saccà, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 86/2010 e ivi gli ampi richiami alla letteratura svedese sul caso.



e alle politiche che ne scaturiscono. Sul piano della dottrina costituzionale l'effetto è, come ho accennato prima, una ripresa della teoria dei controlimiti nella sua versione assoluta.

Da cui la rivendicazione, da parte dei critici dell'integrazione, di una nuova stagione di patriottismo costituzionale o più genericamente di un cambio di passo politico dello stesso processo di integrazione (non è dato mai capire quale istituzione dovrebbe farlo: la commissione, il PE, i governi e i parlamenti nazionali, il *demos* europeo).

Non è intenzione di questo articolo esporre il controcanto puntuale a queste critiche. La costruzione europea è certamente, e fortunatamente, una idea concettualmente contesa e contendibile. L'unica cosa che probabilmente non è legittimo fare, sul piano della analisi di politica del diritto, è scaricare sull'UE il peso di una crisi – di valori, di concezioni della giustizia sociale, di prospettiva – che attraversa, da un punto all'altro dell'Europa, i movimenti politici e sindacali di ispirazione socialdemocratica anche all'interno dei confini nazionali.

Si vogliono soltanto richiamare alcune questioni di fondo, alcune teoriche altre più strettamente regolative (si trascurerà volutamente la variabile delle politiche legislative) che costituiscono nell'insieme la mappa ancora grezza all'interno della quale muoversi per una attività di ricerca che voglia orientarsi seguendo dei precisi punti di riferimento.

Il primo punto di riferimento che vale la pena approfondire non riguarda specificamente la scienza giuslavoristica, ma ad esso non ci si può sottrarre. Si è convinti, in buona compagnia di studiosi di diritto europeo della prima ora e di prestigiosi costituzionalisti, che la marcia dei diritti fondamentali in Europa, che è stata già lunga, lo sarà ancora e soprattutto non seguirà la *path dependance* del costituzionalismo classico nazionale. Non ci può essere errore più grave, metodologicamente parlando, di quello commesso da chi, per conoscere il diritto europeo e valutarne la sua valenza costituzionale, non si ponga all'interno della sua ottica e cerchi, invece, di decifrarlo attraverso schemi concettuali che portano impressi i segni della tradizione statalistica; per quel che riguarda, in particolare, i giuslavoristi, della narrazione nazionale dei diritti sociali collettivi<sup>43</sup>.

La recente sentenza della Corte di Giustizia europea – Commissione contro Repubblica di Germania del luglio di quest'anno<sup>44</sup> –, ne è un esempio significativo. In questa sentenza la Corte afferma che neppure l'esercizio del diritto di contrattazione collettiva, pur riconosciuto come diritto fondamentale dell'ordinamento europeo, possa arrivare a prevedere forme di aggiudicazione di contratti di servizio a soggetti privati, fuori dalle procedure di pubblico incanto e senza il rispetto del principio di concorrenza. Tale posizione suona ovviamente ostica al giurista del lavoro italiano, socialmente orientato, disposto a concedere tutto e di più al metodo contrattuale collettivo.

Essa non potrebbe essere compresa e andrebbe avversata se non ci si ponesse, più correttamente, all'interno della logica di un ordinamento diverso, coesistente e integrato, ma non in conflitto, con quello statuale e con i suoi principi. Si può ricordare a questo proposito che la Carta di Nizza non crea nuovi diritti sociali, se non in misura molto limitata: essa sancisce a livello costituzionale, per

---

<sup>43</sup> R. Monaco, *Diritto delle Comunità europee e diritto interno*, Milano, Giuffrè, 1967, 228; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona* (tanto tuonò che piovve), WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 81/2010, p. 20

<sup>44</sup> Corte di giustizia, 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*.

quanto concerne i diritti sociali, esplicitamente il divieto del recesso acausale<sup>45</sup>. La Carta, in genere, riconosce diritti già esistenti e li afferma in una nuova dimensione spaziale che non è il semplice allargamento del confine nazionale; essa non ha valore additivo, come alcuni si erano forse illusi all'inizio, ma, per questo profilo, ricognitivo all'interno di una dimensione spaziale che rinnova i diritti per il fatto stesso di questa nuova proiezione.

Il suo valore aggiunto si colloca, infatti, proprio nella interconnessione sempre più stretta ed integrata, ma non gerarchicamente posizionata, con almeno altri due sistemi: quello delle tradizioni costituzionali nazionali che compongono lo stesso ordinamento europeo (quindi interno) e quello della Convenzione Europea dei diritti dell'Uomo, sino a ieri esterno ed ora connesso giuridicamente in virtù del processo di adesione appena iniziato. Il suo valore aggiunto, dunque, si colloca nella inevitabile lievitazione sopranazionale – che la Carta reca con sé – delle strategie di tutela giudiziaria effettiva dei diritti fondamentali, ben al di là delle impotenti dichiarazioni presenti nelle varie Carte internazionali e nella pochezza degli strumenti attuativi di cui esse dispongono.

Ciò determina almeno tre parametri diversi e coesistenti nella definizione del contenuto dei diritti fondamentali in Europa in ragione di tre diversi sistemi:

- a) quello della CEDU;
- b) quello dei principi generali e dei diritti fondamentali dell'Unione, dichiarati dalla Carta e interpretati dalla giurisprudenza;
- c) quello dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione statale.

Su questi tre sistemi è riconosciuto il presidio giurisdizionale delle rispettive Corti, il cui dialogo, nella fase attuale, non potrà che essere improntato al criterio empirico della migliore tutela possibile alle condizioni date, proprio perché nessuna delle norme contenute nei tre sistemi può trovare aprioristica applicazione a preferenza di un'altra che assicuri una tutela maggiore, in quanto collocata su una base formale di prevalenza gerarchica. Gli unici e generici criteri di raccordo che devono ancora essere adeguatamente sondati dalla giurisprudenza (la dottrina costituzionalista ha iniziato a farlo) sono quelli contenuti nei §§ 3 e 4 dell'art. 52 della Carta che prevedono rispettivamente criteri di raccordo tra la Carta e la CEDU, e la Carta e le costituzioni nazionali.

Sarebbe a tale proposito interessante incrociare, in ragione del disposto di raccordo previsto dall'art. 52, la recente giurisprudenza della Corte dei diritti dell'uomo sulla libertà di associazione sindacale riconosciuta dall'art. 11<sup>46</sup> con la giurisprudenza della Corte di giustizia sull'art. 28 della Carta di Nizza. Ciò per esplorare gli intrecci attuali e prevedere, o indicare, future possibili interferenze nel dialogo delle due Corti sovranazionali sul diritto di associazione e azione sindacale. In questa sede ci si deve limitare a rimarcare che la complessità sistemica nell'attuazione multilivello dei diritti fondamentali non deve mai essere dimenticata e produce delusione solo in chi approccia l'ordinamento europeo con la semplificazione della concezione

---

<sup>45</sup> L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 7, 2, 2008, p. 121 ss.

<sup>46</sup> La CEDU ha valorizzato in due cause contro la Turchia l'articolo 11 della Convenzione sostenendo che può essere usato come base giuridica per la protezione del diritto di negoziazione collettiva e di azione. Si tratta delle sentenze *Demir et Baykara v. Turkey* del 12 novembre 2008 ed *Enerji Yapi – Yol Sen v. Turkey* del 21 aprile 2009. Si rinvia a K. D., EWING, QC, J., HENDY *The dramatic implications of Demir and Baykara*, in *Industrial Law Journal*, 39, 2010, pp.2-51. Si veda pure G. Fontana, *La Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2, 2010, p. 97 ss.

additiva: una istanza di tutela che si aggiunge meccanicamente alla piattaforma dei diritti contenuti nella Costituzione nazionale.

Detto questo, tuttavia, e per venire a questioni di diritto nazionale non desta alcuna meraviglia se qualche giudice domestico sanziona (come recentemente ha fatto il Tribunale di Siena in Italia<sup>47</sup>) una pubblica amministrazione italiana che ha abusato del contratto a termine, con la stabilizzazione del lavoratore e non semplicemente con il risarcimento del danno. Ciò rientra nella normale dialettica del controllo del diritto interno alla luce delle norme e dei principi del diritto europeo. Così come non desterebbe alcuna meraviglia se le norme della recente riforma approvata in Italia<sup>48</sup>, che rendono più complicata l'azione in giudizio dei lavoratori con contratto a termine illegittimo, fossero sottoposte alla interpretazione adeguatrice della Corte di giustizia per violazione di principi generali dell'Unione e se si arrivasse alla loro disapplicazione o non applicazione. È sufficiente, nella specie, far riferimento alla lesione del principio di parità di trattamento e al diritto ad un ricorso effettivo previsto dall'art. 47 della Carta dei diritti, o di specifiche disposizioni di diritto derivato dell'UE.

A questo proposito occorre domandarsi fin dove può spingersi la competenza della Corte di giustizia a sindacare gli atti dello Stato membro in nome del rispetto dei diritti fondamentali previsti dalla Carta, alcuni dei quali sono veicolati anche dai principi generali dell'Unione. Il problema cioè di come verrà interpretato l'art. 51 della Carta. Sono ancora basilari le osservazioni dell'avvocato Poiras Maduro sul caso Centro del 2007<sup>49</sup>. Pare condivisibile la posizione secondo la quale la tutela di un codice comune dei diritti fondamentali costituisce un requisito esistenziale dell'ordinamento europeo: tutelandone il rispetto anche in capo agli Stati membri, la Corte attua i principi generali dell'Unione.

Ne deriva che se la Corte non ha ancora la competenza ad esaminare qualsiasi provvedimento nazionale alla luce dei diritti fondamentali, sicuramente ha la competenza ad accertare se gli Stati membri garantiscono il livello di tutela dei diritti fondamentali loro richiesto in quanto membri dell'Unione: tale controllo è necessario per garantire l'adeguato funzionamento dell'ordinamento giuridico europeo e l'effettivo esercizio del complesso dei diritti conferiti ai cittadini europei. Pare che tutto ciò sia coerente con la posizione assunta di recente dalla Commissione Europea.

Nella sua recente comunicazione sulla effettiva attuazione della Carta dei diritti fondamentali<sup>50</sup>, la Commissione individua precise strategie di controllo preventivo e successivo di rispetto dei diritti fondamentali da parte degli Stati, anche mediante l'avvio di procedure di infrazione. E ciò sia quando essi applicano direttamente il diritto dell'Unione, ma anche quando applichino un diritto

<sup>47</sup> Si tratta della recente sentenza del Tribunale di Siena del 13 dicembre 2010 in cui il giudice ha disapplicato l'art. 36, riconoscendo la possibilità della conversione anche nel settore pubblico.

In occasione di ormai celebri pronunce, la Corte di giustizia si è espressa sulla compatibilità dell'art. 36 del d.lgs. 165/2001 con il diritto dell'UE, con riferimento in particolare ai profili della differenza di trattamento tra settore pubblico e privato prevista in presenza della medesima violazione legislativa e della adeguatezza della sanzione. Il riferimento è alle sentenze Corte Giust., 4 luglio 2006, Causa C-212/04 *Adelener*; Corte Giust., 7 settembre 2006, Causa C-53/04 *Marrosu e Sardino*; Giust., 7 settembre 2006, Causa C-180/04 *Vassallo*.

<sup>48</sup> Il riferimento è all'art. 32 della legge del 4 novembre 2010, n. 183 (c.d. collegato lavoro). Tale disposizione prevede un tempo di 60 giorni dalla data di scadenza del contratto per l'impugnazione del licenziamento.

<sup>49</sup> Si vedano le conclusioni dell'Avvocato generale Maduro nella causa C-380/05, *Centro Europa 7 Srl c. Ministero delle Comunicazioni e Autorità per le Garanzie nelle Comunicazioni e Direzione Generale Autorizzazioni e Concessioni Ministero delle Comunicazioni*, presentate il 2 settembre del 2007. Per un commento, si rinvia a M. Azpitarte, *Il ruolo dei diritti fondamentali nel processo di formazione del diritto costituzionale comune europeo*, in A. Vespaziani, *Diritti fondamentali europei*, Giappichelli, Torino, 2009.

<sup>50</sup> European Commission, *Strategy for the effective implementation of the Charter of Fundamental Rights by the European Union*, Brussels, 19.10.2010 COM(2010) 573 final.

interno connesso al diritto dell'Unione, persino nel caso in cui un giudice domestico applichi o interpreti il diritto dell'Unione in un modo contrario ai diritti fondamentali.

Come si vede l'ambito della ricerca europea sulla integrazione costituzionale dei sistemi europei e sulla costruzione sovranazionale di una piattaforma comune di diritti sociali fondamentali, è quanto mai vasto e include prospettive anche di ampio respiro teorico che impongono il confronto interdisciplinare. Alcune di queste prospettive non possono neppure essere sfiorate ma sono oggetto del percorso di ricerca intrapresa. Si pensi, solo per citarne una, alla diversa calibratura tra tutela della dignità come ispirazione personalistica e principio di solidarietà veicolata dai gruppi collettivi, presenti nella Carta europea e nella Costituzione nazionale, che potrebbe aiutare a spiegare i diversi percorsi intrapresi dalla Corte di giustizia e dalle Corti costituzionali sui diritti sociali collettivi; percorsi, probabilmente, destinati progressivamente ad integrarsi e non a confliggere<sup>51</sup>. Anche in tal caso ci sarebbe molto da dire per capire meglio del processo di integrazione e non solo per obiettare ai critici. Contro chi sostiene la crisi della sua stessa idea, si è ancora convinti che l'Europa e le sue istituzioni siano in grado di generare speranze e non paure, per i giovani studiosi che con tali temi vogliono cimentarsi.

---

<sup>51</sup> Si rinvia alle riflessioni di N. Lipari, *Persona e mercato*, in Rivista trim. di dir. e proc. civ., 25, 2010, p. 755 ss.

## *Happy birthday; il primo anno di “obbligatorietà” della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*

Giuseppe Bronzini

*"È un giudice della Corte Suprema. Ha scritto la Roe contro Wade. Lo so, -disse Patty. Mia madre gli ha praticamente eretto un altare e brucia incenso in suo onore".*

Jonathan Franzen, *Libertà*, Einaudi 2011 pag.95.

1. Premessa: dal “Progetto Carta” alla Carta in action. 19
2. Le linee di penetrazione della Carta dei diritti nella giurisprudenza della Corte di giustizia: uno sguardo d’insieme. 23
3. I “paletti” della Corte: la valorizzazione della Carta senza la sovversione dei Trattati. 26
4. La Carta oltre le competenze dell’Unione e l’art. 6 TUE: una via giudiziaria al federalismo? 32

## 1. Premessa: dal “Progetto Carta” alla Carta in action.

In una graffiante, recente, requisitoria contro la retorica europea dei diritti Joseph H. H. Weiler la individua come “una maschera per celare quello che è il vero e proprio deficit del potere politico degli individui nella democrazia europea. *Ius et circenses* potrebbe essere il motto più appropriato per il nuovo millennio europeo: asfissiateli di diritti – che sono ciò di cui non hanno davvero bisogno – e così li terrete a bada”<sup>(52)</sup>. Questo contributo non è mirato a confutare direttamente le tesi di Weiler che, da un punto di vista più profondo, lamenta da tempo anche la cultura individualista, spoliticizzante ed alla fine cinica veicolata attraverso il privilegio, anche simbolico, conferito nel processo di integrazione al soggetto come portatore di diritti fondamentali, ma un primo bilancio dell’intensificazione della tutela giudiziaria di fonte sovranazionale voluta con il *Lisbon Treaty*, può aiutarci a capire se si tratti di un fenomeno secondario ed alla fine trascurabile e, soprattutto, se i temi della coesione e della solidarietà ne risultino, concretamente, rafforzati, anche nella loro naturale connessione con la nozione di cittadinanza europea.

Per valutare, sia pure *prima facie* e con un sintetico sguardo d’insieme, quel che è accaduto nel primo anno di applicazione della Carta di Nizza<sup>(53)</sup>, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona con la nuova formulazione dell’art. 6 TUE che ha reso la Carta “vincolante” ed ha attribuito ai diritti ivi previsti lo stesso *legal value* delle norme dei Trattati e per cercare di anticipare quali potrebbero essere gli sviluppi ragionevoli di tale giurisprudenza nel medio periodo, non è sufficiente una semplice rassegna obiettiva dei casi decisi dalla Corte con richiami, più o meno determinanti, alla Carta. Occorre, necessariamente, in qualche modo ricostruire la *mission* attribuita al Testo, sin dalla sua iniziale elaborazione, le speranze riposte nella codificazione dei diritti fondamentali appartenenti ai cittadini europei, e confrontarle con il presente, con quelle linee di approfondimento della tutela via *Bill of rights* europeo che già emergono dalle aule del Lussemburgo.

Premetto, però, che il mero dato statistico ci avverte che sembra essersi realizzata una forte discontinuità con la “preistoria” della Carta (i nove anni di applicazione prima dell’1 dicembre del 2009, quale atto di *soft law* dotato di efficacia “anticipata” come ha scritto Peter Häberle) e che effettivamente siamo entrati a piene mani nella sua “storia”. Il ritmo delle *quotations* è inequivoco: riassumendo, nessuna sentenza dal 7 dicembre del 2000 sino al 27 giugno del 2006 (sentenza sui ricongiungimenti familiari), poi 16 sentenze<sup>(54)</sup> dal 27 giugno del 2006 al 1 dicembre del 2009, 28 dal 1 dicembre del 2009 a fine 2010<sup>(55)</sup>; ad oggi si è ampiamente superato la trentina, cui si

<sup>52</sup> J. H.H. Weiler, *Individui e diritti: l’uva acerba*, in Quaderni costituzionali n. 3/2010, pag. 610.

<sup>53</sup> Una prima a valutazione in R. Mastroianni, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *Diritto pubblico europeo e comparato*, n. IV/2010, editoriale pag. XX1 ss. Nel beve intervento, anche alla luce dell’ordinanza del 1.10.2010 *Affatato* e della sentenza del 22.12.2012 *Sayn Wittgestein*, si suggerisce che la nuova disposizione di cui all’art. 4, n. 2 TUE, in entrambe richiamata, possa indurre uno scrutinio da parte della stessa Corte sul rilievo costituzionale interno della questione esaminata, si da tranquillizzare le stesse Corti costituzionali.

<sup>54</sup> Almeno il sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), che monitora dal 2006 in via sistematica il richiamo alla Carta nella giurisprudenza delle Corti europee ed in quella di alcuni paesi membri, ne ha contate 16. Le sentenze sono classificate nel sito secondo i diritti protetti dal testo di Nizza e si trovano con la data di pubblicazione rispettivamente o nel *banner* di ricerca “giurisprudenza europea” o in quello “giurisprudenza nazionale”.

<sup>55</sup> Verranno qui esaminate tutte le sentenze del 2010 che richiamano la Carta (ben 4 del 22.12.2010) ed anche la decisione del 1.3.2011 C-236/09, *Association belge des Consummateurs Test-Achats ASBL* che è forse la più importante di tutte per le ragioni che diremo. L’elenco è il seguente: la sentenza del 10.12.2009 (C-323/08), *Ovidio Rodriguez Mayor* (art.30); la sentenza del 23.12.2009 (C-403/09), *Detiček*, (art. 24); sentenza 19.1.2010 (C-555/07), *Kücüdvenci* (art. art. 21); sentenza 2.3.2010 (C-175/08, C-176/08, C-178/08, C-179/08), *Abdulla* (art. 18); sentenza 4.3.2010(C-578/08), *Chakroun* (art. 7); sentenza 18.3.2010 (C-317/08, C-318/08, C-319/08, C-320/08), *Allassini* (art. 47); sentenza 1.7.2010 (C-407/08), *Knauf Gips KG* (artt. 47 e 52); sentenza 1.7.2010 (C-211/2010 PPU), *Povse* (art. 24); sentenza del 15.7.2010 (C-271/08), *Commissione/Germania* (art. 28); sentenza 8.11.2010 (C-409/06), *Winner Wetten GmbH*

aggiungono numerosissime altre decisioni del Tribunale di primo grado ed innumerevoli conclusioni degli Avvocati generali, anche su temi molto sensibili per l'opinione pubblica continentale come i reati contro i diritti della personalità commessi su Internet, la brevettabilità degli embrioni umani ed anche la delicata questione della retroattività della legge civile <sup>(56)</sup>.

Non è cessata peraltro l'utilizzazione della Carta da parte della Corte di Strasburgo; l'art. 9 è stato tenuto bene a mente nella sentenza del 24 giugno del 2010 *Schalk e Kopf c. Austria* sul diritto al matrimonio di una coppia *gay*, sentenza attentamente motivata e molto equilibrata, anche sotto il profilo del rispetto della "vita familiare", cui è stata per la prima volta ricondotta una unione tra persone dello stesso sesso, mentre la questione è stata archiviata (nonostante le puntuali ordinanze dei giudici di merito che si erano appellati alle fonti internazionali, alla Carta dei diritti Ue ed alla giurisprudenza delle Corti europee) con una certa superficialità dalla nostra Corte nella sentenza n. 138/2010 <sup>(57)</sup>, che si è astenuta persino dal tanto atteso "monito solenne" al legislatore ad intervenire in una materia lasciata all'anomia gravemente discriminatoria nei fatti per le coppie non di tipo tradizionale. Nell'arresto della Corte dei diritti dell'uomo non si è smentito quanto già sostenuto nella storica *Goodwin* del 2002, ma si è tenuto presente che l'Austria aveva appena introdotto una normativa molto avanzata sulle unioni di fatto e che le situazioni affrontate nelle due sentenze erano dissimili (coppia nella quale un soggetto è transessuale e unione *gay*), sì che la stessa sentenza contro l'Austria costituisce un precedente che mette in mora l'Italia che non ha, come detto, alcuna disposizione *ad hoc* per proteggere la "vita familiare" della coppie *gay*.

La Corte dei diritti dell'uomo ha poi richiamato l'autorevolezza del Testo di Nizza con la sentenza del 21 gennaio 2011, *M.S.S. c. Belgio e Grecia* nel censurare (indirettamente) l'ordinamento Ue con riguardo al cosiddetto "sistema Dublino" sul diritto di asilo, almeno per quel che concerne il terminale greco del sistema, ove il diritto non ha alcuna tutela effettiva. Si è sottolineato come il Trattato di Lisbona abbia comportato il crescente impegno dell'Unione in questa materia, pur

---

(art. 47); sentenza 14.9.2010 (C-550/07), *Akzo Nobel Chemicals Ltd.* (artt. 20 e 21), sentenza 16.9.2010 (C-149/08), *Chatzi* (artt. 20 e 24); sentenza 5.10.2010 (C-400/10 PPU), *JMcB* (artt. 7 e 24, 51, 52), sentenza 7.10.2010 (C-162/09 *Secretary of State for work and pensions* (art. 45); sentenza del 14.10.2010 (C-243/09), *Fuß* (art. 47); sentenza 11.11.2010 C-232/09), *Danos* (art. 23); sentenza 9.11.2010 (C-57/09, C-101/09), *B. e C.* (art.18); sentenza 9.11.2010 (C-92/09, C-93/09), *Volker and Markus Schecke GbR* (artt. 7,8 e 52); sentenza 23.11.2010 (C-145/09), *Land Laden Wüttemberg* (art.7); sentenza 22.12.2010 (C-279/09), *DEB Deutsche Energiehandels* (artt. 47 e 52); sentenza del 22.12.2010 (C-444/09 e C-456/09), *Rosa Gaviero* (art. 47), sentenza del 22.12.2010 (C-208/09), *Ilonka Sayn Wittgenstein* (artt. 7 e 20); sentenza del 22.12.2010 (C-491/2010), *Joseba Andoni Aguirre Zarraga* (art. 24); sentenza del 1.3.2011 (C-236/09), *Association belge des consommateurs* (art. 21 e 23); sentenza del 17.3.2011 (C-211/09), *Ajd Tuna Ltd.* (art. 47 e 41), sentenza del 17.3.2011 (C-372/09-C-373/09), *Penrrooja*, (art. 47); sentenza del 29.3.2011 (C-352/09), *Thyssen Krupp*, (art. 49.1). Inoltre le sentenze 21.9.2010 (C-514/07, C-528/07), *Suède/Api et Commission* e quella del 29.6.2010 (C-28/08), *Bavarian Lager* affermano che la politica di trasparenza contribuisce a rafforzare i principi di democrazia e di rispetto dei diritti fondamentali sanciti all'art. 6 TUE e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Ue; le sentenze del 21.10.2010 (C-306/09), *I.B.* e del 16.11.2010 (C-261/2009), *Mantello* ricordano che la decisione quadro sul MAE ribadisce il rispetto dei diritti della Carta e la sentenza del 17.6.2010 (C-31/09), *Bolbol* conferma tale rispetto anche per quanto riguarda la direttiva sui rifugiati. La Carta (art.21) è stata anche richiamata nella "svogliata" ordinanza dell'11.11.2010

*Vino* (C-20/2010), in materia di contratti a termine affetta da notevoli incomprensioni tra il giudice del rinvio e la Corte.

<sup>56</sup> Rispettivamente: conclusioni dell'A.G. Villalon del 29.3.2011 (C-509/09 e C-161/10), *E Date Avertising GmbH*; conclusioni dell'A.G. Bot del 10.3.2011 (C-34/10), *Büstel*, conclusioni dell'A.G. Bot del 5.4.2011 (C-108/2010), *Scattolon*, quest'ultima sulla *vexata quaestio* italiana relativa al regime giuridico del personale ATA che sembra voler lasciare al giudice di rinvio una certa discrezionalità per verificare la possibile lesione dell'art. 47 della Carta da parte del legislatore italiano, esclusa invece, come noto, non solo dalla Corte di cassazione, ma anche – implicitamente – dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 311/2009, sia pure con riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo sulla retroattività della legge civile. Se la Corte dovesse seguire le indicazioni dell'A.G. si potrebbe determinare il primo, serio e sostanziale, conflitto di orientamenti tra giurisdizione dell'Unione e quella interna italiana.

<sup>57</sup> cfr. L. D'Angelo, *La consulta al legislatore: questo matrimonio "non s'ha da far"*; M. Croce, *Dalla Corte un deciso stop al matrimonio omosessuale*; S. Spinelli, *Il matrimonio non è un'opinione*. Tutti leggibili su [www.forumquadernicostituzionali.it](http://www.forumquadernicostituzionali.it)

sabotato nella prassi da alcuni stati. La spinta della Corte ad “internazionalizzare” la Carta di Nizza, iniziata nel 2002 con la *Goodwin* sino ad arrivare ad esiti molto radicali persino in materia sociale con la *Demir* <sup>(58)</sup> nel 2008, non si è quindi di certo arrestata.

Tornando alla questione prima accennata, parafrasando un celebre saggio del 2001 di Alessandro Pace, vale la pena di rammentare a che cosa si pensava potesse servire la Carta di Nizza? <sup>(59)</sup>. Sono sempre più rari i documenti dell’Unione che restringono tale ruolo al mero aspetto ricognitivo dello stato dell’arte già raggiunto in via giurisprudenziale e codificato nell’art. 6 del Trattato sull’Unione licenziato a Maastricht; la stessa logica della *law in action* nella giurisprudenza multilivello sulla Carta ha ormai dissolto l’idea che si tratti di un’operazione meramente di facciata; il monitoraggio sulla sua concreta implementazione, del resto, è oggetto di una Strategia promossa con forza dalla Commissione che l’ha indicata come baricentro dell’azione dell’UE: “at each stage of law – making in the EU – from the day the European Commission starts preparing its proposals, throughout their amendments in the legislative process and up to the day they enter into force one adopted by the European Parliament and by the Council, and to their implementation by member states” <sup>(60)</sup>.

Vale la pena sul punto di richiamare il documento che è alla base del “progetto Carta”, il cosiddetto Rapporto Simitis, dal nome dell’insigne Presidente della Commissione ristretta che nel 1998 l’ha elaborato per conto delle istituzioni di Bruxelles: la codificazione europea della materia dei *fundamental rights* doveva, per tale documento, assolvere a tre esigenze fondamentali, quella di visibilità dei diritti, di certezza e di legittimazione dell’operato della Corte di giustizia e di equiparazione tra i diritti di diversa generazione con il conferimento di uno *status* primario a quelli di natura economico-sociale (ed anche alla pretese cosiddette di quarta generazione) sino ad allora tutelati in via pretoria secondo una metodologia occasionalistica ed epifenomenica, come si è affermato spesso da costituzionalisti attenti allo statuto dei diritti di *welfare* <sup>(61)</sup>, cioè in vista del raggiungimento degli obiettivi di tipo funzionalistico dell’integrazione europea.

Le prime due esigenze possono essere saldate tra di loro e lette come il tentativo, attraverso la codificazione, di introdurre nel contesto ordinamentale un punto di vista interno di natura costituzionale, legato ad una *higher law*, certamente prodotto delle tradizioni costituzionali, ma filtrate, sublimato e condotto a “sistema” nella complessa opera di “codificazione” della materia. Si tratta del progetto e del disegno che soprattutto le opere di Ingolf Pernice e di Armin von

<sup>58</sup> Su tale sentenza 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 RIDL, n. 4/2009 p. 970 ss.

<sup>59</sup> A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea? Appunti preliminari*, in Giur. cost., 2001, p. 194 ss. L’autore propende per una versione “minimalista” del ruolo della Carta, più che altro come atto ricognitivo dell’esistente che, a distanza di oltre dieci anni dalla sua proclamazione, pur corrispondendo ad alcuni passaggi di Documenti ufficiali dell’Unione, certamente appare datata.

<sup>60</sup> Come si afferma nel primo Report

([http://www.oppic.it/index2.php?option=com\\_docman&task=doc\\_view&gid=310&Itemid=60](http://www.oppic.it/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=310&Itemid=60)) sull’applicazione della Carta del 2010, strumento introdotto per monitorare gli effetti della Carta, accanto alla valutazione di impatto all’inizio del processo legislativo. La precedente Comunicazione della Commissione sull’*enforcement* della Carta è leggibile in

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0573:FIN:EN:PDF>; importanti riferimenti al ruolo anche “politico” della Carta nelle conclusioni del Consiglio del 13.4.2011, in

<http://www.statewatch.org/news/2011/may/eu-council-draft-concl-charter-fr-9008-rev1-11.pdf>

<sup>61</sup> Per la dottrina italiana cfr. M. Luciani (2000), *Diritti sociali e costituzione europea*, in Associazione italiana dei costituzionalisti (2000), *Annuario 1999. La Costituzione europea*, p. 507 ss.



Bogdandy ci restituiscono in termini di *multilevel constitutionalism* <sup>(62)</sup> o di *founding principles* <sup>(63)</sup>. Il ruolo della Corte Ue in questo cammino, che possiamo considerare veramente avviato solo con il 1 dicembre 2009, è certamente prioritario e cruciale, perché ad essa <sup>(64)</sup> spetta l'interpretazione di ultima istanza della *higher law* sovranazionale. Ma, guardando la stessa dinamica dal punto di vista del giudice nazionale (che è l'interlocutore immediato e "naturale" della Carta quale giudice comune dei diritti), che sostanzialmente attraverso il rinvio pregiudiziale contesta la legge nazionale più che chiedere chiarimenti sul diritto dell'Unione, come si vede ormai avvenire nel 95% dei casi, la Corte di giustizia finisce con il risolvere il rapporto tra fonti non tanto in senso gerarchico <sup>(65)</sup>, ma – alla fine – in senso funzionale al processo stesso di integrazione, nel governare l'attribuzione di garanzie essenziali per i cittadini europei in una logica propriamente costituzionale, se si accetta l'idea del costituzionalismo moderno secondo cui la legittimità di un ordinamento è attribuita non solo attraverso la delegazione democratica della volontà, ma anche attraverso la garanzia dei *fundamental rights*. L'apparente contrasto tra l'espansione dei poteri della Corte del Lussemburgo attraverso il prepotente rafforzamento della semantica dei diritti nell'ordinamento dell'Unione e il crescente richiamo da parte della stessa Corte ai giudici ordinari a trovare loro direttamente ed in modo innovativo, se necessario, gli strumenti per garantirli<sup>(66)</sup> è solo apparente, stante il carattere *sui generis* del federalismo europeo "vivente", nel quale il carattere reticolare e eterarchico di fonti ed istituzioni rende inutile una lettura impropria dei processi di fusione di orizzonti giurisprudenziali in corso in senso lineare, dall'alto verso il basso, dalla Corte ai giudici comuni <sup>(67)</sup>.

Tornando alla *kehre* del 1 dicembre del 2009, in sostanza, attraverso la Carta, si inverte un processo quarantennale; mentre le sentenze e le direttive sono state le fonti della codificazione, il Testo di Nizza finisce con il retroagire con la forza anche simbolica di un *Bill of rights* sulle prime enfatizzando il senso ed il significato dei diritti fondamentali, *ut magis valeant* perché assistiti e riconosciuti in una Carta dal valore costituzionale, dal punto di vista sostanziale e funzionale. Senza ricorrere ad indebite forme di *domestic analogy*, l'imporsi del codice dei *fundamental rights* nelle Corti dovrebbe finire anche con l'agire a sua volta sulle politiche, spingendo a colmare lacune o inerzie del "progetto Europa" (come emerge anche dai documenti della Commissione

<sup>62</sup> cfr. I. Pernice-R. Kanitz, *Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe*, in *WHI paper*, n.7, 2004 e i più recenti I. Pernice "the Treaty of Lisbon and fundamental rights", *WHI paper* n. 7/2008 e "The treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action", *WHI paper* n. 2/2009

<sup>9)</sup> A. von Bogdandy, *Founding principles*, in A. von Bogdandy, J. Bast (a cura di), *Principles of european constitutional law*, Hart Publishing, Oxford, 2010; A von Bogdandy, *Founding principles of EU law: a theoretical and doctrinal sketch*, in *ELJ*, n. 16/2010; cfr. anche C. F. Sabel e O. Gerstenberg, *Constitutionalism and overlapping consensus. The ECJ and the emergence of a coordinate constitutional order*., in *ELJ* n. 16/2010; Q.L.Hong, *Constitutional review in the mega-leviathan: a democratic foundation for the european Court of Justice*, in *ELJ*, n. 16/2010.

<sup>64</sup> Cfr. G. Bronzini, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine "costituzionale" per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, in E. Falletti e V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, Roma, 2010

<sup>65</sup> Cfr. B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, in G. Ajani e G.A. Benacchio (a cura di), *Trattato di diritto privato dell'Unione europea*, Giappichelli, Torino, 2009; I. Pernice, *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, cit.

<sup>66</sup> cfr. da ultimo Corte di giustizia 10.3.2010 ( C-109/09), *Deutsche Lufthansa* in tema di contratti a termine nella quale si ribadisce che "il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena attuazione della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima" (punto 55).

<sup>67</sup> Questa lettura ci sembra coerente con il costituzionalismo europeo, procedurale e dialogico, proposto dal P. Häberle sulla "costituzione europea" come processo di formazione di una sfera pubblica continentale (cfr. P. Häberle, *Cultura dei diritti e diritti della cultura nello spazio costituzionale europeo*, Giuffrè, Milano, 2003) e di recente rilanciato nel bel volume di P. Ridola, *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*", Giappichelli, Torino, 2010.

sull'*enforcement* del Testo di Nizza e dal cosiddetto Programma di Stoccolma), vista la duplice funzione negli ordinamenti politici contemporanei dei *Bill of rights*, garantistica, ma anche di orientamento all'azione ordinaria legislativa; ci sembra che questi obiettivi siano pienamente *in agenda*, nonostante la mancata ratifica del Trattato costituzionale elaborata dalla seconda Convenzione, essendo fondati sul saldo ed inequivoco portato della nuova formulazione dell'art. 6 TUE.

Certamente prima dello choc referendario del 2005 una vastissima letteratura che procedeva secondo l'analogia tra Filadelfia e la futura *higher law* dell'Unione e adottava una concezione della Corte suprema e quindi, in prospettiva, della Corte europea più come ente esponenziale dei bisogni e delle istanze valoriali della società che come organo istituzionale tecnico di controllo della legittimità costituzionale degli atti legislativi, prevedeva uno «sfondamento» dell'equilibrio tra poteri in Europa ad opera della Carta in una triplice prospettiva: *a)* riduzione della discrezionalità degli stati e incremento dei poteri dell'Unione in relazione all'obbligo di garantire tutti i diritti riconosciuti in un *Bill of rights* continentale; *b)* estensione della *constitutional review* (ad opera congiunta dei giudici europei e di quelli ordinari) di atti dei singoli stati, secondo una linea di tendenza già evidente in moltissime decisioni della Corte europea proprio in materia di tutela dei *fundamental rights*, oltre la ufficiale ripartizione di competenze; *c)* controllo di costituzionalità anche per gli atti dell'Unione che avrebbe potuto rasentare il «sindacato per omissione» di politiche comunitarie costituzionalmente doverose (questo è ovviamente un profilo decisivo per diritti come quelli sociali che sono diritti anche a prestazioni positive). Quindi una vera e propria sovversione dei limiti in cui il controllo giurisdizionale sul rispetto dei diritti fondamentali è stato sin qui mantenuto sia *ratione personae* che *ratione materiae* <sup>(68)</sup>, come ricordato nel noto saggio di Allard Knook sulla Common market law review del 2005 <sup>(69)</sup>. Questi obiettivi sono ancora potenzialmente raggiungibili, ma solo nel medio termine e mi pare implicino un rilancio anche politico del progetto europeo, soprattutto in materia di politiche economiche e fiscali comuni, che allo stato è problematico ma, come diremo, non mancano spunti in tale direzione in alcune, coraggiose, conclusioni degli avvocati generali che alludono a mutazioni "federali" avvenute in altri ordinamenti.

## 2. Le linee di penetrazione della Carta dei diritti nella giurisprudenza della Corte di giustizia: uno sguardo d'insieme.

Anche gli obiettivi più scontati e più radicati nella lettera del nuovo Trattato dell'avvenuta codificazione in ambito Ue della materia dei *fundamental rights* che abbiamo prima ricordato, l'introduzione di un autentico controllo costituzionale sugli atti dell'Unione e su quelli nazionali ad essi connessi ed il riequilibrio tra diritti di varia generazione, presuppongono strumenti di *enforcement* della Carta adeguati alla funzione assegnata. Insomma finché la Carta – come ha

<sup>68</sup> Su questa dinamica espansiva nell'uso della Carta (in particolare attraverso il controllo «diffuso» di costituzionalità ad opera dei giudici ordinari) cfr. gli interventi di Alessandro Pizzorusso e Valerio Onida in E. Paciotti (a cura di), *La Costituzione europea, luci e ombre*, Roma, Meltemi, 2003; J.L. Da Cruz Vilaca, *Il controllo di costituzionalità: alcune riflessioni*, in L.S. Rossi (a cura di), *Il progetto di Trattato-Costituzione*, Milano, Giuffrè, 2003; M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini-G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea*, Bologna, il Mulino, 2004.

<sup>69</sup> A. Knook, *The Court, the Charter and the vertical division of powers in Eu*, in Cmlr, 2005 pp.385 ss; cfr. anche G. Bronzini, *Il rilievo della Carta di Nizza nella crisi del processo costituzionale europeo*, in AAVV, *Per un'Europa costituzionale*, Ediesse, Roma, 2006; G. Bronzini, *Il nuovo costituzionalismo europeo nella crisi istituzionale dell'Unione*, in di S. Cingari (a cura di), *Europa, cittadinanza confini, Dialogando con Etienne Balibar*, Pensa Multimedia, Lecce, 2006.

documentato da ultimo la ricerca condotta da Bruno Caruso e Mariagrazia Militello<sup>(70)</sup> – si imponeva soprattutto attraverso la strada del richiamo indiretto e *ad adiuvandum*, sul piano quindi meramente interpretativo<sup>(71)</sup>, il problema in concreto non si è posto, ma oggi che la Carta è una vera e propria fonte UE (per giunta di natura primaria), gli strumenti di implementazione offerti dalla stessa Carta, in forza del complessivo sistema giuridico dell'Unione, sono sotto il riflettore non solo per la verifica della loro adeguatezza, ma anche sotto il profilo dell'utilizzazione in concreto che ne fanno i giudici ai vari livelli, considerate inevitabilmente le possibili reazioni di rigetto da parte degli ordinamenti costituzionali interni (si veda il campanello di allarme del *Lissabon urteil* per quanto riguarda il Tribunale costituzionale tedesco)<sup>(72)</sup>.

Insomma, vengono in rilievo questioni per così dire tecnico-applicative, già affrontate nel 2001, ma successivamente – soprattutto durante l'*empasse* nella ratifica del Trattato costituzionale – messe tra parentesi<sup>(73)</sup>, come, per menzionare solo le più importanti, una ragionevole e non restrittiva interpretazione dell'art. 51, l'efficacia anche orizzontale della Carta (cruciale, ovviamente, nel campo sociale), l'ipotizzabilità di procedure di infrazione, il giudizio di bilanciamento tra diritti sociali e altri interessi o *fundamental rights*, la disapplicazione della

<sup>70</sup> B. Caruso e M. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale; una ricerca sulle motivazioni dei giudici* (2000-2008), in Ridl, 2009, III, 147 ss.

<sup>71</sup> Anche se è discutibile che si possa parlare di una vera e propria interpretazione "conforme" prima del 1.12.2009 stante il carattere ancora non vincolante della Carta; tuttavia laddove la Carta esprime principi generali del diritto comunitario l'adeguamento del giudice nazionale ai principi della Carta superava, anche prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'ambito del mero e volontario richiamo interpretativo, secondo quello schema offerto *in primis* dalla nostra Corte, ma sostanzialmente seguito anche da molte sentenze della Corte di giustizia, per cui la Carta aveva carattere riassuntivo dei principi costituzionali comuni (n. 135/2002).

<sup>72</sup> Nella sentenza sul Trattato di Lisbona sono evidenti i richiami al non ancora sopito confronto sulle sentenze *Viking*, *Laval* e *Rüffert* ritenute le prime due insieme alla *Mangold* emanate *ultra vires* da parte di ambienti autorevoli della dottrina costituzionalistica tedesca, anche *pro-labour*, tanto da aver portato un ex Presidente federale a chiedere l'esercizio dei cosiddetti contro-limiti in relazione a tale giurisprudenza. Sulla sentenza cfr. J. Ziller, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesversassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte costituzionale tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in Riv. it. dir. com., 2009 pag. 973 ss. e, molto più criticamente, M. Poiared Maduro e G. Grasso, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona?*, in Il diritto dell'Unione europea, 2009, pag. 503 ss. Come si dirà più avanti, una certa distensione nei rapporti tra Karlsruhe e Lussemburgo si è avuta con la cosiddetta sentenza *Honeywell* del Tribunale costituzionale tedesco (oggi con un nuovo Presidente di soli 43 anni) del settembre 2010 (la traduzione in inglese è disponibile nel sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)), con la quale la Corte tedesca, pur valutando *ultra vires* la sentenza *Mangold*, non ha ritenuto di esercitare i "controlimiti" alla sua applicazione nell'ordinamento tedesco non giudicandola eversiva dei principi costituzionali interni. Cfr. R. Caponi, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold- Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, leggibile su [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it) e F. Fontanelli, *All's well that Honeywell ends*, leggibile su [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it). In una recentissima decisione del 4.5.2011 nella quale il Tribunale costituzionale tedesco ha ritenuto la contrarietà dei termini di carcerazione preventiva con la giurisprudenza della Corte di Strasburgo si è anche affermato che "dinanzi all'efficacia quanto meno fattuale di precedente delle decisioni delle corti internazionali, il Grundgesetz vuole evitare, per quanto è possibile, conflitti tra gli obblighi internazionali della Repubblica Federale Tedesca e il diritto nazionale. Il principio del favor [della lealtà] nei confronti del diritto internazionale è così espressione di una concezione della sovranità, che non solo non si contrappone all'inserimento in contesti inter e sovranazionali, nonché all'ulteriore sviluppo di questi ultimi, bensì li presuppone e li richiede. Sotto questo profilo, anche «l'ultima parola» della Costituzione tedesca non si frappone ad un dialogo internazionale ed europeo delle corti, bensì ne costituisce il suo fondamento normativo".

<sup>73</sup> Vanno comunque ricordati tra i primi a riprendere l'esame di tali questioni tecniche: F. Sorrentino F. (2010), *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, in *Il Corriere giuridico*, n. 2, pag. 145 ss.; V. Sciarabba (2008), *Tra Fonti e Corti*. Milano: Giuffrè; B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, W.P. C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, int. n. 81/2010; N. Parisi, *Funzione e ruolo della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nel sistema delle fonti alla luce del Trattato di Lisbona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu); nonché nel loro complesso molti degli interventi pubblicati in G. Bronzini, F. Guarriello e V. Piccone (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Ediesse, Roma, 2009, ed in E. Falletti e V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti...*, nonché nel recentissimo volume di R. Foglia e R. Cosio (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011. Cfr. anche E. Paciotti (a cura di), *I diritti fondamentali in Europa*, Viella, Roma, 2011 e V. Sciarabba, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice ordinario*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu). Per un confronto tra il *Bill of rights* Ue e la costituzione del '48, in materia sociale, sono imprescindibili i volumi curati da R. De Luca Tamajo n. 2/2008 e 1/2010 di *Rassegna di diritto pubblico europeo*. Il più aggiornato codice sulla Carta è quello curato da G. Bisogni, G. Bronzini e V. Piccone, *La Carta dei diritti dell'Unione europea. Casi e materiali*, Chimienti, Taranto, 2009.

normativa nazionale violativa di alcuni diritti della Carta, il possibile combinarsi tra tali diritti con le clausole generali del Trattato in particolare l'art. 9 TFUE, il rapporto tra tutela via Carta e tutela via Cedu (74).

Ma ci sia consentita un'ulteriore premessa. In una dimensione diacronica e prospettica della materia, si deve essere ben consapevoli del senso e significato altissimo e senza precedenti che le *referencies* al *Bill of rights* europeo comportano anche sul piano evolutivo (per il destino d'Europa). Ci può senz'altro soccorrere la "teoria degli atti linguistici" di John Searle (75), nel suo complesso recepita da Jürgen Habermas nella sua *summa* "Teoria dell'agire comunicativo" (76). Si può con tale scuola distinguere tre aspetti di un atto linguistico, quello locativo (si afferma un certo contenuto, di tipo semantico potremmo dire), illocutivo (si allude ad una relazione comunicativa tra parlante ed uditorio), perlocutivo (si mira a produrre particolari effetti costitutivi propri dell'atto come nel caso di un testamento) (77). Grazie alle regole linguistiche nascono "fatti istituzionali" che si aggiungono alla realtà dominata dalla mera causalità naturalistica e che possono essere compresi solo in riferimento a tali regole. Ora, nel caso di uso giurisprudenziale della Carta, innanzitutto, il giudice valorizza l'aspetto locativo: seleziona una certa interpretazione di un diritto fondamentale, in genere sulla base degli orientamenti della Corte di giustizia, ma chiama anche in gioco un profilo illocutivo preciso; viene ad essere affermato anche il contesto istituzionale specifico di cui il *Bill of rights* è parte, il nesso tra competenze nazionali e sovranazionali, l'ordinamento generale che ne costituisce la cornice, le relazioni in gioco (78). Ma c'è da considerare anche il terzo aspetto perlocutivo; il cittadino che afferma un suo diritto sulla base del *Bill of rights* europeo si fa valere come cittadino europeo, (attiva il suo "amor proprio giuridico" per dirla con Luigi Ferrajoli) (79). C'è quindi un aspetto di democratizzazione dal basso, di esercizio di poteri garantistici diffusi, del controllo giudiziario come risposta alle attese sociali di giustizia, espressioni di quella "democrazia giudiziaria" europea di cui ha parlato recentemente Remo Caponi (80) come parziale risposta alle semplificazioni, talvolta – a mio parere – grottesche, del Tribunale costituzionale tedesco nel *Lissabon urteil*.

Per questo le *referencies* alla Carta sono essenziali, ovviamente sia quelle sopranazionali che quelle interne, perché cementano il comune circuito giuridico, patrimonio dei cittadini dell'U.E. e con esso una comune appartenenza ad un ordinamento che tutela i diritti fondamentali in modi

<sup>74</sup> Obiettivamente la giurisprudenza di Strasburgo sta espandendo progressivamente il suo raggio di azione in campo sociale non sempre con decisioni di alto profilo, come la già richiamata *Demir*, ma talvolta con arresti molto problematici, come, recentemente, in un caso di licenziamento "ideologico" in organizzazioni di tendenza (*Obst c. Germania*, sentenza 23 settembre 2010, C-425/03), nel quale il dipendente viene ad essere colpito con misure espulsive per un comportamento strettamente privato e non osservabile da parte della comunità di lavoro per cui svolgeva la prestazione. Stentano ancora a decollare i tentativi del Consiglio d'Europa di conferire una maggiore vincolatività alle previsioni della Carta sociale europea revisionata nel 1996 ed alle decisioni del suo Comitato sociale; cfr. Guiglia G. (2010), *Le prospettive della Carta sociale europea*, leggibile a <http://www.forumcostituzionale.it>

<sup>75</sup> cfr. J. Searle, *Atti linguistici*, Boringhieri, Torino, 1976; J. Searle, *La costruzione della realtà sociale*, Einaudi, Torino, 2006 e da ultimo J. Searle, *Creare il mondo sociale. La struttura della civiltà umana*, Raffaello Cortina Editore, Milano, 2010.

<sup>76</sup> J. Habermas, *Teoria dell'agire comunicativo*, Il Mulino, Bologna, 1986.

<sup>77</sup> Wikipedia riassume così la questione: Un atto linguistico consta di tre parti: Locuzione (struttura ed enunciato), Illocuzione (obiettivo, intenzione comunicativa), Perlocuzione (effetto dell'atto linguistico sull'interlocutore) anche alla luce delle prime elaborazioni di John Langshaw Austin.

<sup>78</sup> La teoria degli *speech acts* è già stata brillantemente richiamata nelle conclusioni dell'avv.to generale Maduro del 12.5.2008 nel caso *Feryn* (C-54/07), con riferimento agli effetti discriminatori che anche una semplice dichiarazione discriminatoria comportano in quanto "atto linguistico".

<sup>79</sup> L. Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Laterza, Bari, 1989.

<sup>80</sup> Cfr. R. Caponi, *Democrazia, integrazione europea e circuito della corti costituzionali (in margine al Lissabon urteil)*, in Riv. it. pubbl. com, 2010, 387 ss.

molteplici ma convergenti. Si tratta, oggi, della più importante spinta verso una federalizzazione più avanzata dell'Europa.

### 3. I "paletti" della Corte: la valorizzazione della Carta senza la sovversione dei Trattati.

L'osservazione svolta a più riprese da Marta Cartabia (anche criticamente) per cui con l'approvazione della Carta si sarebbe avuto un rafforzamento nella tutela dei diritti fondamentali a tutti i livelli <sup>(81)</sup>, anche per le decisioni che – pur non richiamando la Carta – di fatto si muovono lungo la sua traccia ideale, mi pare debba essere ulteriormente ribadita oggi, dopo Lisbona, come si può vedere dal sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu) che documenta tale processo. In linea generale questa dinamica sembra interessare anche il settore sociale nel quale la Corte di giustizia sta conferendo, in genere, il massimo di efficacia attribuibile alle direttive della fine anni 90: dalle sentenze sui contratti a termine che cercano oggi di aggredire anche il primo contratto (sentenza *Sorge*) riproponendo la questione delle clausole di non regresso, o di indurre il giudice nazionale ad avere maggiore coraggio nell'usare i propri poteri di organo di base del sistema multilivello (sentenza *Deutsche Lufthansa*), a quelle recenti sull'orario di lavoro (sentenza *Fuß*), che menziona la Carta ed il suo art. 47 per dare inderogabilità assoluta al limite delle 48 ore, anche dal punto di vista processuale. Sebbene alcuni A.G. (conclusioni A.G. Pedro Cruz Villalon del 5 maggio 2010 causa C-515/08) abbiano, come taluni giudici italiani, interpretato l'art. 31 della Carta alla luce del suo titolo e quindi come una sorta di chiusura del sistema capace, quindi, di gettare una luce anche sulle disposizioni a tutela del lavoro atipico o su questioni come quelle retributive ancora fuori dall'orizzonte di regolazione dell'Unione, la Corte non ha ancora seguito questa strada.

È evidente l'influenza che ha avuto la Carta nell'assegnare alla cittadinanza europea uno *status* anche "virtuale", indipendentemente dall'esercizio in concreto delle sue prerogative in modo da impedire forme di discriminazione alla rovescia nella avanzatissima sentenza *Zambrano* <sup>(82)</sup>, anche se il *Bill of rights* UE non viene richiamato espressamente nella decisione forse per bypassare le spinose questioni poste dall'A.G. Sharpston, sulle quali torneremo, proprio in base ad una interpretazione costituzionale del Testo di Nizza. Ma un esame di ordine generale meriterebbe uno spazio ulteriore di riflessione: mi limiterò quindi a segnalare quali sono in linea molto generale i punti di approdo di questa prima giurisprudenza della Corte che richiama espressamente il *Bill of rights* dell'Unione.

a) In primo luogo la Corte attribuisce alla norma di cui al primo comma dell'art. 6 TUE (la cosiddetta "norma Amato") i medesimi effetti giuridici che avrebbe avuto l'incorporazione diretta e "fisica" dell'intera Carta nella trama dei Trattati come previsto nel Progetto di costituzione europea. Si era dubitato, al momento di definizione del *Lisbon Treaty*, che tale equiparazione di effetti si fosse realmente prodotta, proprio perchè la Carta non è, ora, all'interno dei Trattati e neppure in un Protocollo. Alla luce delle sentenze della Corte non può quindi dubitarsi più del poterdovere del giudice ordinario di disapplicare (o non applicare secondo una prospettiva più sofisticata) <sup>(83)</sup> una norma interna se contrastante con un diritto della Carta, sempre che ne ricorrano

<sup>81</sup> Cfr. M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona. Nuova edizione riveduta ed aggiornata*, Il Mulino, Bologna, 2010; più criticamente in M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Il Mulino, Bologna, 2007.

<sup>82</sup> Gli spunti della sentenza *Zambrano* non sembrano però interamente recepiti nella successiva *Mc Carthy* del 5.5.2011.

<sup>83</sup> Cfr. V. Piccone, *L'interpretazione giurisdizionale tra diritto interno e diritto europolitano*, in E. Falletti e V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti...*, cit.

le condizioni (questione definibile come di “diritto dell’Unione” ex art. 51 del testo di Nizza e carattere *self executing* della norma, anche alla stregua dei chiarimenti offerti dalla Corte di giustizia). È importante notare come la Commissione – nel già ricordato documento del 19 ottobre 2010 – abbia sottolineato che le violazioni della Carta saranno ragione per l’apertura di procedure d’infrazione, il che non era affatto pacifico in dottrina, così come violazioni ancor più gravi e sistematiche potrebbero rilevare ai fini della procedura eccezionale ex art. 7 TUE e portare quindi alla privazione dei diritti di voto dello Stato resosi colpevole. Si potrebbe anche sostenere che, in un certo senso, il risultato dell’operazione abbia reso il Testo di Nizza ancor più autorevole di quanto sarebbe risultato nella precedente ipotesi, poiché, pur avendo il *legal value* delle norme sui Trattati, la Carta è figlia di una storica Convenzione che l’ha licenziata in solo sei mesi per “consenso”, tanto che non è molto chiaro oggi quale possa essere il procedimento per, eventualmente, revisionarla: attraverso l’art. 48 TUE o con una nuova Convenzione?

b) La Corte, inoltre, si è mostrata molto attenta alle questioni di competenza (ex art. 51 della Carta) ribadendo che rientra nella sua giurisdizione ogni normativa direttamente o indirettamente collegata al diritto dell’Ue (non solo quella espressamente richiamata ma anche quella che entra comunque in gioco ponendo la legislazione interna nel cono d’ombra del diritto dell’Unione); come ha precisato la comunicazione della Commissione sull’*enforcement* della Carta, ogni qual volta sussista un qualsiasi *link* (è difficile pensare ad un termine più generico ed omnicomprensivo) tra le norme nazionali esaminate e il diritto “eurounitario”. È quindi evidente che se il tema oggetto del giudizio investe anche indirettamente normative sulle quali è addirittura esclusa la competenza Ue (licenziamenti o retribuzioni), la Corte ritiene comunque che il suo sindacato sia ammissibile ed a cascata quello del giudice ordinario come giudice dell’Unione, come del resto era già avvenuto prima di Lisbona<sup>(84)</sup>. Applicando tali criteri la Corte ha portato il suo scrutinio, attraverso la mediazione della ipotizzata lesione all’art. 47 della Carta, al tema dei trasferimenti (sentenza *Fuß*) sui quali notoriamente non esiste alcuna competenza sovranazionale esercitata. Si è proceduto con cautela e senza affermazioni troppo nette in via di principio, ma una volta invocata la Carta, in genere la questione è stata attratta nell’ambito della competenza giurisdizionale del giudice del Lussemburgo che non si è schermato con la derubricazione del caso come “questione puramente interna”. Il punto è stato affrontato, in ovvia connessione con la problematica della non discriminazione affrontata nella sentenza *Kücüdvenci*, con toni molto allarmati addirittura in un editoriale della *Common market law review* nel quale si evidenzia che “*Kükükdevenci might suggest that the Court will adopt a very liberal interpretation of the concept of “implementation” under article 51 effectively ignoring the drafter’s clear desire to limit the potential impact of the Charter upon national competences, in favour of a sweeping approach which (artificially) equates “implementation” with a mere coincidence of subject matter between Union and national law*”<sup>(85)</sup>. Nonostante le proteste di una parte dell’accademia ed anche qualche velata riserva dell’ultimo Consiglio europeo del 13 aprile 2011<sup>(86)</sup>, si tratta ormai di un radicato orientamento della Corte che interpreta le disposizioni dell’art. 6 TUE nell’unico modo compatibile con l’attribuzione alla Carta del valore di parametro di legittimità costituzionale in chiave

<sup>84</sup> R. Mastroianni parla correttamente di un’applicazione della Carta ogni qual volta la normativa interna cada nel “cono d’ombra” del diritto dell’Unione, cfr. R. Mastroianni, *I diritti fondamentali...*, cit.

<sup>85</sup> Cfr. l’editoriale della CMLR, n. 47- Dicembre 2010, *The scope of application of the general principles of Union law: an ever expanding Union?*, pag. 1595

<sup>86</sup> Si veda il punto n. 53 “that in application of the Charter due attention should be paid to respecting the integrity of the Treaties, delivering action of the EU institution across the policies without prejudice to member states’ competence”.



europea: “la Carta di Nizza occupa, attualmente, una posizione centrale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali in seno all’Unione, essa deve costituire... la norma di riferimento ogniqualvolta la Corte sia chiamata a pronunciarsi sulla conformità di un atto dell’Unione o di una disposizione nazionale con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta stessa” (sentenza della CGUE 9 novembre 2010, cause C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke*). Pertanto, purché la questione non sia meramente interna, attraverso tale sindacato non si ha necessariamente uno “spostamento” di competenza dagli stati membri all’Unione (in materie pacificamente ancora di dominio nazionale come in genere sono quelle dei rapporti familiari), ma solo la garanzia che tale competenza sia esercitata nel rispetto dei principi costituzionali comuni<sup>(87)</sup>. La controprova risiede nel fatto che, anche dopo il sindacato della Corte, l’Unione non guadagna la possibilità di adottare atti legislativi e che, quindi, l’accertamento giudiziario sovranazionale ha solo il ruolo, certamente significativo, di rimuovere dallo scenario provvedimenti nazionali lesivi del “Codice Ue” dei diritti fondamentali. È evidente che questo orientamento fa cadere sotto la lente di osservazione (filtrata dalle norme della Carta) dei giudici del Lussemburgo, gran parte della legislazione interna, soprattutto se consideriamo gli imponenti “lavori in corso” nell’ambito dello spazio di sicurezza, libertà e giustizia <sup>(88)</sup>.

c) Gli ostacoli frapposti su iniziativa britannica all’applicazione della Carta e cioè il richiamo alle spiegazioni come limite all’interpretazione e la distinzione tra diritti e principi non sono mai stati utilizzati in questa prospettiva. La Corte ha sempre considerato le prerogative richiamate della Carta come diritti in senso proprio; anzi nel caso del principio di non discriminazione l’ha implementato come diritto ed al tempo stesso come principio, in quanto sottratto a quei criteri di predeterminazione e precisione definitoria, tipici dei diritti. Ed ancora le “spiegazioni” sono state utilizzate solo per verificare la corrispondenza tra le norme della Carta e quelle della Cedu (ex art. 52 terzo comma), mai come orizzonte intrascendibile di interpretazione <sup>(89)</sup>. La Corte, anche attraverso questo uso “costruttivo” delle spiegazioni ha saputo saldare la propria giurisprudenza con quella della Corte cugina di Strasburgo, in sostanza ampliando lo spettro delle proprie *chance* interpretative e quindi offrendo una lettura propositiva, dal punto di vista “eurounitario” del rapporto tra Carta e Cedu <sup>(90)</sup>. La Corte si è lasciata così le mani libere; posto che i diritti delle due Carte si corrispondevano, sono stati valorizzati gli orientamenti di Strasburgo, ma lasciando impregiudicata la possibilità <sup>(91)</sup>, secondo la lettera dell’art. 52 terzo comma, di un trattamento di miglior favore del diritto dell’Unione, nel quale rientra, e con rango primario equiparato ai Trattati, la stessa Carta. Dopo Lisbona, infatti non può più revocarsi in dubbio che per “diritto dell’Unione” si debbano intendere i *fundamental rights* così come ricostruiti dai giudici del

<sup>87</sup> La nostra Corte costituzionale nella sentenza n. 80/2011 sembra accedere a questa interpretazione offerta dai giudici del Lussemburgo dell’art. 51 usando espressioni molto generiche ed ad ampio raggio in ordine ai presupposti di applicabilità del Testo di Nizza. Sulla detta sentenza cfr. A. Ruggeri, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della Cedu e della Carta di Nizza- Strasburgo*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it).

<sup>88</sup> Per una recente ricostruzione dei rapporti tra Carta, Cedu e Costituzione del 48 cfr. M. Bignami, *Costituzione, Carta di Nizza, Cedu e legge nazionale: una metodologia operativa per il giudice comune nella tutela dei diritti fondamentali*, in [www.associaionedeicostituzionalisti.it](http://www.associaionedeicostituzionalisti.it). L’articolo affronta il problema posto dall’interpretazione dell’art. 51 della Carta, ma nella prioritaria chiave della salvaguardia di spazi interpretativi per il Giudice costituzionale interno.

<sup>89</sup> Viceversa la nostra Corte costituzionale nella già citata sentenza n. 138/2010 sulle nozze gay ha utilizzato le spiegazioni come limite al riconoscimento del diritto dando a tali spiegazioni un rilievo in genere escluso dalla migliore dottrina ed anche, nei fatti, dalla stessa Corte di giustizia.

<sup>90</sup> Sulla Cedu, sul dialogo tra le Corti in materia di diritti fondamentali, sulle tecniche di bilanciamento etc. cfr. R. Conti, *La Convenzione europea dei diritti dell’uomo. Il ruolo del giudice*, Aracne, 2011.

<sup>91</sup> Come si evince chiaramente dal punto n. 53 ss. della sentenza 5.10.2010 (C-400/10 PPU), *JMcB*.

Lussemburgo<sup>(92)</sup>. In buona sostanza con questa opzione quest'ultimi possono scegliere i migliori precedenti nel repertorio proprio ed in quello della Corte dei diritti dell'uomo, visto che si è evitato (con l'aiuto in verità della formulazione della stessa Carta) il *cul de sac* nel quale si è autocostretta la nostra Corte attraverso troppo rigide e nette affermazioni sul privilegio interpretativo riservato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione ai diritti protetti nella Cedu<sup>(93)</sup>. Questa autonomia di scelta gioca certamente un ruolo particolarmente significativo in materia di bilanciamenti tra diritti o valori diversi, in quanto alcuni di questi – come la salvaguardia del mercato unico o l'interesse generale a preservare il processo di integrazione – non sono in realtà comuni anche all'orizzonte Cedu. Il margine di discrezionalità della Corte di giustizia potrebbe indubbiamente venire ad assottigliarsi quando diventerà operativa la prevista adesione alla Cedu, ma su tale questione ogni giudizio appare prematuro essendo questa meta ancora molto lontana ed anche incerta,

d) non solo per le necessarie 47 ratifiche statali, ma anche per la possibilità che sia richiesto un parere della Corte di giustizia sul Trattato di adesione, il cui contenuto non è affatto scontato.

e) Sul fronte sindacale e collettivo vi sono spunti comunque importanti che marcano un qualche disagio della Corte rispetto alle 4 notissime e tanto discusse sentenze del 2007; *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione/Lussemburgo*, divenute, a torto o a ragione, il punto di riferimento polemico di consistenti correnti critiche che non ritengono che la Corte di giustizia possa riuscire, dati gli equilibri in campo attualmente in Ue, davvero a bilanciare il carattere "fondante" e costitutivo dell' "ordine comunitario" delle libertà economiche con il rispetto, neppure nel loro contenuto essenziale, dei *fundamental social rights* stilizzati nelle costituzioni post-belliche nazionali dei paesi "fondatori" e di molti altri<sup>(94)</sup>. Nella sentenza *Commissione/Germania* del 8 novembre 2010 (C-409/06) in tema di aggiudicazione di appalti relativi alla previdenza integrativa aziendale per dipendenti di enti locali, la Corte esamina molto accuratamente il diritto di azione collettiva di cui all'art. 28 ed il problema del bilanciamento con altri interessi di ordine generale e sembra evitare scorciatoie motivazionali come quelle della tanto discussa *Rüffert*. Anche in questa delicata materia, l'obbligatorietà della Carta sembra aver indotto un giudizio più meditato e l'attribuzione di un rilievo più forte ai diritti sociali di natura collettiva, anche se la Corte non trova, alla fine, ragioni sufficienti per affermare che – per via collettiva – si possa evitare la procedura di evidenza pubblica in materia di appalti. Va notato che la sentenza non mette in questione il contratto collettivo in sé in via globale ma solo la designazione ivi prevista di alcuni enti assicurativi che in tal modo evitavano di sottoporsi al metodo europeo di aggiudicazione degli appalti, presidio di trasparenza, non discriminazione e razionalità. Va ricordato che l'A.G. Trstenjak aveva criticato apertamente il metodo di bilanciamento utilizzato dalla Corte nel 2007: "una siffatta articolazione analitica fa pensare ad un rapporto tra libertà fondamentali e diritti fondamentali in cui i diritti fondamentali sono gerarchicamente subordinati alle libertà fondamentali e le libertà fondamentali di conseguenza possono essere limitate solo con l'ausilio di un motivo giustificativo, scritto o non scritto" (punto 184), per concludere "a mio avviso tra libertà fondamentali e diritti fondamentali non sussiste affatto un siffatto rapporto" (di tipo gerarchico come prima precisato). Sono questi i primi e cauti segnali di un effettivo e più coerente, attraverso la Carta di Nizza, metodo di bilanciamento

<sup>92</sup> Cfr. V. Sciarabba, *Tra fonti e Corti...*, cit.

<sup>93</sup> Soprattutto nelle sentenze n. 311 e 317 del 2010.

<sup>94</sup> Per il dibattito italiano cfr.: A. Andreoni e B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Ediesse, Roma, 2009; per una ricostruzione molto critica della giurisprudenza della Corte di giustizia cfr. U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2010.



fra diverse generazioni di diritti come suggerito da parte della preferibile dottrina non arroccata nella tesi dell'immunità "ontologica" degli atti collettivi dal controllo di legittimità "comunitaria", anche per via della ipotizzata carenza assoluta di competenza dell'Unione (*abstention*)<sup>95</sup>.

f) Cominciano a delinearci controversie interamente costruite, dalla domanda, al rinvio pregiudiziale, alla decisione della Corte sino al giudizio di rinvio sulla base di una certa interpretazione della Carta come nel caso deciso il 16 settembre del 2010 (C-149/08), *Chatzi* su "non discriminazione e parto gemellare". In questo senso la *Chatzi* ha davvero un significato storico mostrando come la Carta agisca pienamente da "fonte" portando – sia pure attraverso la mediazione della direttiva sui congedi parentali – ad una pretesa che ha la sua base ed il suo confine direttamente nel testo di Nizza: si potrebbero definire in tal senso controversie europee di "seconda generazione", in cui la premessa è direttamente di tipo costituzionale e solo la collaborazione interpretativa di giudici sopranazionali ed interni porta a dare a tale premessa un contenuto definitorio preciso.

g) Occupa lo scenario, poi, la sentenza del 19 gennaio del 2010 (C-555/07), *Kücüdvenci* che ha ribadito, con qualche accortezza motivazionale in più, la *Mangold*, circa l'attitudine del diritto alla non discriminazione (non è certamente casuale che si sia questa volta passati attraverso la Carta) ad attingere direttamente i rapporti interprivati; nella già richiamata sentenza *Honeywell*, successiva alla *Kücüdvenci*, il Tribunale costituzionale tedesco ha finito con l'accettare questo orientamento della Corte anche per via della tutela così intensa della non discriminazione attestata dall'art. 21 della Carta dei diritti. Tale giurisprudenza costituisce il più importante avanzamento, insieme, paradossalmente, alle stesse *Viking* e *Laval* che hanno tentato un (assai imperfetto, come si è accennato) bilanciamento tra libertà comunitarie e diritti di natura collettiva, ma vincolante direttamente le parti sociali, verso il riconoscimento di un'efficacia orizzontale dei diritti fondamentali, pur argomentato in via traversa, attraverso il rilievo "anomalo" dei provvedimenti antidiscriminatori nella *Mangold* e nella *Kücüdvenci* enfatizzando l'obbligo del giudice ordinario nazionale di rispettare il diritto Ue. Si tratta di una dimensione difficilmente resistibile nel medio periodo, vista, come si è giustamente sottolineato, la naturale tendenza dei *Bill of rights* ad imporre la loro cogenza nei rapporti interprivati<sup>96</sup>. Spunti in questa direzione provengono, attraverso l'utilizzazione dell'art. 47 della Carta con un forte orientamento all'effettività della tutela (diritto assunto quasi come una norma di chiusura per imporre comunque la salvaguardia delle pretese azionate in chiave europea) anche dalla sentenza *Alassini* del 18 marzo 2010 e, in materia sociale, dalla sentenza *Fuß* del 14 ottobre 2010 che finisce per richiedere l'annullamento di un

<sup>95</sup> B. Caruso, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio giuridico europeo?*, in A. Andreoni e B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche...*, cit. Per la configurazione dei diritti collettivi oggi nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo dopo la *Demir* cfr. G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>96</sup> B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, WP int. Massimo D'Antona, n. 81/2010. Sulla *Kücüdvenci* cfr. V. Sciarabba, *La sentenza Kücüdveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu), R. Conti, *La prima volta della Corte di giustizia sulla Carta di Nizza "vincolante"*, in Riv. crit. dir. lav. n. 1/2010, F. Fontanelli, *I principi generali dell'ordinamento Ue dopo Kücüdveci. Riflessioni sull'efficacia indiretta orizzontale e sul principio di solidarietà*, in Riv. it. dir. com., n. 5/2010, nonché C. Feliziani, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di giustizia prende atto della natura vincolante della Carta di Nizza*, in [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it) che mette in rilievo come l'orientamento della Corte finisce per evitare il pericolo di creare altre discriminazioni, ad esempio quelle tra lavoratori del settore pubblico e quelli del settore privato, problema sottolineato anche da autorevole dottrina come G. Tesaro, *Diritto dell'unione europea*, Cedam, Padova. Del resto sin dai primi commenti alla Carta, subito dopo la sua iniziale "proclamazione": M. Balboni, *Il contributo della Carta al rafforzamento della protezione giurisdizionale dei diritti umani in ambito comunitario*, in L.S. Rossi (cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costruzione dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2002.

trasferimento ritorsivo di un lavoratore che aveva preteso il rispetto del limite orario assoluto della direttiva, per giunta in una materia in cui non esiste competenza Ue. Per la prima volta, nella sentenza del 22 dicembre 2010 *Gaviero*, un articolo della Carta (sempre l'art. 47) compare in una decisione sul rovente tema dei contratti a termine, in cui la Corte del Lussemburgo supera gli orientamenti costituzionali interni.

h) Di fondamentale importanza, per aver determinato oggettivamente l'espansione dei casi di applicazione della Carta, è la sentenza del 5 ottobre 2010, *JMcB*, con cui una decisione pacificamente adottata con criteri interni in tema di diritti genitoriali su minori è stata sottoposta, essendo stata fatta valere in altro Stato come da regolamento n. 2201/2003 CE, al vaglio del rispetto dei diritti della Carta, in particolare l'art. 7 ed il "rivoluzionario" art. 24<sup>(97)</sup>. È verissimo che la Corte si mantiene bene attenta a proclamare che non si intende esaminare nel merito una decisione che certamente non ha legami con il diritto dell'unione, tuttavia il *link* viene rinvenuto proprio nella richiesta di "esportare" in altro Stato quanto accertato attraverso un regolamento comunitario e, quindi, sia pur sommariamente, viene eseguito quantomeno un controllo di coerenza sostanziale tra i principi costituzionali espressi nella Carta ed il *decisum* interno<sup>(98)</sup>. Appare evidente che proprio il settore della cooperazione giudiziaria in ambito penale e civile, rafforzata nella nuova trama dei Trattati e lanciata in grande stile con la cosiddetta "Strategia di Stoccolma", come forse non si era sino ad oggi pensato, può rappresentare un potente fattore di moltiplicazione dei casi di incidenza del controllo di legittimità, che finisce per investire anche le sentenze nel loro merito, alla luce del *Bill of rights* europeo. Significative le precisazioni offerte sulla "riserva di legge" stabilita dall'art. 52 del testo di Nizza dalla sentenza del 9 novembre 2010 (C-92/09, C-93/09), *Volker and Markus Schecke*, con la quale si è accertata la violazione della *privacy* in relazione alla pubblicazione di un elenco delle aziende beneficiarie di sovvenzioni comunitarie, in base alla quale si possono evincere i nominativi delle persone fisiche: la Corte, accertata la lesione, si chiede se essa sia avvenuta per legge e se corrisponda ad un interesse pubblico ex art. 52 ed infine se la lesione sia proporzionata all'interesse perseguito concludendo per l'annullamento anche del Regolamento connesso. Afferma la Corte: "peraltro, l'art. 52, n. 1, della Carta riconosce che possano essere apportate limitazioni all'esercizio di diritti come quelli sanciti dagli artt. 7 e 8 della medesima, purché tali limitazioni siano previste dalla legge, rispettino il contenuto essenziale di detti diritti e libertà e, nel rispetto del principio di proporzionalità, siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui. Infine, dall'art. 52, n. 3, della Carta emerge che, laddove essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. L'art. 53 della Carta aggiunge a tale proposito che nessuna disposizione di quest'ultima deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti riconosciuti, fra l'altro, dalla CEDU. Conseguentemente, si deve ritenere, da un lato, che il rispetto del diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali, riconosciuto dagli artt. 7 e 8 della Carta, sia riferito ad ogni informazione relativa ad una persona fisica identificata o identificabile (v., in particolare, Corte eur. D.U., sentenze *Amann c. Svizzera* del 16 febbraio 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-II, § 65, e *Rotaru c. Romania* del 4 maggio 2000, Recueil des arrêts et décisions 2000-V, § 43) e, dall'altro, che le limitazioni che possono essere legittimamente apportate al diritto alla protezione dei dati personali corrispondano a quelle tollerate nell'ambito

<sup>97</sup> L'unico Testo dal valore costituzionale in cui si riconosce il diritto dei bambini è la Carta di Nizza.

<sup>98</sup> cfr. E. Harris, *Il diritto di affidamento al convivente more uxorio tra diritti fondamentali e sovranità nazionale*, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it).

dell'art. 8 della CEDU. Si devono dunque risolvere la prima questione e la prima parte della seconda questione nel senso che gli artt. 42, punto 8 ter, e 44 bis del regolamento n. 1290/2005 ed il regolamento n. 259/2008 sono invalidi nella parte in cui, con riguardo a persone fisiche beneficiarie di aiuti del FEAGA e del FEASR, tali disposizioni impongono la pubblicazione di dati personali relativi ad ogni beneficiario, senza operare distinzioni sulla base di criteri pertinenti come i periodi durante i quali esse hanno percepito simili aiuti, la frequenza o ancora il tipo e l'entità di questi ultimi" (punti 50-54).

Si potrebbe continuare a lungo in quanto il materiale giurisprudenziale offerto nel periodo è denso e, spesso, molto innovativo.

Volendo però riassumere si può dire che gli effetti dell'implementazione della Carta come *higher law*, anche sul piano squisitamente simbolico, non sono di certo mancati; due regolamenti sono caduti, in *parte qua*, per violazione dei diritti della Carta con la sentenza del 23 dicembre del 2009 *Detiček* e quella già ricordata del 9 novembre del 2010, *Volker and Markus Schecke*, ma il più spettacolare arresto della Corte è certamente quello del 1 marzo 2011 *Association belge des Consummateurs Test-Achats ASBL* che ha accertato la violazione da parte di una direttiva sulla parità uomo-donna del principio costituzionale di matrice europea – stabilito dalla Carta – di parità uomo-donna; forse prima di questa nessun'altra decisione della Corte aveva mostrato in modo così perfetto e compiuto la dimensione costituzionale del controllo di legittimità sugli atti dell'Unione alla luce dell'elenco solenne di *fundamental rights* elaborato dalla prima Convenzione. Va da ultimo ricordato che la Corte di giustizia ha pienamente confermato la cosiddetta "giurisprudenza *Kadi*", sottoponendo le decisioni ed i provvedimenti del Consiglio di sicurezza in materia di lotta al terrorismo islamico (ed a catena, quindi, i regolamenti adottati dall'Ue) alla verifica del rispetto dei diritti fondamentali: due sentenze del Tribunale di prima istanza, la prima sempre su ricorso del sig. Kadi (sentenza del 30.9.2010 –T-85/09, *Kadi*) e la seconda del 7.12.2010-t-49/07, *Fahas*, (quest'ultima richiamando il principio della presunzione d'innocenza stabilito all'art. 48 della stessa Carta), hanno annullato i provvedimenti emessi ai danni dei ricorrenti riaffermando l'esistenza di "un giudice a Berlino", anche nei confronti di quanto deciso da organi ONU, passo che, invece, la Corte di Strasburgo sino ad oggi non ha voluto compiere<sup>99</sup>). In un passaggio velenoso del *Lissabon Urteil*, la Corte tedesca afferma che non ci sarebbe poi tanto da stupirsi per l'esercizio dei controlimiti costituzionali interni nei confronti del diritto dell'Unione posto che la Corte di giustizia ha esercitato con la *Kadi* i controlimiti europei al diritto ONU. Si tratta di affermazioni suggestive, ma errate in quanto la Corte di giustizia non ha sostituito il proprio sindacato giurisdizionale a quello degli organi ONU, posto che quest'ultimi notoriamente non prevedono alcuna verifica giurisdizionale sui provvedimenti adottati. La Corte, quindi, ha solo anticipato la costruzione di necessarie, ed a questo punto urgenti, Corti internazionali con competenza generale sui provvedimenti emessi dall'ONU, che superino l'assurda situazione, già denunciata da Norberto Bobbio e da tanti altri, del "terzo assente" a livello del diritto globale.

#### 4. La Carta oltre le competenze dell'Unione e l'art. 6 TUE: una via giudiziaria al federalismo?

Come si è sin qui visto l'orientamento della Corte di Giustizia, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ha portato ad una robusta valorizzazione in funzione garantista dei diritti della Carta,

<sup>99</sup> La questione che già si era posta alla Corte dei diritti dell'uomo nel noto caso *Bosphorus nel 2005*, poi accantonata nella sentenza, si è ripresentata in quello *Nada v. Switzerland*, ma è stata rimessa alla *Grande Chambre*.

anche in ambito sociale, attraverso una ragionevole interpretazione del primo comma dell'art. 51, del resto in linea con la precedenza giurisprudenza sul "campo d'azione" del diritto comunitario ed anticipata dalla migliore e più aperta dottrina sin dalla prima proclamazione nel 2000 del testo di Nizza (<sup>100</sup>); a ciò si sono aggiunte le direttrici della non discriminazione, della ricerca di una tutela processuale effettiva delle pretese in gioco e della cooperazione giudiziaria come vettori per un'applicazione diffusa ed a largo raggio del *Bill of rights* dell'Unione. Si tratta di una linea giurisprudenziale nel complesso coraggiosa e determinata, ma non sovversiva dei "paletti" eretti nella nuova formulazione dell'art. 6 TUE.

Spunti ulteriori per una penetrazione più ampia della Carta nella giurisprudenza multilivello sono venuti per ora solo dalle conclusioni "incendiarie" dell'avvocato generale Sharpston del 30 settembre del 2010 nella causa *Zambrano* (C-34/09). In tali conclusioni si cerca di radicare una competenza dell'Unione anche se non concretamente esercitata (per rendere efficace e produttiva di effetti la nozione di cittadinanza europea ed evitare discriminazioni alla rovescia), in base ai valori dell'Unione come riscritti all'art. 2 TUE, la cui garanzia "non dovrebbe essere subordinata all'esercizio effettivo del potere legislativo. Una simile tutela contingente dei diritti è in antitesi con il modo in cui le democrazie contemporanee legittimano l'autorità dello stato" (punto n. 165). Sarebbe così sufficiente che la questione astrattamente intesa ricadesse nell'ambito di competenza esclusiva o condivisa (come nel settore sociale) dell'Unione. Afferma a tal proposito la Sharpston che però compiere questo passaggio e considerare che per una tutela dei diritti fondamentali di matrice europea sia sufficiente solo tale condizione "comporterebbe l'introduzione di un elemento apertamente federale nella struttura del sistema giuridico e politico dell'Unione" (punto 172).

L'A.G., però, non si ritrae da questo scenario (<sup>101</sup>), ma si limita a notare che quando si era determinato il "fatto" che ha originato la domanda del sig. Zambiano il Trattato di Lisbona non era neppure all'orizzonte. Pertanto è prevedibile che solo in futuro la Corte dovrà affrontare "la questione se l'Unione non sia al bivio di un mutamento costituzionale" (punto 177). Come sappiamo, la Corte di giustizia ha risolto il caso l'8 marzo del 2011 offrendo piena tutela al sig. Zambiano (forse per prudenza non è ricorso neppure alla Carta dei diritti) ed assumendo una nozione di cittadinanza europea sostanzialmente "virtuale" e potenziale per non creare discriminazioni alla rovescia, ma non si è addentrata nell'avventuroso percorso proposto, in realtà per l'avvenire, dall'A.G.

Ulteriori spunti innovativi ci vengono dalla giurisprudenza nazionale che, anche dopo Lisbona, utilizza la Carta in via interpretativa fuori dal campo di applicazione ex art. 51. In effetti dopo l'entrata in vigore del nuovo Trattato alcune decisioni sono apparse piuttosto imprecise, a cominciare dalla decisione della Cassazione n. 2352/2010 che, nell'invitare nel principio di diritto il giudice di rinvio a tenere a mente l'art. 1 e 15 della Carta dei diritti Ue, sembra avvalorare una applicazione diretta della stessa nella fattispecie che certamente (trattandosi di un risarcimento di danni da demansionamento) non era configurabile come una questione di "diritto dell'Unione". Tuttavia la sentenza può essere, alla fine, difesa nella sua sostanza perché la *ratio decidendi* si

<sup>100</sup> Cfr. R. Bifulco, M. Cartabia e A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, il Mulino, Bologna, 2001.

<sup>101</sup> Cfr. il seguente passaggio: "in termini semplici un cambiamento di questo tipo sarebbe analogo a quello sperimentato nel diritto costituzionale degli Stati Uniti dopo la decisione nel caso *Gitlow v New York*, in cui la Corte suprema statunitense ha esteso la portata di numerosi diritti sanciti nel primo emendamento della Costituzione ai singoli stati" (punto 176).

concreta in realtà in una sorta di interpretazione non “conforme”, ma “libera” delle norme del nostro codice civile in modo che risulti una coerenza tra decisioni interne e principi costituzionali comuni. Questo orientamento più preciso per cui il giudice, pur dichiarando la non applicabilità diretta, ritiene che il dato costituzionale e legislativo interno debba essere interpretato anche “alla luce” del *Bill of rights* Ue si sta ora diffondendo e radicando e ha trovato alimento anche in decisioni della Corte costituzionale <sup>(102)</sup>. Nella sentenza n. 93/2010, la Corte, nell’accedere all’orientamento della Corte di Strasburgo in materia di pubblicità dei riti camerati nel settore penale, ha ritenuto (in una questione non di diritto dell’Unione) che tale opzione fosse coerente con i principi costituzionali interni, anche alla luce della Carta di Nizza e di altre fonti di diritto internazionale e nella più recente decisione n. 82/2011 in un caso (certamente non qualificabile come “questione comunitaria”) di denegata immunità (penale) di un parlamentare per le gravi offese rivolte a terzi, ha giudicato fondato il rifiuto della chiesta immunità ricordando che il principio di dignità è convergentemente tutelato all’art. 2 della nostra Carta ed all’art. 1 di quella di Nizza. Si viene così promuovendo, ad opera della giurisprudenza nazionale, senza la rottura degli argini di cui all’art. 6 TUE, quella fusione di orizzonti costituzionali tra diversi livelli, anche riguardo la “giustizia del caso concreto”<sup>(103)</sup> cui mira la stessa Carta esplicitamente all’art. 53 nel tentare di armonizzare, secondo il principio del trattamento di miglior favore, le varie fonti di protezione dei diritti fondamentali in una chiave di “costituzionalismo cooperativo”.

Ci sembra di dover concludere pertanto che ulteriori effetti “federalizzanti” ad opera della Carta difficilmente verranno agiti dalla Corte di giustizia oltre la corposa dimensione già raggiunta di applicazione diffusa della stessa, senza assicurazioni e segnali ulteriori <sup>(104)</sup> ad opera degli agenti “politici” dell’Unione (ivi compreso i sui cittadini dotati oggi dall’art. 11, quarto comma del TUE del nuovo diritto di chiedere con una raccolta di firme continentale atti legislativi) che il “destino” del vecchio continente sia davvero quello di una “federazione costituzionale”.

<sup>102</sup> Cfr. Cass. n. 28658/2010 sul principio di dignità e Cass. n. 7/2011 sul rispetto della vita privata e familiare, entrambe in campo penale. Il Primo Presidente, dott. Lupo, nella relazione inaugurale dell’anno giudiziario del gennaio del 2011 (disponibile anche nel sito [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu)), ha rilevato che fuori dal campo di applicazione ha rilievo sul piano interpretativo. Cfr. L. D’Ancona, *L’efficacia della Carta di Nizza nella giurisprudenza nazionale dopo Lisbona*, in [www.europeanrights.eu](http://www.europeanrights.eu).

<sup>103</sup> Su questa convergenza nel caso concreto cfr. A. Ruggeri, *Rapporti tra corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlimiti mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in [www.associaionedei costituzionalisti.it](http://www.associaionedei costituzionalisti.it).

<sup>104</sup> Richiesti con gran forza persino da H. Habermas che ha intitolato in inglese il suo ultimo contributo sull’Europa, *The faltering project*, Polity Press, Cambridge, 2009.

## Fonti, principi, concretizzazione. Spunti di riflessione sul dibattito intorno ai diritti sociali nel sistema comunitario

Angelo Abignente

La Rassegna di diritto pubblico europeo ed il Centro studi di Diritto del Lavoro Europeo “Massimo D’Antona” hanno sollecitato un interessante dibattito intorno ai diritti sociali nel sistema comunitario, prima e dopo il Trattato di Lisbona. Con la consapevolezza della complessità del confronto, mi limiterò ad indicare alcuni spunti di riflessione, nati dalla lettura dei poliedrici contributi, che maggiormente coinvolgono la teoria del diritto e dell’argomentazione.

1. Il primo è sulla questione delle fonti, se vogliamo ancora usare quest’espressione formalistica che, messa oggi significativamente in crisi nella predilezione di approcci più materiali che formali, si rivela sempre più come un “mostriciattolo terminologico” per la sua inafferrabilità, usando una significativa espressione di Adolf Merkl.

È stato sottolineato da molti autori, ma in modo esemplare da Caruso<sup>105</sup>, come il TFUE (Trattato sul funzionamento), pur non introducendo grosse novità in materia di diritti sociali, ha nell’art. 152 un’importante innovazione: il rilievo dato alla “funzione delle parti sociali nella concertazione istituzionale e il valore del metodo del dialogo sociale”, la “promozione del dialogo sociale” che viene assunta come “compito” dell’Unione, istituzionalizzando un principio di “sussidiarietà orizzontale” e non solo più verticale. Questa rilevante apertura viene letta congiuntamente al restringimento del “quadro regolativo” che, proponendo il “metodo del coordinamento”, postula un diritto soft o “mite”, nel termine di Zagrebelsky, fondato prevalentemente sulla convergenza, sul “coordinamento non regolativo” o, per usare categorie teoriche, più sui principi che sulle regole: per alcuni ciò segna un arretramento delle tutele.

Le implicazioni di queste innovazioni sono state colte nella letteratura giuslavoristica in riferimento al nuovo ruolo della concertazione e della contrattazione, per definirne i compiti, le finalità, gli spazi operativi. Sul piano teorico si potrebbe dire che si assiste ad una rivitalizzazione della *lex mercatoria*, nell’apertura del sistema giuridico autoreferenziale della tradizione giuspositivistica che poneva l’accento sul carattere imperativo e sanzionatorio della norma giuridica; o della democrazia partecipativa a cui pure gli istituti in questione sono stati riportati.

Io vorrei cogliere in queste innovazioni un aspetto destinato ad andare oltre la specificità del diritto del lavoro, disegnando un modello che può proporsi come possibile via alla democrazia deliberativa in cui la democrazia partecipativa si iscrive come forma, modello applicativo. Sul punto certo il dibattito teorico è molto sviluppato e non possiamo racchiuderlo in poche parole che rischierebbero una superficiale generalizzazione. Ma possiamo intravedere due caratteri fondativi e distintivi della democrazia deliberativa: a) la deliberazione finale è fondata su uno

---

<sup>105</sup> B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, In WP CSDLE “Massimo D’Antona”.INT-81/2010, p. 5 e passim.

scambio di ragioni e, quindi, sul consenso razionale; b) alla deliberazione possono prender parte tutti i potenziali interessati. Questo significa a mio avviso il potenziamento del confronto e della discussione che se sul piano politico e, per così dire, della sfera pubblica incide sui momenti di istituzionalizzazione (opinione pubblica, società civile – associazioni, non più solo parlamento), sul piano delle relazioni private impegna in un effettivo e costante discernimento, valutazione critica, discussione dei bisogni, degli interessi o, per tenerci al tema, dei diritti sociali tutelabili in un contesto sempre più disomogeneo ma alla ricerca di convergenze che, per non tradire il fine, non possono essere omologanti.

Non si tratta perciò di mera negoziazione, spinta da un interesse personale e contingente, ma anche di giustificazione razionale in un'orbita che va al di là degli effettivi partecipanti per essere riconoscibile ed accettabile: questo è criterio di legittimazione della decisione che legittima ad un tempo anche il suo autore.

La novità dei trattati è allora nell'istituzionalizzazione di pratiche e procedure di autodeterminazione che tendono a colmare quello iato che si costituisce tra autonomia privata ed autonomia pubblica: i partecipanti sono ad un tempo autori e destinatari della decisione; il potere determinativo dei diritti, nel nostro caso dei diritti sociali, si cogenera con la "ragione proceduralizzata" nei discorsi, nelle trattative, non viene calato dall'alto. È questa una via, per usare categorie habermasiane, che consente di trasformare il "concetto intuitivo di democrazia" della concezione repubblicana in "modello di democrazia normativamente sostantivo", creando una "solidarietà tra estranei" che mantengono il loro diritto di prendere parte alle procedure istituzionalizzate pur mantenendo "il diritto di rimanere reciprocamente estranei"<sup>106</sup>, la reciproca estraneità: in questo contesto viene spontaneo il riferimento alla dialettica propria del diritto del lavoro tra datori di lavoro e lavoratori ma... vorrei alzare lo sguardo ad altri ambiti di "solidarietà tra estranei".

Perciò non sarei d'accordo nel considerare come incompiutezza l' "approccio regolativo alla dimensione sociale di tipo sempre più soft", come se ho ben capito intenderebbe Caruso, mentre concordo con lui nel valutare, problematicamente ma positivamente, la funzione di bilanciamento che è immediatamente connessa e derivata da questo diritto soft, il "ragionevole bilanciamento" che permette ai diritti di affermarsi per "autorevolezza" e non per "autorità"<sup>107</sup>, e la delicatezza del ruolo riconosciuto alle corti di dare concretezza ai diritti, in quel processo dinamico di riconoscimento ed affermazione che è proprio di una società complessa in cui il diritto, deposto il mantello della regolatività assoluta, riscopre nei principi, nel loro valore direttivo a garanzia dell'effettività dei diritti, il criterio di legittimazione razionale e discorsivo.

2. I "principi", per l'appunto, sono un secondo spunto di riflessione. Dalla elaborazione teorica sui principi che ha attraversato molta parte del secolo scorso e continua ancora ad impegnare la riflessione teorica, traggio la distinzione che viene operata tra principi e norme programmatiche, principio in senso stretto (valori supremi dell'ordinamento giuridico – es. uguaglianza) e norma programmatica o di indirizzo (art. 3, 2° comma). I principi in senso stretto sono affini alle regole ma si presentano come fattispecie aperta; essi lasciano aperte soltanto le modalità, condizioni di

---

<sup>106</sup> J. Habermas, *Fatti e norme. Contributi a una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Napoli 1996, p.365

<sup>107</sup> A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT-82/2010.



applicazione; le norme programmatiche, invece, si presentano aperte sia dal punto di vista del modello di condotta che delle modalità di applicazione.

Questa distinzione mi dà modo di rileggere un breve inciso del contributo di Caruso<sup>108</sup> alla rassegna del 2008 quando richiama l' "assoluta irrazionalità" che Habermas predicava della tecnica di bilanciamento in critica al tentativo di Alexy di "riconduurla a razionalità logica e giuridica". Credo che a questo proposito sia importante sottolineare come questa critica habermasiana – svolta nell'ambito della riflessione sulla Corte Costituzionale tedesca – tragga origine dalla sua contrapposizione alla tesi di Alexy che definiva i principi come "imperativi di ottimizzazione dall'intensità variabile" implicando una commistione tra principi e valori: da qui trae origine la sua critica alla tesi del caso particolare di Alexy. "Giacché nessun valore può pretendere di prevalere incondizionatamente sugli altri – affermava Habermas – quest'operazione di ponderazione trasforma l'interpretazione del diritto vigente in una realizzazione di valori nel caso concreto"<sup>109</sup>.

Habermas perciò intende distinguere nettamente i principi dai valori predicandone l'irriducibilità: i principi "hanno un senso deontologico"; i valori "hanno un senso teleologico", "stabiliscono delle relazioni di preferenza, le quali ci dicono che certi beni sono più attraenti di altri". Certo i valori incidono sull'agire, rappresentando la "immigrazione" della morale (etica) nel diritto ma non assumono quel carattere obbligante, oggettivo ed assoluto, dei principi risolvendosi in valutazioni e scelte relative, di carattere soggettivo e contingente. Questa distinzione a mio avviso può valere anche a segnare un confine di quella interpretazione cd. "creativa" che viene predicata ed a volte criticata in riferimento alla giurisprudenza. Se infatti la scelta del valore da perseguire, nel suo senso teleologico, nel moderno stato democratico è rimessa al legislatore (parlamentare), è compito dell'interprete giudiziario la comparazione, la ponderazione ed il bilanciamento di quei principi che, per il loro senso deontologico, sono parte dell'ordinamento o in quanto ad esso impliciti o in quanto espliciti, come avviene per quei principi ora consacrati nei trattati e nella carta costituzionalizzata. Essi sono "universalmente vincolanti" e non come i valori "particolarmente preferibili"; attendono una concretizzazione ed in questo senso non sono dissimili dalle regole perché "Nell'applicare sia i principi sia le norme il problema è quello di evitare i vuoti di razionalità"<sup>110</sup>; assumono la stessa valenza deontologica delle norme positive, delle regole, presentando la loro peculiarità in quell' eccedenza di contenuto deontologico, già messa in luce da Betti, che dà la possibilità, ancora una volta con le parole di Caruso, di "collegare ciò che sta dentro e ciò che sta fuori" all'ordinamento, "si fondano sull'autorevolezza e non sull'autorità; si impongono non in ragione di una intrinseca assolutezza ma attraverso operazioni 'miti' di bilanciamento in caso di conflitto attraverso il criterio di ragionevolezza"<sup>111</sup>: come potrebbe dimostrare la riflessione di Bronzini<sup>112</sup> sull'art. 27 della Carta che traduce in diritto fondamentale il diritto di informazione e consultazione, sanziona un principio in modo sintetico lasciando aperta la concretizzazione differenziata nella individuazione dei "livelli appropriati" ma non è per questo meno incisivo ed obbligante, deontologico, sia per il legislatore che per l'interprete.

---

<sup>108</sup> B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, in Rassegna di diritto pubblico europeo, 2/08 p. 36.

<sup>109</sup> J. Habermas, *Fatti e norme cit.*, p. 303.

<sup>110</sup> J. Habermas, *Fatti e norme cit.*, p.310.

<sup>111</sup> B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali cit.*, p. 21.

<sup>112</sup> G. Bronzini, *Diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa (tra Costituzione italiana e Carta di Nizza)*, in Rassegna di diritto pubblico europeo, 1/10, pp. 35 ss.



Lungi pertanto dall'escludere la funzione del bilanciamento (che a mio avviso può pervenire anche ad una ponderazione compromissoria, compilativa e non necessariamente ad una "gerarchia assiologia mobile" in quanto, come ci ha insegnato Dworkin, i principi possono applicarsi, a differenza delle regole, anche parzialmente, non nel "tutto o niente") l'accento si sposta sulla valutazione del concreto esercizio di questo potere da parte delle corti, per analizzare se si è trattato di un mero bilanciamento di principi o non si sia piuttosto proceduto a ponderare valori o, come dice Lo Faro<sup>113</sup>, concludendo la sua analisi di alcune note sentenze in materia di sciopero e di diritti fondamentali collettivi, se si è trattato di una "dinamica di bilanciamento" o di una "dinamica di sovranità".

L'accento si sposta quindi sul criterio del bilanciamento ovvero se si possa trattare ad esempio di un criterio di efficienza o piuttosto di un criterio conseguente all'applicazione di categorie economiche. Se così individuata, la questione potrebbe richiamare gli assunti dell'analisi economica del diritto e la sua riflessione sull'efficienza come criterio regolativo del diritto. Certo nell'evoluzione interna di questa teoria, dalle elaborazioni di Coese a quelle del secondo Posner, dagli anni sessanta agli anni novanta, si avverte un ridimensionamento del modo di considerare e definire l'efficienza: se il modello originario di riferimento era l' "attore razionale", l'uomo come "massimizzatore razionale del proprio interesse" disposto a cambiare il suo comportamento per "aumentare la propria soddisfazione" secondo il rapporto "costo/opportunità", per cui il primo Posner definiva l'efficienza come "sfruttamento delle risorse economiche in modo tale che il 'valore' – la soddisfazione umana così come è misurata dalla propensione globale del consumatore a pagare per beni e servizi – è massimizzato", nel secondo Posner degli anni novanta l'efficienza è vista, nella prospettiva pragmatica, come funzionalità del diritto a "conseguire risultati positivi" ed il riferimento all'analisi economica viene spogliato dell'originario carattere deterministico per aprirsi alla "dimensione distributiva" delle norme giuridiche<sup>114</sup>.

Ma è questo criterio di efficienza, seppure rivisitato in termini di funzionalità, a costituire un parametro di riferimento per l'implementazione giudiziaria dei diritti sociali? Può il mercato costituire il "meccanismo esclusivo"? Già Tarello<sup>115</sup>, sul finire degli anni settanta, individuava altri sistemi di allocazione di carattere generale (l'esercizio del potere, il merito) o speciale (desideri, preferenze, bisogni).

Si è sottolineato in molti contributi come nelle recenti riformulazioni dei trattati il principio economico venga temperato nel riferimento ai fini sociali<sup>116</sup>: in questo contesto, a mio avviso, il riferimento all'efficienza ed alla stessa contrapposizione costi/benefici non si porrebbe più come principio ma come valore, come regola programmatica che non è nella disponibilità del giudice.

**3.** Il terzo spunto di riflessione nasce dall' approccio prammatico al tema di ricerca che, in sintonia con le più significative teoriche dello stato costituzionale, dedica attenzione alla implementazione dei diritti ad opera dei giudici e quindi alla loro affermazione più che alla proclamazione ed al

<sup>113</sup> A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 1/10, p. 255.

<sup>114</sup> G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001, pp. 150 ss.

<sup>115</sup> G. Tarello, *Il diritto e la funzione di distribuzione dei beni*, in AA. VV. *Introduzione teorica allo studio del diritto*, Genova 1979, p. 206.

<sup>116</sup> In particolare nell'art. 3 TUE dove il riferimento alla "economia sociale di mercato" reinterpreta sostanzialmente il principio di efficienza "nell'ottica di una integrazione tra solidarietà e mercato", anche se si pone il delicato problema del bilanciamento con la "economia di mercato aperta e in libera concorrenza": v. sul punto A. Alaimo B. Caruso, *Dopo la politica i diritti cit.*, p. 14.

riconoscimento formale. In questo approccio che fa perno sulla giurisprudenza come luogo privilegiato di mediazione nell'affermazione di diritti concreti (non più riconoscimento formale) e di effettività della loro tutela, è stato colto il problematico intreccio della tutela multilivello che può portare ad interferenze nell'opera delle corti di giustizia, nazionali e comunitarie: anche qui un grande problema che a mio avviso potrebbe essere improntato al rispetto del principio della "prevalenza della miglior tutela"<sup>117</sup>, desunto dall'art. 53 della Carta di Nizza, ma anche di quei principi raccolti nella teoria dei "contro-limiti" consacranti il rispetto delle tradizioni costituzionali.

Ritengo che questo approccio richieda anche l'elaborazione di un diverso paradigma per il giurista e più in generale per la scienza del diritto. Questa, per retaggio giuspositivistico, è stata educata ad una metodologia oggettualistica che, partendo dal dato positivo, elaborava il suo prodotto per successive distinzioni: la distinzione tra fattispecie astratta e concreta e più in generale tra fatto e diritto; la distinzione tra diritto ed etica. Sul piano dell'interpretazione questo si riverberava nella centralità del metodo sussuntivo e del sillogismo logico-deduttivo.

Oggi queste distinzioni sono andate in crisi e la stessa dimensione etica è immigrata nel diritto. Non si tratta di riproporre modelli giusnaturalistici che, specie nella tradizione ebraico-cristiana, erano anch'essi oggettualistici ma di rivendicare il carattere razionale del discorso giuridico orientato all'universalizzazione attraverso un uso razionale dell'argomentazione.

Detto in termini sintetici, la questione può così proporsi: una volta che si assume come criterio di riferimento o, se si vuole, come fonte preordinata all'intervento giudiziario non più la regola ma il principio, il paradigma giuspositivistico della interpretazione giudiziaria viene messo in crisi.

È questo che ci insegna il neocostituzionalismo o anche costituzionalismo o postpositivismo nello stabilire un nesso tra fatto storico e concretizzazione del diritto, ponendo costantemente il problema dell'autorità, staticamente definito dal giuspositivismo, che gioca un ruolo nell'attribuzione di significato. In questa prospettiva il rifugio nello scientismo giuridico può nascondere uno scetticismo nei confronti delle istituzioni, nella possibilità di intervento democratico. Come affermava Zagrebelsky in un recente convegno di Torino su Bobbio, le fonti di diritto dello stato costituzionale non sono regole esaustive, generalizzanti ma norme di principio che per essere implementate, per poter funzionare implicano il riferimento e la considerazione di qualcosa che è al di fuori di esse e, pertanto, la scienza giuridica che vuole su esse riflettere o la giurisprudenza che è chiamata a darne concretezza, non sono autosufficienti ma si devono sporcare le mani. Entrano in gioco criteri materiali, quale in primis il principio di universalizzazione che, lungi dal ridurre l'ambiente di riferimento, il "contesto" che accompagna la decisione, ad un aspetto economico, si riferiscono ad ambiti più ampi, culturali, storici, politici e per questo tramite registrano l'immigrazione della morale nel diritto.

Questa apertura non dà certezze, punti fermi: ignorarlo, con approccio giuspositivistico, vuol dire coprire l'arbitrio. L'arbitrio lo si elimina con la ragionevolezza dell'argomentazione, non è questione di scienza ma di prudenza, non di episteme ma di fronesis: il diritto è scienza pratica, è impresa comunitaria interpretativa ed argomentativa.

Mi chiedo allora se quell'esigenza di certezza tanto cara ai giuristi del secolo scorso ma intesa da noi ancora come essenziale non vada riposta non già nella negazione del potere quanto piuttosto

---

<sup>117</sup> B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali cit.*, p. 11.

nel controllo del suo esercizio razionale. O, detto in altri termini: nella regola che sia in grado di garantire nel modo più completo possibile il diritto, in questo caso i diritti sociali, o nel controllo argomentativo teso ad evitare “vuoti di razionalità” dell’effettivo esercizio di quel potere che da a loro effettività? Mi sembra che l’operazione ermeneutica compiuta da Caruso nel suo saggio del 2008 vada in questa direzione e possa costituire un valido ed utile paradigma.

Il nostro non è tempo di certezze: per navigare nell’oceano di incertezza che ci è davanti l’unica certezza forse la possiamo riporre nell’abilità dello skipper. Ed il nostro ruolo è quello di valutare in concreto quell’esercizio di abilità... razionale.

## Il diritto al “giusto” tempo di lavoro nel sistema costituzionale *multilevel*

Giancarlo Ricci

1. Il diritto “antico” alla limitazione dell’orario di lavoro e ai riposi nella nuova stagione dei diritti fondamentali. 42
2. Il suo riconoscimento nella Costituzione italiana: come la giurisprudenza della Corte Costituzionale lo ha declinato nell’ottica del bilanciamento fra diritti e libertà. 44
3. L’orario di lavoro e i riposi nella dimensione europea: la flessibilità/derogabilità consentita dalla direttiva comunitaria ma ridimensionata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia. 45
4. La definizione del “contenuto essenziale” dei diritti connessi all’organizzazione dell’orario di lavoro: la CDFUE come “parametro di legittimità” del processo legislativo. 46

## 1. Il diritto “antico” alla limitazione dell’orario di lavoro e ai riposi nella nuova stagione dei diritti fondamentali.

Talune analisi sui contenuti della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea (ancora oggi generalmente definita *Carta di Nizza*, a dispetto del fatto che sia stata riproclamata, con significativi adattamenti, a Strasburgo nel dicembre 2007) evidenziano un *trend* di espansione di diritti nuovi, “moderni e sottili”<sup>118</sup>, a fronte di una mera codificazione (*restatement*) dei “diritti fondamentali classici”. Complessivamente, il catalogo dei diritti appare ora congegnato secondo un criterio di indivisibilità e inscindibilità che pare sì superare positivamente la logica tradizionale dei diritti di “diversa generazione”<sup>119</sup>, ma senza significativi slanci verso obiettivi di rafforzamento o maggiore effettività dei diritti tradizionali<sup>120</sup>.

Si pensi al caso del diritto alla limitazione dell’orario di lavoro e ai riposi.

Un diritto costitutivo del dna originario del diritto del lavoro: generato dalle impellenti esigenze di tutele connesse al dilagare del proto-industrialismo e tradottosi, dapprima, in normative di ordine pubblico dirette ad arginare le istanze di smodato sfruttamento della manodopera (specie la parte più debole di essa) all’interno degli opifici e, successivamente, in discipline generaliste sulla limitazione d’orario, poi divenute parte essenziale dello statuto giuridico del lavoratore subordinato.

Un diritto *antico*, dunque, che ha attraversato, connotandoli, i diversi stadi di *positivizzazione* “costituzionale” dei diritti sociali fondamentali: nella dimensione internazionale (il Trattato istitutivo dell’Organizzazione internazionale del lavoro del 1919 e la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo del 1948), nazionale (l’art. 36 della Costituzione italiana del 1948, imitato da Costituzioni successive, come quelle spagnola e portoghese) ed europea (la Carta sociale europea del Consiglio d’Europa del 1961 e la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989).

L’enunciazione, nell’art. 31, par. 2, CDFUE, del diritto “a una limitazione della durata massima del lavoro” e alla fruizione “di periodi di riposo giornalieri e settimanali e di ferie annuali retribuite”<sup>121</sup> – specificativo del più ampio diritto, sancito dal par. 1 dello stesso articolo, a “condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose” – chiude, anche simbolicamente, la fase della traversata attraverso l’esperienza del costituzionalismo internazionale e nazionale, facendo approdare il diritto al giusto tempo e ai riposi sulle sponde del costituzionalismo europeo<sup>122</sup>.

<sup>118</sup> Cfr. FLICK, *Ombre ed immagini dei diritti fondamentali. Riflessioni a margine del sessantesimo anniversario della Costituzione e della Dichiarazione Universale*, in *Jus. Rivista di scienze giuridiche*, 2009, n. 1, 11.

<sup>119</sup> *Ex multis* cfr. RODOTÀ, *L’età dei diritti al crepuscolo?*, in Bovero (a cura di), *Il futuro di Norberto Bobbio*, Laterza, Bari, 2011, spec. 74; PIZZORUSSO, *Le “generazioni” dei diritti nel costituzionalismo moderno*, in Campedelli, Carrozza, Pepino (a cura di), *Diritto di welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, Il Mulino, Bologna, 2010, spec. 65 ss.; PACIOTTI, *Diritti umani, diritti fondamentali, nuovi diritti in Europa*, in Mazzaresse, Parolari (a cura di), *Diritti fondamentali. Le nuove sfide*, Giappichelli, Torino, 2010, 40 ss.; CARETTI, *La dimensione sovranazionale*, in Fioravanti (a cura di), *Il valore della Costituzione. L’esperienza della democrazia repubblicana*, Laterza, Bari, 2009, 175.

<sup>120</sup> Cfr. FLICK, *op. cit.* Per quanto sia generalmente riconosciuto che la CDFUE rappresenti un modello di *Bill of Rights* in cui finalmente primeggia il principio personalistico: in tal senso, pur da diversi angoli visuali, SCALISI, *Ermeneutica dei diritti fondamentali e principio “personalista” in Italia e nell’Unione europea*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 145; RODOTÀ, *Il nuovo habeas corpus: la persona costituzionalizzata e la sua autodeterminazione*, in Rodotà, Tallacchini (a cura di), *Trattato di biodiritto. Ambito e fonti del biodiritto*, Giuffrè, Milano, 2010, 169.

<sup>121</sup> Sull’art. 31, par. 2 della CDFUE v. GIORGIS, *Art. 31. Condizioni di lavoro eque e giuste*, in Bifulco, Cartabia, Celotto (a cura di), *L’Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea*, Il Mulino, Bologna, 2001, 228 ss.; v. anche ALBI, *Il patrimonio costituzionale europeo e il diritto alle ferie come diritto fondamentale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, 115.

<sup>122</sup> Ancorché, com’è noto, la CDFUE non rappresenti un vero e proprio “testo costituzionale” quanto piuttosto un testo “a valenza costituzionale”: così, ancora da ultimo, AZZARITI, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia*

Dalla sequenza istituzionale sinteticamente tracciata<sup>123</sup> emerge l'esigenza di cogliere le connessioni fra i principali snodi del sistema multilivello: il che rinvia, in specie, al tema della codificazione del diritto al giusto tempo di lavoro nei *Bill of Rights* nazionali ed europei.

L'integrazione delle due dimensioni costituzionali implica però un problema di ordine teleologico, con rifluenze sul piano metodologico. Problema che si può riassumere in questi termini: quale *utilità* può riconoscersi ad un approccio analitico che intenda ricostruire, nella dimensione costituzionale multilivello, il diritto fondamentale alla limitazione del tempo di lavoro e ai riposi? Quali sono i margini di *attualizzazione* della narrazione giuridica sull'argomento e quali, per contro, i rischi di riproposizione di modelli analitici tralatici, se non definitivamente superati?

La risposta è la seguente: ha poco senso se il fine è quello di indagare l'*esistenza* del diritto, ne ha molto se si tratta, invece, di indagarne il *grado di effettività*. Infatti, che il diritto alla delimitazione del tempo di lavoro (e alla fruizione di quote essenziali di tempo di non lavoro e di tempo libero) *esista* e sia *costituzionalmente positivizzato* nell'ordinamento multilivello è fuor di discussione. Il punto è tuttavia un altro. Se è vero che l'esperienza del costituzionalismo segna la tappa essenziale del processo di affrancamento dei diritti fondamentali dall'arbitrio del potere politico<sup>124</sup>, è altrettanto noto che, come ci ha insegnato Norberto Bobbio, il diritto fondamentale non è mai assoluto, sia perché storicamente "relativo", sia perché al "nucleo" effettivamente irriducibile del diritto corrisponde una parte, per così dire, "meno fondamentale"<sup>125</sup>, sulla quale si concentra uno spazio (del quale va definita l'ampiezza) di potenziale incidenza del legislatore e/o della giurisprudenza.

Trasposto sul piano delle relazioni fra i due sistemi costituzionali (nazionale ed europeo), il punto nodale della questione – sul quale intendo soffermarmi – non risiede pertanto nel valorizzare la logica del confronto *quantitativo/additivo*<sup>126</sup> (ossia quanto sta scritto in più o in meno nella Costituzione italiana rispetto alla CDFUE o viceversa)<sup>127</sup>, quanto piuttosto nell'indagare l'*effettività* del diritto al giusto tempo di lavoro. In altri termini, si tratta di definire quanto sia ampio e solido il "nucleo irriducibile" di questo diritto e quanto può essere, invece, eroso dall'infiltrazione di altri diritti o libertà. Il tema, si badi, è di stringente attualità, se sol si pensa a quanto dispone l'art. 52, par. 1, della CDFUE, sulla "portata e l'interpretazione dei diritti e dei principi" riconosciuti dalla stessa Carta: esso consente "eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta" a patto che siano "previste dalla legge" e fatto salvo il rispetto del "contenuto essenziale di detti diritti e libertà"; autorizza altresì l'apposizione di "limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui" nel rispetto del "principio di proporzionalità"<sup>128</sup>.

dell'Unione Europea, Intervento alla tavola rotonda "Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali", Perugia, 25 e 26 marzo 2011, 6, in *Europeanrights.eu. Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, <http://www.europeanrights.eu/index.php?funzione=S&op=5&id=538>.

<sup>123</sup> Per una più estesa disamina si rinvia a RICCI, *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata*, in *Rass. dir. pubbl. eur.*, 2010, 151.

<sup>124</sup> Cfr. FIORAVANTI, *Costituzionalismo. Percorsi della storia e tendenze attuali*, Laterza, Bari, 2009, spec. 89 ss.

<sup>125</sup> BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, Torino, 1997, 9 e 11.

<sup>126</sup> V. anche CARUSO, *Costituzione e diritti sociali*, in questo quaderno, spec. p. 6.

<sup>127</sup> Tuttavia, per un tentativo di confronto, anche sotto questo profilo, fra i differenti nuclei di normazione costituzionale v. RICCI, *op. cit.*, 169 ss.

<sup>128</sup> Da ultimo, per una riflessione sulle insidie insite nella clausola limitativa di cui all'art. 52 CDFUE cfr. AZZARITI, *op. cit.*, 9.

A partire da tale consapevolezza, s'intende, nelle pagine che seguono, articolare l'indagine in due momenti distinti ma connessi: *i)* verificare come l'ordinamento giuridico (anzi *gli* ordinamenti giuridici, tenendo separato il livello nazionale da quello sovranazionale) e i suoi attori (*in primis* la giurisprudenza) hanno tradizionalmente risposto alla sfida del "bilanciamento" fra diritti e/o libertà connessi alla materia del tempo di lavoro (parr. 2 e 3); *ii)* formulare, in prospettiva *de iure condendo*, una prognosi circa la rilevanza della CDFUE come parametro di misura per l'ulteriore *enforcement* del diritto al giusto tempo di lavoro e ai riposi, pure come antidoto ai tentativi di infiltrazione delle libertà di mercato, oggi particolarmente accentuati specie sul versante della libertà di commercio, gravida di rischi per l'effettività del diritto ai riposi settimanali e festivi (par. 4).

## 2. Il suo riconoscimento nella Costituzione italiana: come la giurisprudenza della Corte Costituzionale lo ha declinato nell'ottica del bilanciamento fra diritti e libertà.

L'art. 36, comma 2, Cost. it., al fine di "blindare" il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro e preservarlo dagli assalti del potere esecutivo, ha utilizzato una classica tecnica di legislazione costituzionale: la riserva di legge applicata alla definizione della durata della "giornata lavorativa". Il terzo comma, sul riposo settimanale e sulle ferie annuali retribuite, configura, invece, un diritto soggettivo al tempo di non lavoro, presidiato dalla garanzia della irrinunciabilità. Ciò doveva, nella *mens* del costituente, assicurare l'intangibilità dei diritti, scolpendone un nucleo "irriducibile", resistente alle infiltrazioni della flessibilità e delle deroghe, costituenti in questa materia il portato normativo di quelle *libertà* (d'impresa o di circolazione delle merci) con le quali il diritto al tempo di non lavoro è sovente chiamato a misurarsi.

In verità, la Corte Costituzionale è stata più volte chiamata a verificare il grado di tenuta del riferito presidio costituzionale, a fronte di una legislazione settoriale diretta a forzare la riserva di legge, escludendo talune categorie di dipendenti dall'applicazione dei limiti legali generali, ovvero a disarticolare le modalità di fruizione dei diritti al riposo settimanale o al congedo annuale. Si è così formato un filone di giurisprudenza che, tramite la tecnica del bilanciamento dei valori sottesi ai beni giuridici oggetto di tutela costituzionale, tende a ricavare il nucleo irriducibile dei diritti in esame.

Sul *primo* versante, la Corte Costituzionale ha, in particolar modo, ritenuto non contrastante con il principio della riserva di legge di cui all'art. 36, comma 2, Cost., la clausola normativa che sottraeva i dirigenti e il personale direttivo al regime di limitazione massima dell'orario di lavoro – stante la natura fiduciaria del rapporto di lavoro dirigenziale – salvo però bilanciare tale affermazione con una diversa, che predica l'irragionevolezza di orari di lavoro eccessivamente lunghi e tali da pregiudicare la salute e sicurezza del dirigente, identificando dunque nella tutela di siffatto bene giuridico il nucleo duro, non ulteriormente erodibile, del diritto<sup>129</sup>.

Sul *secondo* versante, invece, la Corte Costituzionale ha applicato una tipica tecnica di bilanciamento dei diritti/libertà (tutela della persona del lavoratore *versus* libertà di iniziativa economica privata) per contemperare l'*an* del diritto al riposo settimanale (*ex art.* 36, comma 3, Cost.) con alcune aperture flessibili in ordine al suo *quando*, negando per esempio la necessaria coincidenza del riposo con la giornata della domenica, e spingendosi sino ad asseverare l'alterazione della sua cadenza settimanale, ove ciò risulti giustificato da specifiche esigenze

<sup>129</sup> Si rinvia ancora una volta a Ricci, *op. cit.*, 173.

relative alle caratteristiche dell'attività svolta<sup>130</sup>. Tecnica che la Corte ha riproposto in materia di diritto alle ferie annuali retribuite (anch'esso, come detto, canonizzato dall'art. 36, comma 3, Cost.), il cui necessario riconoscimento, a prescindere dalla durata del rapporto di lavoro<sup>131</sup>, non esclude che, in presenza di circostanze giustificatrici, il periodo di ferie possa essere fruito secondo moduli di flessibilità temporale<sup>132</sup>. La giurisprudenza costituzionale ha finito, in tal modo, per delineare un ulteriore perimetro di irriducibilità del diritto al tempo di non lavoro, parzialmente preservandolo da incursioni deregolative del legislatore nazionale.

### 3. L'orario di lavoro e i riposi nella dimensione europea: la flessibilità/derogabilità consentita dalla direttiva comunitaria ma ridimensionata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Se si orienta il *focus* dell'analisi sulla più recente dimensione sovranazionale del diritto, salta immediatamente all'occhio che l'art. 31, par. 1 CDFUE, in oltre dieci anni di vigenza, non sia mai stato posto dalla Corte di giustizia a concreto fondamento delle proprie decisioni interpretative sulla disciplina dell'orario di lavoro e dei riposi, adottate sulla base di valutazioni di conformità delle normative nazionali con la direttiva n. 93/104/CE, poi divenuta, con modificazioni, direttiva n. 2003/88/CE<sup>133</sup>.

Al contempo, però, non v'è dubbio che la giurisprudenza della Corte in materia di orario di lavoro e di riposi rappresenti una delle punte più avanzate nella costruzione del diritto giurisprudenziale europeo in materia sociale<sup>134</sup>. Il fatto è che i giudici di Lussemburgo hanno assunto come punto di riferimento per le loro decisioni la dimensione costituzionale transnazionale, mercé il richiamo ai principi delle Carte sociali comunitarie, così come a quelli contenuti nei Trattati e dei Patti internazionali, sino a rifarsi ai principi ispiratori e costitutivi della direttiva comunitaria, in connessione con le finalità di tutela della salute e sicurezza e della dignità del lavoratore immanenti alla accennata dimensione costituzionale transnazionale.

È indispensabile sottolineare come l'azione rafforzativa del diritto al giusto tempo di lavoro e ai riposi promossa dalla giurisprudenza comunitaria costituisca la risposta alle plurime aperture della direttiva europea sull'organizzazione dell'orario di lavoro alle istanze della flessibilità organizzativa, giuridicamente traslata in una variegata serie di clausole normative che introducono – direttamente o per tramite della contrattazione collettiva a ciò appositamente autorizzata – deroghe ed eccezioni rispetto a regole formalmente ispirate alla logica della tutela di matrice "securitaria"<sup>135</sup>. La giurisprudenza ha così svolto un ruolo di contrappeso nei confronti del legislatore comunitario, restringendo buona parte degli spazi di flessibilità/derogabilità aperti da quest'ultimo.

<sup>130</sup> *Id.*, *op. cit.*, 183 ss.

<sup>131</sup> *Id.*, *op. cit.*, 191.

<sup>132</sup> *Id.*, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005, 380.

<sup>133</sup> Sono rimasti pressoché senza seguito i richiami alla CDFUE rinvenibili nelle conclusioni degli Avvocati Generali specie nelle cause *Bectu e Schultz-Hoff e Stringer*: specificamente v. CARUSO, MILITELLO, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, III, 171 e 180; in generale, sull'uso della CDFUE nella giurisprudenza della Corte di Giustizia, BIANCHI, *I diritti sociali dopo Lisbona. Prime risposte dalla Corte di Giustizia*, in Campedelli, Carrozza, Pepino (a cura di), *cit.*, 123; nonché BRONZINI, *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in q. quaderno.

<sup>134</sup> Cfr. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2006, 48 ss.

<sup>135</sup> Sul venir progressivamente meno dell'identità "securitaria" della disciplina sull'orario di lavoro v. FAVENNEC – HERY, *Le droit de la durée du travail, fin d'une époque*, in *Droit Social*, 2009, 252.



Tale *ratio* accomuna i filoni interpretativi formatisi sui vari capitoli di disciplina: dalla ricostruzione della nozione di orario di lavoro, in cui si ritiene computabile il “tempo di attesa” ancorché non effettivamente “lavorato”<sup>136</sup>, sino al progressivo consolidamento del diritto alle ferie annuali retribuite, la cui effettività non tollera limitazioni sotto il profilo dell’*an*, escludendosi in particolare la sovrapposibilità con il congedo di maternità o malattia; spingendosi la Corte, più di recente, sino a valorizzare il diritto alla fruizione *materiale* delle ferie (inteso come tempo sociale e indisponibile) pur qualora il termine ordinario, contrattualmente fissato per il godimento delle stesse, sia formalmente giunto a scadenza<sup>137</sup>.

Una tensione, verso il restringimento degli spazi di “derogabilità” dei diritti connessi all’organizzazione dell’orario di lavoro, che la Corte di Giustizia torna a manifestare in due decisioni rese nello scorcio terminale del 2010.

Nella sentenza *Accardo e altri c. Comune di Torino*, la Corte ha precisato che le deroghe al modello di fruizione del riposo settimanale non possono essere applicate direttamente sol perché previste dalla direttiva comunitaria, ma abbisognano di un atto interno di recepimento che regoli, in conformità ai principi costituzionali nazionali, le modalità di attuazione della deroga, eventualmente tramite l’operare della contrattazione collettiva<sup>138</sup>.

Nella quasi coeva sentenza *Fuß*, la Corte ha rafforzato, invece, gli argini alla derogabilità unilaterale del limite settimanale di orario, come si ricorderà fissato dall’art. 6 della direttiva in 48 ore, da calcolarsi in media su predefiniti archi temporali, comprensive dell’orario di lavoro straordinario. Chiarisce la Corte che la determinazione datoriale di trasferire ad altra sede il dipendente che abbia rifiutato di autorizzare la deroga all’orario di lavoro, è illegittima, in quanto viola le garanzie per l’operabilità della clausola di *opt-out* individuale fissate dall’art. 22 della direttiva n. 2003/88/Ce, senza che occorra, al fine di riscontrare siffatta violazione, l’esistenza di un danno specifico in capo al lavoratore, direttamente derivante dal trasferimento e dunque ulteriore rispetto a quello configurabile per l’inosservanza dei limiti alla clausola individuale in deroga<sup>139</sup>.

#### 4. La definizione del “contenuto essenziale” dei diritti connessi all’organizzazione dell’orario di lavoro: la CDFUE come “parametro di legittimità” del processo legislativo.

Il mancato ancoraggio, nella giurisprudenza sin qui maturata, agli enunciati della CDFUE non esclude, anche alla luce delle recenti novità introdotte dal Trattato di Lisbona in ordine alla natura giuridica della Carta (ora assimilata al diritto dei Trattati), che quest’ultima debba costituire un ineludibile punto di riferimento nel contesto del processo di ri-regolazione della disciplina dell’orario di lavoro in ambito europeo. Al contrario. La recente Comunicazione della Commissione sulla strategia per un’attuazione effettiva della CDFUE (19 ottobre 2010) sancisce espressamente che il processo legislativo europeo dovrà, d’ora in avanti, garantire il controllo sistematico in ordine alla compatibilità delle proposte e degli atti formulati con i diritti fondamentali garantiti dalla Carta. Tale accertamento va svolto sia nella fase dell’elaborazione

<sup>136</sup> Il riferimento è al noto filone di giurisprudenza originato dalla sentenza nel caso *SIMAP* e poi articolatosi soprattutto attraverso le sentenze *Jaeger e Dellas*: da ultimo, riferimenti in ALESSI, *Disponibilità, attesa e contratto di lavoro*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.it, - 123/2011, 6.

<sup>137</sup> La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di diritto alle ferie, a partire dal caso *Bectu* in avanti, è oggetto di approfondimento in RICCI, *Il diritto alla limitazione dell’orario di lavoro*, cit., 192 ss., cui pertanto si rinvia.

<sup>138</sup> Corte giust. 21 ottobre 2010, causa C-227/09, *Accardo e a. c. Comune di Torino*.

<sup>139</sup> Corte giust. 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß c. Stadt Halle*. Per un primo commento alle due sentenze della Corte di Giustizia v. LONGO, *Corte di Giustizia: la disciplina europea in materia di “orario di lavoro”*, in *Quad. cost.*, 2011, 168.

della proposta legislativa, rifluendo così nei *considerando* della proposta (non di mero stile, dovendosi evitare, si raccomanda, “qualsiasi banalizzazione derivante dall’uso generalizzato di un considerando che si limiti a dichiarare la conformità con la Carta”) sia nella relazione di accompagnamento. Inoltre, il rispetto dei diritti fondamentali va garantito per tutto il corso della procedura, sicché “la Commissione difenderà fermamente la sua posizione in ordine alle norme di protezione dei diritti fondamentali contenute nella sua proposta e si opporrà ai co-legislatori se questi tenteranno di mitigarne l’intensità”.

Se si considera che, a seguito del fallimento del primo tentativo<sup>140</sup>, si è da poco rimesso in moto il processo di revisione della direttiva n. 2003/88/CE<sup>141</sup>, è evidente che torna d’attualità il problema di definire, ai sensi dell’art. 52 CDFUE, il “contenuto essenziale” e non derogabile del diritto alla limitazione dell’orario di lavoro e ai riposi (peraltro espressamente richiamato dalla Commissione nella Comunicazione), al fine di tracciare con precisione il perimetro delle modifiche eventualmente apportabili al testo della direttiva. Questione i cui contorni si chiariscono meglio se solo si pone mente ad alcuni fra i più significativi contenuti della prima proposta di revisione della direttiva, mai giunta ad approvazione a causa della mancata intesa fra gli Stati membri all’interno del Consiglio. In essa s’introduceva, ad esempio, una clausola che qualificava il “tempo di attesa” come estraneo all’orario di lavoro, così da smentire la consolidata giurisprudenza comunitaria sul punto. Se riproposta, tale clausola svuoterebbe o no il “contenuto essenziale” del diritto? E la clausola sull’ampliamento degli spazi datoriali di utilizzo flessibile dei moduli orari, a prescindere dalla mediazione della contrattazione collettiva?

Insomma, non è eccessivo ritenere che il modo con il quale il diritto *antico* al giusto tempo di lavoro verrà ulteriormente declinato, a partire dalla legislazione europea, potrà rappresentare un consistente banco di prova delle potenzialità sociali della CDFUE. E per definire i confini del “contenuto essenziale” del diritto al giusto tempo di lavoro e ai riposi, intangibile *in primis* dal legislatore comunitario, potrebbe risultare determinante, in seno al processo di valutazione di conformità della proposta alla CDFUE, tenere conto del patrimonio giurisprudenziale europeo formatosi nel corso di questi anni<sup>142</sup>, oltre che di altri parametri individuati dalla stessa CDFUE, quali il rispetto delle “tradizioni costituzionali comuni” (art. 52, par. 4, CDFUE) o l’osservanza dei principi posti dalla CEDU (art. 53 CDFUE).

La “integrazione della Carta nel processo legislativo” (per riprendere di nuovo il linguaggio della Commissione nella Comunicazione sulla strategia di attuazione della CDFUE) potrebbe, in definitiva, favorire una redислоcazione gerarchica vantaggiosa per i *diritti sociali*, a fronte dei tentativi di infiltrazione erosiva delle *libertà economiche*. In tale contesto, sarebbe opportuno, da parte dei legislatori europei, riaprire la discussione su una questione quasi del tutto negletta in quella sede, come le modalità di esercizio del diritto al riposo settimanale e festivo<sup>143</sup>. Il diritto alla cadenza domenicale e al tempo libero in coincidenza delle più importanti festività è, oggi,

<sup>140</sup> Su cui, per una sintesi, cfr. RICCI, *Tutela della salute e orario di lavoro*, in Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Giappichelli, Torino, 2010, 86-87; v. anche DEGRYSE, POCHET, *Quanto diritto sociale “produce” l’Europa?*, in Campedelli, Carrozza, Pepino (a cura di), *op. cit.*, 203.

<sup>141</sup> Cfr. le Comunicazioni della Commissione del 24 marzo 2010 e del 22 dicembre 2010, rispettivamente sulla prima e la seconda fase di consultazione delle parti sociali europee, ai sensi dell’art. 154 TFUE.

<sup>142</sup> Anche, ma non solo, alla luce degli spunti forniti, di recente, da LIPARI, *Diritti fondamentali e ruolo del giudice*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, 635.

<sup>143</sup> Questione nella sostanza rimessa alla competizione regolativa fra ordinamenti nazionali, sin dalla nota giurisprudenza sulla *Sunday Trading Legal Saga* (Corte Giust. 23 novembre 1989, causa C-145/88, *Torfaen* e sentenze successive).

fortemente minacciato dalla libertà di iniziativa privata, specie nell'ambito delle attività commerciali. Va tuttavia rimarcato che definire il "contenuto essenziale" di quel diritto significa in primo luogo determinarne le condizioni di fruizione più consone alla realizzazione dei principi personalistici e dignitari<sup>144</sup> che, sia nella nostra Costituzione che nelle Carte europee, risaltano in una dimensione non solo individuale, ma altresì sociale e collettiva<sup>145</sup>. Alla stregua di tale prospettiva, ridurre la "socialità" del tempo non lavorato nel fine settimana, o destinato al godimento delle principali festività, a una frazione temporale qualunque, convertibile in tempo "produttivo" in cambio di compensazioni monetarie, vuol dire rinunciare a spazi di sincronia sociale di cui, in una società che appare sempre più disarticolata e anomica, si avverte ancora impellente bisogno<sup>146</sup>.

---

<sup>144</sup> Cfr. RUGGERI, *Appunti per uno studio sulla dignità dell'uomo, secondo diritto costituzionale*, in *Rivista dell'Associazione italiana dei costituzionalisti*, 2011, n. 1.

<sup>145</sup> Su cui l'attenta analisi di SCALISI, *op. cit.*

<sup>146</sup> Alla stregua di tali principi, la Corte Costituzionale tedesca, con sentenza del 1° dicembre 2009, ha ritenuto costituzionalmente illegittima, ai sensi dell'art. 139 Cost. (che, nell'incorporare alcuni principi della Costituzione weimariana, stabilisce che "la domenica e le altre festività riconosciute vanno legalmente protette come giorni del riposo e dell'elevamento spirituale"), una legge della Città-Stato di Berlino che autorizzava l'apertura degli esercizi commerciali nelle quattro domeniche dell'Avvento<sup>146</sup>, dando prevalenza alle "esigenze di tutela della persona" a scapito della libertà di commercio. Una filosofia del tutto diversa sembra invece ispirare la Corte Costituzionale italiana in occasione della sentenza 21 aprile 2011, n. 150: nell'asseverare la legittimità costituzionale di una normativa regionale che, contravvenendo alla disposizione quadro statale (d. lgs. n. 114 del 1998), amplia a dismisura il numero delle giornate dedicate all'apertura domenicale e festiva degli esercizi commerciali per la vendita al dettaglio, la Corte ha sottolineato che ciò è funzionale all'obiettivo di "estendere l'area della libera scelta sia dei consumatori che delle imprese", con il risultato di produrre "effetti pro-concorrenziali", dunque in conformità con la competenza regionale in materia di "tutela della concorrenza" ex art. 117, comma 2, lett. e) Cost. Traspare dalla motivazione una modesta attenzione per i risvolti sociali della sentenza, confermata dal passaggio successivo, in cui la Corte dichiara costituzionalmente illegittima altra disposizione di legge che imponeva, in caso di apertura domenicale o festiva, una compensazione infrasettimanale: secondo la Consulta, tale misura, contrariamente a quella precedentemente considerata, determina una restrizione degli orari degli esercizi commerciali, con effetti penalizzanti per la libera competizione, contrastando con i limiti posti dalla disciplina quadro statale (e dunque in violazione della norma costituzionale sul riparto di competenze).

## I rapporti interordinamentali in una prospettiva orientata alla tutela dei diritti sociali europei

Lorenzo Zoppoli

1. La ricostruzione dei rapporti interordinamentali nel diritto del lavoro proposta oggi da Bruno Caruso ripercorre in modo approfondito ed originale un dibattito ormai risalente, che si fa però sempre più stringente e sembra spingere ciascuno studioso ad assumere una posizione netta a favore dell'una o dell'altra tesi. Perciò è più che legittimo pretendere che anche l'approccio metodologico ad una ricerca così ampia ed attuale come quella di cui oggi si discute porti acqua al mulino di una delle due tesi e, preferibilmente, a quella mono-ordinamentale. Mi permetto però di accennare ad un'ipotesi leggermente diversa, un'ipotesi che, anziché prendere classicamente le mosse dallo stato dell'arte nei rapporti complessivi tra diritti nazionali ed ordinamento dell'Unione, tenga conto prioritariamente della prospettiva dei diritti e, in modo particolare, della necessità di dare una base via via più solida ai diritti sociali quali nuovi diritti costituzionali di portata europea. Che questa sia la prospettiva in cui è possibile e, anzi, direi necessario orientare le operazioni interpretative del diritto dell'Unione europea mi pare ormai difficilmente contestabile. Checchè se ne pensi o, comunque, la si voglia leggere, la Carta dei diritti fondamentali dei cittadini europei è ormai un dato di diritto positivo incontrovertibile e, al suo centro, campeggiano i diritti sociali, ben al di là di quanto fossero originariamente contemplati dai trattati istitutivi. Certo il loro solenne riconoscimento è bilanciato da formule normative variamente cautelative: ed è il ben noto prezzo che alla politica deve pagare un ambizioso progetto politico-istituzionale, nutrito dalla pervicace volontà degli europei di non rinunciare agli avanzati modelli sociali conquistati in un mezzo secolo di pace e sviluppo. Le formule cautelative senza dubbio alimenteranno, complicandoli, fatiche e ragionamenti dei giuristi e degli operatori del diritto che, a tutti i livelli, dovranno calare nell'ordinamento vivente scelte normative spesso tortuose e adattabili. Proprio a tal riguardo però mi pare che, nella strada faticosamente apertasi per i diritti sociali nell'Europa a 27, si possa e si debba distinguere qualità ed incisività del contributo della giurisprudenza multilivello a seconda che si sia in presenza di: a) diritti sociali propriamente europei; b) diritti sociali ancora saldamente radicati nella tradizione nazionale; c) diritti sociali non emersi con nitidezza negli ordinamenti nazionali ma che sempre più trovano riconoscimento nel diritto primario europeo.

2. Per quanto riguarda i diritti sub a), emblematica mi pare la problematica dei diritti partecipativi e, in particolare, dei diritti di informazione/consultazione. Qui la giurisprudenza multilivello dà un importante contributo ad attribuire un nuovo significato ad un diritto costituzionale italiano (art. 46) che può essere riletto alla luce di un nuovo diritto sociale tipicamente europeo, qual è quello

oggi consacrato nell'art. 27 della Carta dei diritti fondamentali, ma che già ha conosciuto il lungo battesimo dovuto alle molte direttive approvate dai primi anni '90 ad oggi<sup>147</sup>.

Su questi diritti vi è chi insiste a porre in rilievo quanto ampia sia la distanza tra le formulazioni della Carta italiana del '48 e quelle cui si è man mano approdati nei *Bill of Rights* europei<sup>148</sup>. Pur essendo di indubbio interesse teorico ripercorrere le diatribe del passato, mi pare francamente di maggior rilievo rilevare che l'attuale sinergia ordinamentale può condurre alla costruzione di un diritto di nuova generazione suscettibile di essere fatto valere ora come non mai, soprattutto alla luce delle più recenti trasposizioni di direttive comunitarie e dell'importante giurisprudenza della CGE in materia. Certo non si tratta di diritti sociali che assumono le fattezze di maggiore latitudine ed incisività possibili alla luce di un'analisi comparata dei diversi ordinamenti nazionali (il diritto all'informazione e consultazione non equivale al pacchetto dei diritti contemplato dalla *Mitbestimmung* tedesca); ma non è questa una ragione per negare che di nuovi diritti sociali si tratti e che tali diritti si affermano in una dimensione giuridico-istituzionale europea prima inesistente. In sintesi si può sostenere che, anche con il contributo della giurisprudenza nazionale ed europea, avanza la costruzione di un diritto sociale tipicamente europeo quanto a contenuti e forme di tutele, diritto che va invero al meglio negli ordinamenti nazionali cui spetta apprestare i migliori contesti applicativi. Proprio in questa prospettiva – costruzione dei contesti ottimali – non mi pare abbia alcun senso avallare letture riduttive e statiche di Carte costituzionali come quella italiana del '48, che avrebbe accolto un'accezione poco moderna ed incisiva dei diritti di partecipazione. Assai più coerente rivalutare invece il dettato dell'art. 46 Cost., leggendolo alla luce di un'integrazione interordinamentale capace di portare valore aggiunto alla formula normativa.

**3.** Per quanto riguarda i diritti indicati sub b) nel paragrafo 1, si può utilmente ragionare intorno alla contrattazione collettiva. Anch'essa assurge, in virtù dell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali, ad un diritto sociale di stampo europeo. Ciononostante mi pare che le sue radici siano ancora troppo profondamente impiantate nei diritti nazionali perché si possa dire che il contributo giurisprudenziale sia stato sinora tale da veicolare una nuova collocazione nell'ordinamento europeo multilivello. Per cui rimangono profonde sfasature tra diritti nazionali costituzionali ed assetti normativi europei, sfasature pericolose da un punto di vista tanto teorico quanto pratico-regolativo. Discutendo della ricerca Prin in atto, mi ha colpito al riguardo la riflessione di Antonio Lo Faro<sup>149</sup> a proposito della concezione panpubblicistica dell'azione collettiva e della contrattazione collettiva che riemergerebbe nella più recente giurisprudenza della CGE. Al di là della sua riconducibilità ad un diritto nazionale (quello tedesco, che può essere discussa), condivido tale rilievo e, vorrei qui aggiungere, mi pare sicuramente interpretabile come un segnale di grave sottovalutazione del persistente pluralismo giuridico-istituzionale che ancora esiste a livello europeo in ordine ai principi fondanti dei sistemi di relazioni industriali e di

<sup>147</sup> Direttiva del Consiglio 94/45/CE del 22 settembre 1994; direttiva del Consiglio 97/74/CE del 15 dicembre 1997; direttiva del Consiglio 2001/86/CE dell'8 ottobre 2001; direttiva del Consiglio 2002/14/CE dell'11 marzo 2002; direttiva del Parlamento Europeo e del Consiglio 2004/25/CE del 21 aprile 2004; direttiva 2009/38/CE del 6 maggio 2009.

<sup>148</sup> v. Bronzini, *Diritti dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa*, in *Rass.dir.pub.eur.*, 2010, p. 32-33, che richiama una polemica pedrazzoliiana con Mortati; si potrebbe ricordare anche una analogia dialettica Blanke/Bercusson a proposito dell'art. 27 della Carta di Nizza: v. Zoppoli L., *Lavoro, impresa e Unione europea*, Milano, 2006, p. 106-107.

<sup>149</sup> Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rass.dir.pub.eur.*, 2010, p.81-82.

contrattazione collettiva. Come non rilevare al riguardo un insanabile contrasto di questa concezione con l'art. 39 c. 1 della Costituzione italiana, sul quale giurisprudenza costituzionale e pregevolissima dottrina hanno edificato i capisaldi del nostro diritto sindacale, immergendo la contrattazione collettiva in un bagno privatistico dal quale nessuno finora ha mai provato davvero a tirarla fuori? Mi sembra difficile per la verità che questo risultato sia perseguibile attraverso pur argomentatissime sentenze della CGE: esse potranno avere il significato di destare allarme e forse produrre qualche aggiustamento legislativo (com'è accaduto, ad esempio, in Svezia), ma modificare gli equilibri che stanno alla base di un certo assetto teorico-giuridico è compito più complesso che a mio parere richiede tecniche di armonizzazione più ampie e modulari di una decisione giurisprudenziale. Credo ad esempio che sia al riguardo assai più efficace un percorso di armonizzazione che prenda le mosse dai livelli contrattuali più strettamente interessati dai nessi interordinamentali, come la contrattazione transnazionale, per la quale da tempo si pensa ad una regolamentazione europea che valga ad introdurre un livello di regolazione sociale destinata inevitabilmente a ripercuotersi su procedure, soggetti e contenuti delle contrattazioni che si svolgono nei singoli ordinamenti.

**4.** La terza tipologia di diritti sociali ci porta infine a dare uno sguardo a quella giurisprudenza multilivello che arriva a disapplicare il diritto nazionale contrastante con diritti sociali derivanti dal diritto primario dell'Unione europea. Al riguardo vorrei proporre alcune brevi osservazioni su due tematiche che richiederebbero approfondimenti ben maggiori: il diritto antidiscriminatorio e la tutela contro la precarietà (o il diritto alla stabilità).

Riguardo al diritto antidiscriminatorio è noto quanto il diritto europeo abbia contribuito ad un'enorme evoluzione di tecniche e contenuti precettivi diretti a definire e sanzionare le discriminazioni connesse ai più svariati fattori. Proprio per questo non può non colpire come la giurisprudenza della Corte Europea appaia inesauribile nel dare una continua spinta propulsiva ai meccanismi regolativi in grado di conformare in modo incisivo i diritti nazionali. Al riguardo di particolare rilievo è la giurisprudenza in materia di divieti di discriminazioni connesse all'età, che ha fornito una preziosa occasione per affermare il principio, particolarmente incisivo, secondo cui il giudice nazionale può essere tenuto a disapplicare il diritto nazionale contrastante con un principio antidiscriminatorio, anche se quel divieto non è stato interamente recepito dal diritto nazionale, ma si rinviene in modo sufficientemente preciso nel diritto dell'Unione europea. Una recente sentenza della CGE in materia è stata oggetto di valutazioni particolarmente critiche e se ne possono intuire le ragioni<sup>150</sup>. A me invero non pare che la Corte abbia "esagerato", una volta che si concordi sul fatto che il divieto di discriminazioni per età trova un duplice puntello nell'ordinamento costituzionale europeo e nelle tradizioni costituzionali europee. Certamente siamo dinanzi ad un caso in cui se il diritto sociale a non essere discriminati in ragione dell'età perde uno dei due "agganci" costituzionali, può risultarne fortemente indebolito: al punto che l'obbligo di disapplicazione ad opera del giudice nazionale può apparire una forzatura istituzionale. Così però non è fino a quando un principio di diritto costituzionale europeo trovi un

<sup>150</sup> v. C. Giust., gr.sez., sentenza 19.1.2010, C-555/07, *Kücükdeveci v. Swedex GmbH & Co. KG*: su cui i commenti di Calafà e Di Federico, in RIDL, 2010, II, 993 ss.; Guarriello e Minolfi in DLM, 2011, n.1; la sentenza è anche variamente valutata da Papa, *Il fattore new- comer di discriminazione e il suo contemperamento con le politiche sociali nazionali*, in DLM, 2011, n.1.; Di Leo, *Il trattato di Lisbona, la disapplicazione e un ordine sistematico delle fonti nel sistema multilevel*, in LG, 2010, 8, p. 759 ss.; Mastroianni, *Il giudice italiano nel sistema delle fonti integrate*, paper.

preciso riscontro in una normativa secondaria dettagliata e da trasporre entro termini precisi negli ordinamenti nazionali, come nel caso del divieto di discriminazione in ragione dell'età. Il punto di debolezza qui sta proprio negli ordinamenti nazionali: ad esempio non è così agevole rinvenire nella Costituzione italiana un divieto di differenziare i trattamenti esclusivamente in ragione dell'età. In questi casi solo un robusto presidio del diritto sociale nel diritto comunitario può valere a far entrare anche nell'ordinamento nazionale una determinata tutela, collocandola a livello dei diritti costituzionalmente protetti.

Qualcosa di analogo – anche se in modo assai più embrionale – potrebbe accadere per il diritto alla stabilità del rapporto di lavoro, visto quanto meno come un diritto del lavoratore ad essere tutelati dal rischio di una arbitraria privazione del contratto di lavoro ad opera della decisione di recedere da parte del datore di lavoro. Un tale diritto si ritrova a chiare lettere nell'art. 30 della Carta dei diritti fondamentali, espresso come obbligo del datore di lavoro di motivare l'eventuale licenziamento del lavoratore. Sappiamo bene come tale obbligo sia ben lontano dal poter configurare un vero e proprio diritto alla stabilità; ma non è questo il profilo che voglio tornare ad affrontare. Mi pare invece di maggiore interesse il fatto che qualche giudice italiano<sup>151</sup> abbia rivalutato l'art. 30 al fine di mettere in dubbio la soluzione sanzionatoria prevista per la prolungata reiterazione di contratti a termine nelle pubbliche amministrazioni. E quel che mi pare meritevole di segnalazione è che nell'impostazione del giudice l'art. 30 della Carta europea sembrerebbe poter condurre persino al superamento di un altro principio di rango costituzionale (interno), cioè il principio del concorso ex art. 97 Cost. italiana (sebbene, in verità, il giudice non ponga nel caso citato le due norme in diretta contrapposizione). Probabilmente si tratta di una forzata utilizzazione della norma europea, alla quale si potrebbe opporre, oltre le note interpretazioni minimizzanti dello stesso art. 30<sup>152</sup>, un'applicazione della teoria dei controlimiti. O forse i controlimiti sarebbero fuori causa, in quanto il concorso non può costituire uno di quei principi essenziali che valgono a tener fuori dall'ordinamento nazionale principi basati sul diritto primario dell'Unione. L'argomento merita sicuramente di essere approfondito. Qui volevo limitarmi a richiamarlo come esempio assai significativo di come l'emergere di un diritto sociale nel diritto primario europeo – sebbene regolato senza una formulazione particolarmente incisiva – possa avere ripercussioni impreviste e possa saldarsi con tematiche finora rimaste tra loro slegate, quale il contrasto alla precarietà attraverso i meccanismi sanzionatori più efficaci<sup>153</sup>.

---

<sup>151</sup> v. per tutti, Trib. Siena 27. 9. 2010, in LPA, 2010, p. 869.

<sup>152</sup> v., da ultimo, Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, in *Rass.dir.pub.eur.*, 2008, p. 121 ss.

<sup>153</sup> Nel ragionamento di Trib. Siena 27. 9. 2010 proprio il richiamo al diritto costituzionale europeo imporrebbe di disapplicare la norma nazionale che esclude la sanzione della conversione del contratto a termine con la pubblica amministrazione reiterato innumerevoli volte.

**Considerazioni conclusive.  
Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona**

Silvana Sciarra

- |   |    |
|---|----|
| 1. Dialogo fra corti e principio di leale cooperazione: la teoria del 'diritto valido'. | 54 |
| 2. Principi generali di diritto europeo.  | 58 |
| 3. Diverse funzioni dei diritti fondamentali.   | 62 |



## 1. Dialogo fra corti e principio di leale cooperazione: la teoria del 'diritto valido'

L'ordinamento multilivello, secondo una terminologia ormai ampiamente diffusa e molto evocativa, raccoglie le sfide di dottrina e giurisprudenza nel comprendere l'espansione del diritto oltre lo stato. Si tratta, a ben vedere di una metodologia, oltre che di una tecnica interpretativa, che si presta a cogliere una sempre più spinta interconnessione degli ordinamenti nazionali, nel confronto con il diritto sovranazionale. Per il diritto del lavoro e per le politiche sociali europee questa sfida si colora di toni intensi, poiché serve a comprendere il processo di comunicazione fra mercati del lavoro nazionali, a fronte della sempre più spinta integrazione del mercato interno. Affermare il ruolo non subordinato, ma equiparato delle norme sociali rispetto alle libertà economiche è un esercizio tutt'altro che accademico, specialmente dopo la controversa giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalle sentenze Viking e Laval<sup>154</sup>.

L'analisi dell'ordinamento multilivello valorizza il dialogo e la cooperazione fra corti, oltre che fra gli attori istituzionali<sup>155</sup>. A questo si affianca l'osservazione del ruolo svolto da attori non istituzionali o quasi istituzionali, quali sono le parti sociali europee, tanto da fare parlare di un nuovo assetto della democrazia deliberativa<sup>156</sup>. Su questo punto tornerò per citare l'espansione in atto del così detto dialogo sociale settoriale.

Intorno alla cooperazione giudiziaria ruota la ricerca di Hans Micklitz<sup>157</sup>, basata su un'ampia casistica giurisprudenziale. Questo lavoro richiama quell' 'accoppiamento strutturale' fra politica e diritto che guida alcuni filoni teorici di approfondimento e valorizza le ragioni storiche e teoriche poste alla base della giuridificazione, nei suoi diversi risvolti disciplinari.

È importante rintracciare nella dottrina europea, anche attraverso indagini come quella citata, le origini del dibattito sul rinvio pregiudiziale dalle corti nazionali alla Corte di giustizia, al fine di comprendere fenomeni diffusi di integrazione attraverso il diritto. Sullo sfondo si stagliano figure di studiosi assai autorevoli, quali Mauro Cappelletti e Joseph Weiler, che non hanno mai trascurato di valorizzare nella loro ricerca il ruolo innovatore dei giudici.

Secondo la ben nota analisi di Weiler, dietro il sofisticato meccanismo del rinvio pregiudiziale si scorge talvolta l'ansia dei governi nazionali di liberarsi da vicende scomode, delegandole a una Corte che siede a Lussemburgo. La Corte deve, in questi casi di 'politicizzazione' o 'giuridificazione' delle controversie, saper mettere alla prova la sua capacità di *self-restraint* e non invadere la sfera di azione del legislatore, in assenza di uno stato europeo e di una Costituzione. Sempre a Weiler si deve la coerente denuncia di una lacuna nei Trattati, quella che attiene ai diritti fondamentali, molto più grave del deficit democratico, erroneamente denunciato da molti quale dato genetico squilibrato nella costruzione dell'ordinamento europeo.

---

\* Ringrazio la dott.ssa Mariagrazia Militello per il prezioso aiuto fornitomi nella redazione delle note. Restano solo miei gli errori e le omissioni.

<sup>154</sup> Cfr. Corte di giustizia, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*; Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*.

<sup>155</sup> Cfr. Ricci, *Il diritto al "giusto" tempo di lavoro nel sistema costituzionale multilevel*, in questo quaderno.

<sup>156</sup> Cfr. Abignente, *Fonti, principi, concretizzazione, Spunti di riflessione sul dibattito intorno ai diritti sociali nel sistema comunitario*, in questo quaderno.

<sup>157</sup> Hans-W. Micklitz, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU – Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge University Press, 2005.

Queste considerazioni sono ancora di straordinaria attualità, così come lo è l'analisi empirica dei comportamenti assunti da attori organizzati, portatori di interessi collettivi, nonché l'osservazione delle dinamiche inter-istituzionali, messe in moto dalla giurisprudenza della Corte, quando essa decide su rinvio dei giudici nazionali<sup>158</sup>. Un caso esemplare è ancora rappresentato dalla serie di decisioni sul '*Sunday trading*', prova inconfutabile di un uso strategico del diritto europeo, specialmente nel Regno Unito. Ugualmente rilevante è stata, non soltanto nel Regno Unito, la funzione propulsiva di organismi indipendenti che perseguono la lotta alle discriminazioni. Il metodo adottato in queste ricerche affianca allo studio della giurisprudenza quello delle modalità di emersione degli interessi diffusi, attraverso l'azione strategica di gruppi o organismi portatori degli interessi medesimi.

Il quesito principale che si pone la dottrina più accorta, sulla scia di un'analisi non meramente esegetica, è se il rinvio pregiudiziale, che può a ragione essere considerato l'espressione più dinamica dell'ordinamento multilivello, serva a consolidare un sistema di diritti soggettivi azionabili da parte dei cittadini europei. Ancora più complesso e lungimirante è il quesito circa la nascita di un sistema di veri e propri diritti di cittadinanza nell'UE.

La risposta è complessa e deve essere cercata anche nelle pieghe della giurisprudenza sulle sanzioni da infliggere agli stati inadempienti, secondo una casistica che si snoda da *Francovich* a *Brasserie*<sup>159</sup>. Un equilibrio, a questo proposito, deve ancora essere raggiunto, come indica la controversa decisione della Corte del lavoro svedese che si è espressa sul caso *Laval*, infliggendo al sindacato un'inusitata condanna per danni<sup>160</sup>.

Alla luce di quanto detto fino a ora, si presta ad una lettura attenta l'art. 19.2 del TUE, una delle novità introdotte con la ratifica del Trattato di Lisbona, che parla di 'tutela giurisdizionale effettiva' nei settori disciplinati dal diritto dell'UE. Non vi è dubbio che, nonostante questa novità, più sfumata potrebbe rivelarsi, per lo meno allo stato dei fatti, la tutela dei soggetti collettivi, sia pure nella nuova dimensione proposta dal TUE.

Con uguale interesse si deve leggere l'art. 4.3 TUE, che sottolinea il principio di leale cooperazione tra Unione e stati membri nell' 'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati'.

Affiora nuovamente, come si vede, la nozione di cooperazione, quasi a voler confermare la scelta metodologica enunciata in apertura di queste note. Questo consente di osservare attentamente il regime delle competenze, che è all'origine di un corretto uso della metodologia multilivello<sup>161</sup>.

È tutto da esplorare – anche per i giuristi del lavoro – il federalismo cooperativo che emerge dai nuovi assetti istituzionali del 'dopo Lisbona', così come si profila densa di suggestioni la così detta '*mixed administration*', che deve sempre più ispirare i comportamenti degli stati, ma che talvolta

<sup>158</sup> Lusinghiero a questo proposito il rinvio che Micklitz fa alla ricerca da me coordinata sui rinvii pregiudiziali in alcune aree cruciali del diritto del lavoro. Si veda S. Sciarra (a cura di), *Labour Law in the Courts: National Judges and the Ecj*, Hart Publishing, 2001.

<sup>159</sup> Cfr. Corte di giustizia, 9 novembre 1995, C-479/93, *Andrea Francovich c. Repubblica italiana*; Corte di giustizia, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e a.*

<sup>160</sup> Nell'ambito di questo progetto PRIN si è svolta a questo riguardo l'indagine del gruppo fiorentino. I risultati si possono leggere in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, n. 3, p. 363 ss., con interventi di Sciarra, Bruun, Malmberg, Orlandini, Lo Faro, De Witte e Zahn. Cfr. anche, per una prima ricognizione, M. Faioli, *Sciopero e risarcimento del danno per la giurisprudenza svedese nel caso Laval*, DRI 2011

<sup>161</sup> Di "sovranità denegata" parla Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n. 1, p. 254.

stenta a rivelarsi nelle sue molteplici e promettenti esternazioni, come vero e proprio *'acting together'*<sup>162</sup>.

Si guardi, ad esempio, l'art. 291.3 TFUE, un'altra importante novità che punta a stringere i legami fra gli attori istituzionali. Seguendo la procedura legislativa ordinaria, Parlamento e Consiglio determinano regole e principi generali affinché gli stati membri possano esercitare il controllo sugli atti di esecuzione attribuiti alla Commissione, al fine di assicurare l'uniformità degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione<sup>163</sup>.

Per quanto riguarda il diritto sociale europeo, non vi è dubbio che un nuovo spirito di cooperazione sia ora richiesto alle amministrazioni nazionali, nell'accentuarsi della mobilità dei soggetti economici e dei lavoratori. Ancora una volta la giurisprudenza *Laval* ha evidenziato lacune a questo riguardo, anche nell'esemplare modello svedese.

Non a caso, la filosofia della cooperazione fra stati ispira il ragionamento svolto da Mario Monti in un rapporto redatto su richiesta della Commissione, per raccogliere le ansie dei cittadini europei di fronte alle sfide del mercato interno e tentare di offrire risposte rassicuranti<sup>164</sup>. La rilevanza dei diritti sociali a esercizio collettivo – la contrattazione collettiva e lo sciopero – emerge anche da quelle pagine, dense di suggerimenti volti a limitare se non a prevenire il conflitto, quando vi è il rischio di intaccare le libertà economiche fondamentali, come garantite dai Trattati.

Un altro aspetto su cui soffermare l'attenzione, nell'evidenziare l'attualità della metodologia multilivello, riguarda il ruolo della dottrina.

Colpisce, a questo riguardo, lo sforzo prorompente di un gruppo di giuristi, attivi presso l'Università di Copenaghen, orientato a una riscoperta del realismo giuridico scandinavo<sup>165</sup>.

La ricerca in questione spiega il doppio, e forse multiplo, radicamento del diritto dell'UE, facendo ricorso alla teoria del *'diritto valido'* di Alf Ross. L'immagine del *'diritto in azione'* si muove sullo sfondo di considerazioni che portano in primo piano esempi di efficienza degli ordinamenti, come accade quando il diritto è radicato nei fatti sociali e si sforza di interpretarli. Altrettanto forte è il segnale di efficienza che viene dalla reattività del legislatore danese nei confronti delle pronunce rese dalla Corte suprema. La distanza fra ideologia e fatti è in quell'ordinamento quasi irrilevante, secondo i canoni di un realismo giuridico adattabile e pronto a recepire i cambiamenti<sup>166</sup>.

Se applicata al diritto sociale europeo, tale teoria dimostra, in modo assai meno lineare, che la *'validità'* delle fonti, siano esse di rango primario o secondario, dipende dal grado di osservanza da parte degli stati membri ed anche dal ruolo attivo delle corti.

---

<sup>162</sup> Schütze, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (new) European Union*, in *Common Market Law Review*, 2010, n. 4, p. 1420.

<sup>163</sup> Si veda ora il Regolamento (UE) n. 182/2011, del Parlamento europeo e del Consiglio, 16 Febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione. L'art. 3 del Regolamento ridefinisce i compiti dei comitati che affiancano la Commissione nell'esercizio dei nuovi poteri di controllo.

<sup>164</sup> *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso di Mario Monti, 9 maggio 2010.

<sup>165</sup> U. Neergaard, R. Nielsen, L. Roseberry (a cura di), *The role of courts in developing a European social model. Theoretical and methodological perspectives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010. V., in particolare, il capitolo di R. Nielsen, *Scandinavian legal realism and EU law*, p. 229 ss.

<sup>166</sup> Cfr. Nielsen, *Scandinavian legal realism and EU law, cit.*, qui p. 243.

Per confermare queste considerazioni, non può mancare il riferimento al caso *Defrenne (2)*, che per primo svelò lo straordinario impatto del Trattato nel garantire l'osservanza del principio di parità retributiva fra uomo e donna. Gli ordinamenti nazionali, fino ad allora reticenti, furono costretti a introdurre cambiamenti radicali, in risposta all'efficacia diretta della fonte europea<sup>167</sup>. Né si può omettere di citare il caso *Danfoss*, che verso la fine degli anni ottanta dello scorso secolo, consentì ai sindacati danesi di superare un'iniziale riluttanza verso il diritto europeo, accettando un test di compatibilità fra valutazioni arbitrali del salario minimo garantito nei contratti collettivi e le norme del Trattato<sup>168</sup>.

Proviamo a fare un salto nell'attualità e usiamo la nozione di 'diritto valido' per leggere la sentenza del *Bundesverfassungsgericht* nel caso *Honeywell*<sup>169</sup>. Fra i molti passaggi di un caso assai complesso, è utile citare il concetto di *Europarechts Freundlichkeit*, che la Corte pone al centro della sua decisione. Esso sta a significare '*favor*'<sup>170</sup> verso il diritto europeo, ovvero 'apertura' allo stesso<sup>171</sup> e offre spunti di riflessione importanti alla dottrina e alla giurisprudenza impegnate nella ricerca di criteri di temperamento fra fonti nazionali e sovranazionali<sup>172</sup>. Esso diviene la chiave di lettura in un'intricata vicenda giurisprudenziale che mette a confronto taluni aspetti della sovranità nazionale con il primato del diritto europeo. Favore e apertura verso l'Europa si ergono a strumenti ermeneutici che assistono la Corte nell'esaminare profili di controllo *ultra vires*, a tutela dell' 'identità dei principi costituzionali tedeschi'. Si può dire che il controllo su questo confine mobile dell'ordinamento multilivello sia esercitato, ancora una volta, secondo un principio di cooperazione fra corti, anche al massimo livello delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali.

Non si tratta dunque di un attacco frontale alla Corte di giustizia, ma di una verifica attenta dei suoi poteri, entro le competenze che il Trattato ad essa riconosce. L'affermazione di un principio europeo che vieta le discriminazioni per età, anche se discutibile sul piano sistematico al tempo della decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso *Mangold*, non urta irreparabilmente contro i confini costituzionali nazionali, poiché la violazione delle competenze appare alla Corte tedesca 'sufficientemente qualificata'. Si deve evidenziare a riguardo l'uso di quello che potremmo definire linguaggio multilivello, che prova a compenetrare tutele e principi ispiratori provenienti dall'ordinamento nazionale e da quello sovranazionale.

<sup>167</sup> Cfr. Corte di giustizia, 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne*, caso eclatante di controversia strategica abilmente guidata da E. Vogel – Polsky, a cui si deve l'intuizione di una strategia giudiziaria – volta alla valorizzazione del diritto europeo – che si è rivelata foriera di sviluppi straordinari.

<sup>168</sup> Cfr. Corte di giustizia, 31 maggio 1989, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, che agisce per conto della Danfoss*. In occasione di questa pronuncia, la Corte ha, infatti, affermato il principio in base al quale il trattamento retributivo differenziato è legittimo solo quando esso, pur riguardando solo le donne ed essendo dunque potenzialmente discriminatorio, sia motivato da una ragione oggettiva, quale nel caso di specie la necessità che i lavoratori siano dotati di una particolare formazione professionale o siano disponibili ad una determinata flessibilità dell'orario di lavoro o agli spostamenti. Viceversa non ha ritenuto una giustificazione ammissibile la cattiva qualità del lavoro delle donne in quanto tali.

<sup>169</sup> Bundesverfassungsgericht, Ord. 6 luglio 2010, *Mangold C. Honeywell*, in *Foro Italiano*, 2010, IV, p. 533 con nota di R. Caponi, *La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca*. Cfr. G. Bronzini, *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questo quaderno.

<sup>170</sup> Secondo la traduzione di R. Caponi, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, leggibile su [www.astridonline.it](http://www.astridonline.it) e anche in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1103 ss.

<sup>171</sup> Questa la traduzione proposta da M. Fuchs, *La lunga storia del caso Mangold*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, qui p. 87.

<sup>172</sup> Cfr. Bronzini, *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit.

La teoria del 'diritto valido', in questo esempio concreto che tanto ha appassionato la dottrina europea, mostra profili importanti, sia per l'impatto iniziale della decisione della Corte di giustizia sul legislatore tedesco<sup>173</sup>, sia per l'equilibrata risposta fornita ora dai giudici tedeschi<sup>174</sup>.

## 2. Principi generali di diritto europeo.

Anche dopo il Trattato di Lisbona il contesto istituzionale dell'UE – è bene ricordarlo – non è cambiato. Non c'è uno stato europeo e gli stati membri non hanno perso la loro statualità individuale<sup>175</sup>.

La compenetrazione fra ordinamenti si raggiunge attraverso formule talvolta sfuggenti, si potrebbe quasi dire compensative delle peculiarità insite nell'ordinamento mutilivello, poste come sono a metà strada fra criteri quantitativi e qualitativi. Basti pensare al principio di proporzionalità, che tanta parte gioca nel salvaguardare le zone di residua statualità.

Si confermano queste osservazioni se volgiamo lo sguardo verso un altro caso controverso, deciso dalla Corte di Giustizia. In *Kücükdeveci*<sup>176</sup> la Corte valuta se sussiste una discriminazione per età nei confronti di una lavoratrice, per la quale non è stata computata, ai fini del calcolo del termine di preavviso nel licenziamento intimato dal datore di lavoro, l'anzianità maturata fino al compimento dei 25 anni. Ancora una volta, taluni istituti che attengono al rapporto di lavoro e alle sue vicende interne, sono evocati nell'applicazione del principio di parità di trattamento, ottenendo in tal modo un effetto trasversale, che investe l'esercizio dei poteri datoriali<sup>177</sup>. Anche la materia dei licenziamenti, su cui, come è noto, non esiste legislazione secondaria europea, finisce con l'essere illuminata da un principio fondamentale, che ha l'effetto di ridimensionare la discrezionalità delle scelte datoriali.

Il principio fondamentale, applicato in una controversia fra privati, è evocato, nel caso di cui si discute, con riferimento alla Direttiva 2000/78, anche se non è del tutto chiaro in situazioni analoghe quale sia la fonte nazionale di trasposizione della Direttiva negli ordinamenti nazionali. Sorge dunque il dubbio, non ancora risolto, di cosa debba intendersi per 'attuazione del diritto dell'Unione' da parte dei giudici nazionali<sup>178</sup>. Un nuovo assetto delle fonti sta emergendo per via giurisprudenziale, con riferimento all'uso multilivello dei principi fondamentali. La sfida più complessa riguarderà i diritti fondamentali sanciti dalla Carta e in particolare l'interpretazione dell'art. 51.1.<sup>179</sup>

<sup>173</sup> Cfr. M. Fuchs, *The Transposition of EU Antidiscrimination Legislation into German Labour Law*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 53/2007.

<sup>174</sup> Questa sembra essere l'opinione di M. Mahlmann, *The politics of constitutional identity and its legal frame in the ultra vires decision of the German Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal* 2011, vol 11, n. 12, p. 1415, visibile in <http://www.germanlawjournal.com/>.

<sup>175</sup> Una conferma in L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Giuffrè, 2010, p. 38.

<sup>176</sup> Cfr. Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*. Cfr. A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 82/2010.

<sup>177</sup> Cfr. M. Militello, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 2010, n. 1, p. 85 ss.

<sup>178</sup> Si veda infatti, con riferimento a questo caso, la posizione perplessa dell'editorialista in *The scope of application of the general principles of Union law: an ever expanding Union?*, in *Common Market Law Review* 2010, p. 1589 ss.

<sup>179</sup> In tema B. de Witte, *Direct effect, primacy, and the nature of the legal order*, in P. Craig, G. De Burca (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, II edizione, 2011, p. 323 ss.

Utile a tale proposito appare la proposta recentemente avanzata di definire 'norma-regola' la parità di trattamento e 'norma-principio' il principio di uguaglianza<sup>180</sup>. La parità, intesa come regola e dunque inerente alle tutele che scaturiscono dal contratto di lavoro, sembra emergere da *Kücükdeveci*, come pure da un altro caso recente<sup>181</sup>, in cui la Corte ritiene discriminatoria la scelta di non corrispondere una indennità di licenziamento al lavoratore che, al momento del recesso del datore di lavoro, percepisce una pensione di vecchiaia, per aver aderito a tale regime pensionistico prima dei cinquant'anni di età. L'indennità, si sostiene correttamente, ha come obiettivo di facilitare il passaggio ad altro impiego anche per un lavoratore in età avanzata, con una rilevante anzianità di servizio presso il medesimo datore di lavoro, perseguendo una legittima finalità di reinserimento dello stesso nella vita lavorativa.

Diversa appare la posizione della Corte quando la parità di trattamento finisce con l'incidere sulle politiche del mercato del lavoro e dunque sulle scelte discrezionali degli stati in merito alle politiche occupazionali e all'età di pensionamento. In *Mangold*, ad esempio, la Corte non entra nel merito delle scelte di sostegno all'occupazione di lavoratori ultracinquantenni, attraverso il ricorso a contratti a termine, scelta che, a tacere d'altro, l'avrebbe condotta sul terreno scivoloso dell'interpretazione della clausola di non regresso. Così pure in *Palacios de la Villa*<sup>182</sup> non si addentra nel valutare la clausola del contratto collettivo che fissa l'età pensionabile al raggiungimento di 65 anni, al fine di promuovere l'occupazione.

Più recentemente in *Rosenbladt*<sup>183</sup> la Corte ritiene la disparità di trattamento, consistente nella previsione di clausole di cessazione automatica dei rapporti di lavoro per raggiungimento da parte del lavoratore subordinato dell'età pensionabile, giustificata da obiettivi legittimi di politiche occupazionali, favorevoli all'inserimento professionale dei giovani lavoratori.

La domanda da porsi è se questi equilibri multilivello cambino nel quadro disegnato dal Trattato di Lisbona e la risposta che si va delineando è ancora dubitativa, anche se sembra emergere una linea di continuità evolutiva. Vediamo perché.

I diritti fondamentali, come ci ricorda la Corte tedesca, restano principi generali del diritto. Nel Preambolo della Carta di Nizza, a cui ora si attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati, si dice espressamente che essa 'riafferma' i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali degli stati membri e dagli obblighi internazionali comuni, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione, tanto da suggerire che questa fonte abbia un carattere 'documentale' e non normativo<sup>184</sup>.

È indubitabile, tuttavia, che si vada accentuando il ricorso ai principi generali del diritto europeo come a veri e propri criteri interpretativi, posti a salvaguardia di una coerenza sovranazionale dell'ordinamento, visto che essi incidono sulle iniziative legislative delle istituzioni europee, come

<sup>180</sup> N. Di Leo, *Il Trattato di Lisbona, il potere di disapplicazione del giudice e un ordine sistematico delle fonti nel sistema multilevel*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, p. 759.

<sup>181</sup> Corte di giustizia, 12 ottobre, C- 499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark c. Region Syddanmark*.

<sup>182</sup> Corte di giustizia, 16 ottobre 2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*.

<sup>183</sup> Corte di giustizia, 12 ottobre 2010, C- 45/09, *Gisela Rosenbladt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*.

<sup>184</sup> Cfr. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 181.

pure degli stati membri<sup>185</sup>. Utile potrebbe essere, a questo proposito il ricorso alle clausole orizzontali contenute negli articoli 8 e 9 TFUE<sup>186</sup>.

Non si può omettere di osservare che nel corpo del Preambolo della Carta, in modo ritenuto da molti irrituale, vi è un rinvio alle spiegazioni elaborate dal *Praesidium* della Convenzione che redasse la Carta. Ad esempio, l'art. 27 in materia di diritti di informazione e consultazione specifica che i 'livelli appropriati' per garantire che tali diritti siano correttamente esercitati sono quelli previsti dal diritto dell'Unione e dalle prassi e leggi nazionali. La spiegazione di questa norma, in cui si specifica che i diritti si esercitano 'nell'ambito dell'impresa', è visibilmente arretrata rispetto a quanto successo sia nella rifusione della Direttiva sui CAE<sup>187</sup>, sia nella prassi della contrattazione transnazionale che da essa trae origine.

Questo appena citato è un chiaro esempio di irrilevanza della spiegazione del *Praesidium*, a fronte del 'diritto valido', quello che emerge da nuovi fenomeni sociali e che, per lo meno in parte, è catturato dalla legislazione europea secondaria.

Nel corpo dell'ordinamento multilivello, interpretato in modo da comprendere la giuridicità dei diritti sociali ad esercizio collettivo e la loro piena azionabilità, si scorge un *vulnus*, che non è facile curare.

In *Commissione contro Repubblica federale di Germania*<sup>188</sup> si fa riferimento all'art. 28 della Carta, che riconosce il diritto di negoziazione collettiva, in combinato disposto con l'art. 52.6, in cui si richiamano le legislazioni e prassi nazionali nell'interpretazione dei diritti e principi fondamentali in essa sanciti. Questo consente alla Corte di non includere la contrattazione collettiva in una sfera di immunità, che la protegga dalle norme in materia di concorrenza. Non è *Albany* la giurisprudenza cui la Corte fa riferimento, bensì *Viking*, a conferma che il linguaggio multilivello sa tingersi talvolta di colori forti per cogliere le spinte del mercato verso una integrazione senza ostacoli sociali. È bene ricordare che, nel caso di cui si discute, il contratto collettivo istituisce un fondo di previdenza integrativa. Il mero riferimento all'art. 9.3 della Costituzione tedesca, che riconosce il diritto all'autonomia delle parti sociali, non ferma la Corte da un esercizio di contemperamento fra tale diritto e altri diritti ritenuti ugualmente fondamentali.

In *AG2 R Prévoyance*<sup>189</sup> si discute di un contratto collettivo che prevede l'iscrizione obbligatoria a un istituto previdenziale incaricato di rimborsare le spese mediche sostenute dai lavoratori dipendenti. Il quesito principale, già affrontato dalla Corte da *Albany* in poi, riguarda l'estraneità di accordi collettivi sottoscritti da rappresentanti delle imprese e dei lavoratori rispetto all'ambito di applicazione dell'art. 101.1 TFUE.

<sup>185</sup> Si veda tra l'altro Commissione europea, 19 ottobre 2010, COM(2010) 573 def., Comunicazione della Commissione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in cui i diritti fondamentali sono indicati come base imprescindibile per le politiche europee da porre in essere.

<sup>186</sup> L'art. 9 è stato citato dall'AG Pedro Cruz Villalon nelle sue Conclusioni del 5 maggio 2010, C- 515/08, *Procedimento penale a carico di Vitor Manuel dos Santos Palhota e a.*, anche se la Corte non ne ha tenuto conto nella sua decisione. Inoltre, il Consiglio, nelle sue Decisioni sugli orientamenti in materia di occupazione formalmente indirizzate agli stati membri, fa espresso riferimento all'art. 9 TFUE. Tale norma è da ritenersi vincolante per le istituzioni europee e per gli stati membri nell'adottare misure idonee a garantire un elevato livello di occupazione, un'adeguata protezione sociale e a perseguire la lotta contro l'esclusione sociale.

<sup>187</sup> Direttiva 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (rifusione).

<sup>188</sup> Corte di giustizia, 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*.

<sup>189</sup> Corte di giustizia, 3 marzo 2011, C- 437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*.



Tale accordo, è bene ricordarlo, è reso vincolante a seguito di una decisione della pubblica autorità, su richiesta delle parti firmatarie. Su questo si basa il richiamo che la Corte opera all'art. 4.3 TUE, prima citato a sostegno della più forte rilevanza, dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, del principio di leale cooperazione fra Unione e stati membri. La Corte si muove dunque su un solco già tracciato e ne accentua la rilevanza, nel contesto di una generale valorizzazione delle novità risultanti dai Trattati.

Questa giurisprudenza esalta, come si è visto, la funzione sociale dei contratti collettivi, quando essi istituiscono organismi guidati nella loro azione dal principio di solidarietà. Anche se importante e degna di essere sottolineata, una tale interpretazione sembra segnare un cammino distinto per tutti gli altri contratti collettivi, quasi che sulla funzione tradizionale da sempre assolta dagli stessi non si debba ugualmente imprimere il marchio della solidarietà.

A fronte di questo strabismo della Corte, dovuto anche al fatto che non tutti gli accordi collettivi presentano caratteristiche di vincolatività *erga omnes*, non resta agli interpreti e alla dottrina più critica che augurarsi una rapida inversione di tendenza della giurisprudenza *Laval*.

Alaimo e Caruso<sup>190</sup> suggeriscono, ad esempio, di valorizzare, in un'interpretazione innovativa e al tempo stesso propulsiva della norma, l'espressione 'economia sociale di mercato', contenuta nell'art. 3 TUE. La norma in questione, tuttavia, ci ricorda che verso tale obiettivo l'Unione 'si adopera'. Si affida in tal modo a una formula descrittiva e non prescrittiva l'impulso che dovrebbe rimuovere gli ostacoli più consistenti verso un migliore equilibrio fra diritti sociali e libertà economiche.

L' 'accoppiamento strutturale' fra diritto e politica, citato in apertura di queste note, non può che risultare da delicati equilibri istituzionali, in cui l'apporto dei soggetti collettivi in quanto soggetti privati rimane marginale, pur essendo tutt'altro che marginale il loro ruolo negli ordinamenti nazionali.

Gli stessi autori propongono di leggere l'art. 11 TUE in combinato disposto con l'art. 152 TFUE. La prima norma, introdotta con il Trattato di Lisbona, apre i 'canali' della comunicazione e favorisce il 'dialogo' con le 'associazioni rappresentative e la società civile'. La seconda, anch'essa una novità, si occupa specificamente del dialogo sociale, tenendo conto delle diverse tradizioni nazionali e menziona – dato questo da non sottovalutare – il rispetto della 'autonomia' delle parti sociali. C'è dunque da chiedersi se un posto a sé, rilevante e specifico, sia stato riservato al ruolo di soggetti organizzati per la difesa degli interessi collettivi, funzionalmente diverso rispetto alla democrazia partecipativa auspicata dall'art. 11.

Il dialogo sociale settoriale, ad esempio, è già conformato in modo consistente dalle indicazioni della Commissione<sup>191</sup>, secondo criteri selettivi di rappresentatività del tutto peculiari e adatti a cogliere il senso di una organizzazione sovranazionale degli interessi collettivi.

Nonostante si parli, a questo riguardo, di fonti volontarie, che non trovano fondamento nel Trattato se non per il generico favore che lo stesso dimostra verso soluzioni negoziali autonome

---

<sup>190</sup> A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, cit.

<sup>191</sup> Decisione della Commissione del 20 maggio 1998, che istituisce comitati di dialogo settoriale per promuovere il dialogo tra le parti sociali a livello europeo, COM(1998) 322 def.



rispetto al diritto europeo, tali fonti si diffondono costantemente e sempre più si diversificano, talvolta sconfinando nel territorio della contrattazione collettiva globale<sup>192</sup>.

### 3. Diverse funzioni dei diritti fondamentali.

Si può dunque tentare di tirare le fila dei ragionamenti svolti fino ad ora, a conclusione di un dibattito appassionato, come emerge dai saggi che precedono queste note conclusive.

Nell'ordinamento multilivello si profilano sempre più nettamente diritti sociali universali azionabili nel mercato del lavoro. Si pensi all'art. 29 della Carta di Nizza, che prevede l'accesso a servizi di collocamento gratuito per ogni 'persona', dunque non solo per i cittadini lavoratori europei. Così pure l'art. 34, che riconosce il diritto di ogni 'persona' che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione alle prestazioni di sicurezza sociale<sup>193</sup>.

La Corte si muove con oscillazioni nella giurisprudenza dei così detti diritti di cittadinanza e fa ricorso al principio del 'collegamento reale' con il mercato del lavoro del paese ospitante, quando il lavoratore esercita il diritto alla libera circolazione<sup>194</sup>. In *Vatsouras*<sup>195</sup>, anche con riguardo alla Direttiva 2004/38, in materia di diritti dei cittadini europei e dei loro familiari a circolare liberamente negli stati membri dell'Unione, la Corte sostiene che, indipendentemente dalla durata del contratto di lavoro o dall'aver fruito di una retribuzione molto bassa, il lavoratore non è solo per questo privato del suo *status* nello stato ospitante. Tuttavia l'accesso a una prestazione finanziaria che faciliti la ricerca del lavoro e che rafforzerebbe la posizione del lavoratore può essere negato se non si dimostra, ad esempio, di essere stati attivi nella ricerca di una occupazione.

È ampio, come si vede lo spettro di valutazioni entro cui la Corte si muove, affrontando test di proporzionalità di volta in volta mutevoli e legati a fattispecie concrete fra sé distanti. Come ha scritto Eleanor Spaventa, richiamando le parole di Jacques Delors a proposito del mercato interno e delle sue regole, non è facile innamorarsi di un'idea di cittadinanza che a quel mercato resta così strettamente vincolata<sup>196</sup>. La sfida multilivello consiste in questo caso nell'elaborare parametri sempre più oggettivi, tali da compenetrare le scelte nazionali con una pratica di diritto uniforme all'interno dell'Unione.

Su un versante diverso si sviluppano i diritti fondamentali dei lavoratori che attengono all'esercizio dei poteri datoriali nei rapporti di lavoro. Come emerge bene dalla ricerca di Giancarlo Ricci<sup>197</sup>, l'orario di lavoro è il terreno più fertile su cui si è esercitata la Corte di giustizia per individuare

<sup>192</sup> Si veda ad esempio European Commission, *Industrial relations in Europe 2010*, Lussemburgo, POEU 2011; S. Clauwaert, I. Schömann, *European social dialogue and transnational framework agreements as a response to the crisis?*, ETUI Policy Brief European Social Policy Issue 4/2011.

<sup>193</sup> Cfr. E. Ales, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, n. 2, p. 203 ss.

<sup>194</sup> Si veda, ad esempio, Corte di giustizia, 18 novembre 2008, C – 158/07, *Förster* in cui la Corte ritiene legittimo il requisito della permanenza nello stato ospitante per cinque anni, al fine di poter fruire di un assegno di formazione; mentre in Corte di giustizia, 15 marzo 2005, C – 209/03, *Bidar*, solo tre anni di permanenza sono considerati sufficienti per uno studente che richiede un sostegno finanziario al fine di completare gli studi. In tema si rinvia a G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in S. Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino 2010, qui p. 227-228 e a E. Spaventa, *The constitutional impact of Union Citizenship*, in U. Neergaard, R. Nielsen, L. Roseberry (a cura di), *The role of courts*, cit., qui p. 158-159; S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. La libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, n. 1, p. 19.

<sup>195</sup> Corte di giustizia, 4 giugno 2009, C- 22/08, *Vatsouras*.

<sup>196</sup> E Spaventa, *The constitutional impact of Union Citizenship*, cit., qui p. 166.

<sup>197</sup> G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005; Id., *Il diritto al "giusto" tempo di lavoro nel sistema costituzionale multilevel*, cit.

limiti alla discrezionalità organizzativa che sfocia nella lesione del diritto fondamentale alla salute. L'impulso alla cooperazione è derivato in questi casi dal ripetuto invito della Corte, rivolto ai giudici nazionali, a rispettare l'obbligo di interpretazione conforme, in modo da vagliare tutte le fonti rilevanti, inclusi i contratti collettivi<sup>198</sup>.

Nel mercato interno si esercitano con difficoltà, come già si è detto, i diritti sociali a dimensione collettiva. Ci vorrà ancora tempo perché la dottrina giuslavorista europea, e con essa i sindacati nazionali e sovranazionali, elaborino completamente il lutto subito a causa della giurisprudenza della Corte di giustizia, ora seguita dall'isolata – ma non per questo meno criticabile – sentenza della Corte del lavoro svedese.

A ben guardare, i diritti di rango procedurale, come sono da intendere i diritti di informazione e consultazione, sembrano adattarsi bene allo svolgersi dell'ordinamento multilivello, proprio per la loro natura espansiva, quasi tipologicamente orientata a valicare i confini nazionali – e sempre più spesso europei – così da rispondere alle rapide trasformazioni delle imprese<sup>199</sup>. Anche a questo riguardo serve uno sforzo teorico di non poco respiro.

I diritti procedurali di cui si discorre, che confluiscono verso l'espansione di una nuova autonomia collettiva transnazionale, non sono alternativi al conflitto, ma da questo morfologicamente diversi. Non sono dunque da temere, poiché non è a essi imputabile una marginalizzazione delle tradizionali modalità attraverso cui si esprime l'autotutela sindacale. Le diverse espressioni del conflitto contemporaneo sono, al contrario, sempre più legate all'indeterminatezza degli obiettivi raggiungibili e alla dispersione dei soggetti destinatari delle tutele verso cui la lotta sindacale si è per così lungo tempo indirizzata.

Le finalità di emancipazione e di giustizia sociale appaiono ancora impellenti e lontane da una loro piena realizzazione, ma il conflitto industriale potrebbe rivelarsi inadatto come strumento primario di interpretazione delle attese e delle pretese dei lavoratori, dentro e fuori i confini nazionali. In altre parole, non sembra ancora chiara e praticabile una dimensione giuridica tradizionale del conflitto nell'ordinamento globale, anche se la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sta muovendo passi importanti in questa direzione<sup>200</sup>.

Il principio regolatore che più di altri informa l'azione propositiva e inventiva dei soggetti collettivi nazionali e sovranazionali è il principio di libertà sindacale, da cui emana il diritto di contrattazione collettiva, affiancato dal diritto di sciopero. Torna in primo piano a questo riguardo il ruolo dello stato regolatore, poiché rimane una importante espressione della sua sovranità il conferimento di poteri certi in capo ai soggetti collettivi che esercitano la libertà sindacale.

Il diritto di sciopero, 'ininfluente' o 'secondario' nelle parole disincantate di Antonio Lo Faro, quando l'autore allunga lo sguardo verso l'intero quadro ordinamentale,<sup>201</sup> non deve rappresentare nella riflessione degli interpreti un ostacolo insormontabile, né può trasformarsi in un pensiero asfissiante.

---

<sup>198</sup> Cfr. V. Piccone, *L'interpretazione conforme*, in Ead (a cura di), *Vademecum per il giudice europeo*, Roma, Aracne 2011, p. 15 ss.; e della stessa A. *I diritti fondamentali nella trasformazione multidimensionale dell'integrazione europea*, in Elena Falletti e Valeria Piccone (a cura di), *Atti del II Workshop in Diritto dell'Unione ed Internazionale*, Roma, 2011.

<sup>199</sup> Cfr. G. Bronzini, *Diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n. 1, p. 27 ss.

<sup>200</sup> Sui casi *Demir e Baykara c. Turchia* (12.11.2008) e *Enerji Yapi – Yol Sen c. Turchia* (21.04.2009) si rinvia a D. Ashiagbor, *Ameliorating globalization? European Union approaches to the social dimension of globalization*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2011.

<sup>201</sup> A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, cit., qui p. 245.

Occorre prendere atto del fatto che le sentenze della Corte più volte citate, indipendentemente dalla loro compiutezza e correttezza argomentativa, hanno inflitto agli stati nazionali una profonda ferita narcisistica. Gli stati si specchiano nello stagno dei diritti fondamentali che assiduamente hanno tutelato e non si piacciono. La loro immagine riflessa dovrebbe abbellirsi di nuovi ornamenti, che rendano più nitido il contorno dei diritti sociali e in particolare di quelli a esercizio collettivo. Gli stati dovrebbero imparare a conoscere le nuove potenzialità dei gruppi organizzati, riconoscerli e legittimarli sulla scena globale, oltre che nazionale. Nello stagno dovrebbe anche riflettersi l'immagine di nuovi soggetti portatori di interessi complessi, collettivi, ma sempre più differenziati. Le loro competenze dovrebbero apparire sulla superficie di acque non necessariamente tranquille e soprattutto non sempre nazionali.

Fuor di metafora, se è criticabile la chiusura della Corte nel 'lontano e fiabesco Granducato del Lussemburgo' di cui scrisse molti anni addietro Eric Stein<sup>202</sup>, è ugualmente inaccettabile la chiusura degli stati dentro formule inadatte a cogliere la nuova dimensione politica e istituzionale del conflitto.

---

<sup>202</sup> E. Stein, *Un nuovo diritto per l'Europa. Uno sguardo d'oltre oceano*, Giuffrè, Milano, 1991.