

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 Caruso¹⁰⁵, 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

¹⁰⁵ 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"¹⁰⁶, 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"¹⁰⁷, 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

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

¹⁰⁷ 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 Caruso¹⁰⁸ 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"¹⁰⁹.

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"¹¹⁰; 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"¹¹¹: come potrebbe dimostrare la riflessione di Bronzini¹¹² 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.

¹⁰⁸ 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.

¹⁰⁹ J. Habermas, *Fatti e norme cit.*, p. 303.

¹¹⁰ J. Habermas, *Fatti e norme cit.*, p.310.

¹¹¹ B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali cit.*, p. 21.

¹¹² 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 Faro¹¹³, 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 giuridiche¹¹⁴.

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 Tarello¹¹⁵, 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 sociali¹¹⁶: 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

¹¹³ 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.

¹¹⁴ G. Minda, *Teorie postmoderne del diritto*, Bologna 2001, pp. 150 ss.

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

¹¹⁶ 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"¹¹⁷, 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

¹¹⁷ 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.