



Università degli Studi di Catania
Facoltà di Giurisprudenza

Maria Vittoria Ballestrero

Europa dei mercati e promozione dei diritti

WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 55/2007



© Maria Vittoria Ballestrero 2007
Economia – Università degli Studi di Genova
maballes@economia.unige.it

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

Europa dei mercati e promozione dei diritti*

Maria Vittoria Ballestrero
Università di Genova

1. – Premesse	2
2. – Europa e “promozione” di diritti: quali diritti?	3
2.1. – I diritti sociali come diritti fondamentali	3
2.2. – Lo spazio dei diritti sociali nel TCE	5
3. – Una riflessione sul presente: che valore ha la Carta di Nizza?	8
4. – I diritti sociali nella Carta di Nizza	12
4.1. – Diritti sociali e libertà economiche: quale bilanciamento? Riflettendo sui casi Laval e Viking.....	14
4.2. – Il bilanciamento sbilanciato	20
5. – Europa dei mercati, Europa dei diritti. Qualche considerazione conclusiva.....	22
5.1. – Il capostipite dei diritti sociali: il diritto al lavoro. Ovvero le delusioni del presente e l’incertezza del futuro.....	24
Abstract	29

* Questo saggio riproduce, con alcune modifiche e l’aggiunta delle note, la lezione tenuta il 3 aprile 2007 presso l’Università Cattolica di Milano nell’ambito del ciclo di incontri su “Europa, concorrenza, lavoro”, coordinati dal Prof. Mario Napoli, che ringrazio dell’invito.

1. – Premesse

Il titolo che mi è stato proposto da Mario Napoli è così ampio, che confesso di avere avuto qualche difficoltà a scegliere di cosa parlare, dato che ovviamente non posso parlare di tutto ciò che il titolo evoca: perché non ne avrei il tempo, e soprattutto perché non mi sentirei competente a farlo. Alla fine ho deciso di operare una drastica riduzione del contenuto, limitandomi ad alcune riflessioni sulle questioni che maggiormente interessano gli studiosi del diritto del lavoro.

Ancora a titolo di premessa o di *excusatio non petita*, preciso subito che ignoro gran parte della sconfinata letteratura (opera degli studiosi del diritto costituzionale e del diritto comunitario, ma anche i giuslavoristi hanno fatto la loro parte) dedicata al Trattato Costituzionale dell'Unione Europea (TC) e alla sua parte seconda (nella quale è confluita, ma con modifiche significative la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, detta più brevemente Carta di Nizza). Le mie letture sono modeste come la mia cultura in materia. Per questo, quando parlerò di diritti parlerò essenzialmente di diritti sociali, e quando parlerò di mercati non mi inoltrerò nella problematica del diritto comunitario della concorrenza, limitandomi ad alcune considerazioni sulla tensione (attuale e potenziale) tra la cosiddetta costituzione economica e il riconoscimento dei diritti sociali.

Sempre a titolo di premessa: nella relazione citerò le disposizioni secondo la loro collocazione e numerazione nel diritto europeo vigente, per la ragione che la sorte del TC è ancora incerta: il fatto che sia stato ratificato (dall'Italia in particolare), ma bocciato da altri, non lo rende ancora diritto vigente. A quanto pare di capire, peraltro, pare sempre più probabile che sia sostituito da qualcos'altro: un Trattato minimo o addirittura un Atto Unico, che non porta nel titolo l'impegnativo aggettivo "costituzionale".

Parlando di diritti sociali mi riferirò dunque al testo consolidato del TCE e soprattutto al testo originario della Carta di Nizza. Ovviamente non ignoro le modificazioni introdotte in fase di integrazione della Carta nella Parte II del TC, che rischiano di indebolire non poco il significato della Carta medesima: mi riferisco specialmente alla distinzione tra principi e diritti (art. II-112, nn. 3 e 5), e alla derubricazione di alcuni diritti a principi (tra i quali le "spiegazioni" includono i diritti degli anziani, la tutela dei disabili, la tutela dell'ambiente), che produce il risultato di renderli non "giustiziabili", cioè non tutelabili in giudizio, perché non

attributivi di diritti soggettivi perfetti¹. E non ignoro neppure che ove il TC, pur con qualche inevitabile rimaneggiamento, dovesse conservare più o meno il testo e la struttura attuali, la Parte II conserverebbe (anche a causa delle pressioni degli Stati nuovi entrati) l'attuale impianto, frutto di un compromesso al ribasso ulteriore rispetto a quello originario.

Enuncio infine (come non si usa fare in genere in Italia) lo schema della mia relazione, dicendo che invertirò (rispetto al titolo) i termini del discorso: parlerò prima di Europa e diritti, e poi di diritti e mercati.

2. – Europa e “promozione” di diritti: quali diritti?

Ho detto in premessa che parlerò di diritti sociali: ne parlerò come di diritti fondamentali, e questo richiede che io fornisca qualche chiarimento preliminare. La qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali è stata infatti a lungo controversa, anche se tale qualificazione pare attualmente largamente condivisa². Ma proprio quella distinzione tra principi e diritti (TC, art. II-112, nn. 3 e 5), cui ho fatto prima riferimento, sembra voler rimettere in discussione questa qualificazione, riportandoci ai tempi in cui era invece largamente diffusa la tesi della “minorità” dei diritti sociali³.

2.1. – I diritti sociali come diritti fondamentali

Collegati con il principio di eguaglianza in senso sostanziale, e definiti come “diritti a prestazioni” (o “aspettative positive”) ⁴, i diritti sociali non hanno quel carattere di universalità che è tipico dei diritti di libertà (negativi) e di quelli politici: sono diritti della persona “concreta e situata in un determinato contesto”, nel quale, per ragioni culturali, sociali, fisiche o sociologiche, essa viene a trovarsi in condizioni sfavorevoli rispetto a quelle di altre persone o gruppi di persone. I diritti sociali, dunque, non sono diritti di tutti, in quanto “tengono conto” delle diverse condizioni dalle quali dipende il bisogno di protezione; istituiscono

¹ Cfr. M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, in *RGL*, 2006, I, p. 891 ss., che riporta la distinzione tra principi e diritti a quella, a noi più familiare, tra norme programmatiche e norme precettive; A. Lo Faro e A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in *DLRI*, 2005, n. 4, p. 514 ss.

² L. Principato, *I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali*, in *GCost.*, 2001, p. 873 ss.; P. Caretti, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*², Giappichelli, Torino, 2005, p. 401 ss.

³ L'osservazione è di A. Lo Faro e A. Andronico, *op. cit.*, p. 526. Di ciò ho scritto più ampiamente altrove (M.V. Ballestrero, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *LD*, 2000, n. 4, p. 547 ss.). Rinvio a questo saggio anche per i riferimenti alla bibliografia meno recente.

⁴ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, in *Teoria Politica*, 1998, n. 2, p. 3 ss.

a favore dei loro titolari l'aspettativa di una prestazione, che può essere realizzata attraverso l'intervento pubblico diretto, o attraverso l'attività dei privati (sempre che ciò ne consenta l'effettiva soddisfazione).

Per quanto attiene alla qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali, condivido l'opinione che risolve il problema dell'inserimento dei diritti sociali nella categoria dei diritti fondamentali come problema di diritto costituzionale, nel senso che intanto tale inserimento avviene, in quanto questi diritti riposino «su norme giuridiche a loro volta fondamentali». Nel nostro ordinamento interno, il problema è risolto dalla Costituzione italiana, che diversamente da altre costituzioni, non solo contiene un dettagliato catalogo di diritti sociali⁵, ma presuppone una loro giustificazione complessiva, che si collega non solo alla garanzia dei diritti civili e politici, ma soprattutto con «il fine della rimozione degli ostacoli alla libertà e all'eguaglianza per lo sviluppo della democrazia nel campo politico ed economico-sociale»⁶.

Con l'inserimento dei diritti sociali nella categoria dei diritti fondamentali, i diritti fondamentali divengono "indivisibili", nel senso che tutti i diritti consacrati in costituzione hanno eguale rango: risulta perciò superata la contrapposizione tra diritti di libertà e "diritti a prestazioni", dalla quale tradizionalmente si faceva derivare la priorità assiologica dei primi, e la "minorità" dei secondi. La qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali ha dunque conseguenze significative: un diritto fondamentale può essere limitato solo da un altro diritto di pari rango e nel bilanciamento prevale (o dovrebbe prevalere) su diritti che non godano dello status di diritti fondamentali.

L'indivisibilità dei diritti fondamentali non impedisce che sia ancora necessario distinguere: per quanto riguarda i diritti sociali, resta infatti necessario distinguere tra quelli *self executing* (tra i quali si ritiene che rientrino i diritti di libertà, anche se l'opinione comune è contestabile)⁷ e quelli "condizionati"⁸, nel senso che il loro soddisfacimento richiede l'intervento dei pubblici poteri; rispetto a questi viene in evidenza la relazione tra risorse finanziarie disponibili e livello di protezione dei diritti: relazione che si risolve nel "bilanciamento" tra le ragioni dei diritti sociali e quelle dell'efficienza economica. Bilanciamento che dovrebbe essere

⁵ L. Mengoni. *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, n. 1, p. 1 ss.

⁶ R. Guastini, *Distinguendo. Studi di teoria e metateoria del diritto*, Giappichelli, Torino, 1996, p. 152.

⁷ Cfr. E. Diciotti, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica*, in *QCost.*, 2004, p. 733 ss., sull'infondatezza della distinzione tra diritti di libertà e sociali basata sul carattere negativo o positivo della pretesa, sull'universalità o singolarità, sulla compatibilità o sul conflitto con il mercato assolutamente libero.

⁸ A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*, *Enciclopedia giuridica Treccani*, vol. XI, Istituto dell'Enciclopedia, Roma, 1998.

tuttavia ineguale, perché è "inequale" il rapporto tra le ragioni dei diritti e quelle dell'efficienza economica: le ragioni dell'economia dovrebbero allora essere prese in considerazioni solo nei limiti della proporzionalità⁹. Ne riparerò nella parte finale di questa relazione, quando affronterò il problema del rapporto (e della tensione) tra diritti e sociali e mercato.

2.2. – Lo spazio dei diritti sociali nel TCE

Qualificati i diritti sociali come diritti fondamentali, dobbiamo ora chiederci quale sia lo spazio loro riservato dal diritto europeo.

Partiamo intanto da una constatazione. Occorre ricordare che per merito della Corte di giustizia europea (CGE), i diritti fondamentali erano già entrati a far parte del diritto comunitario. A partire dalle sentenze *Stauder* (C-29/69, 12 novembre 1969), *Internationale Handelsgesellschaft* (C-11/70, 17 dicembre 1970), e poi attraverso sentenze successive, come *Nold* (C-4/ 73, 14 maggio 1974), *Rutili* (C-36/75, 28 ottobre 1975), *Washauf* (C-5/88, 13 luglio 1989), la Corte ha infatti affermato che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte medesima garantisce l'osservanza, tenuto conto delle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri nonché degli strumenti internazionali concernenti la tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno collaborato o aderito¹⁰. Solo dopo che la strada era stata aperta dalla Corte, le istituzioni comunitarie si sono decise ad imboccarla: con il Trattato di Maastricht, e ancor più con il Trattato di Amsterdam, i diritti fondamentali sanciti dalla CEDU, nonché dalle tradizioni comuni degli Stati membri, sono divenuti parte integrante del diritto primario dell'UE (TUE, art. 6, n. 2), sono considerati principi generali del diritto comunitario.

La salvaguardia dei diritti fondamentali è affidata al controllo della CGE sempre che, ovviamente, la questione investa gli atti comunitari o quelli nazionali emanati in attuazione del diritto comunitario, nonché le giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura altrimenti incompatibile con i diritti sanciti dalla CEDU. In ragione delle sue

⁹ M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *DeD*, 1995, p. 545 ss.; Id., *Diritti sociali e costituzione europea*, in Associazione italiana dei costituzionalisti (2000), *Annuario 1999. La Costituzione europea. Atti del XIV Convegno annuale*, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999, Cedam. Padova, 2000, p. 507 ss.

¹⁰ Ricorda giustamente M. Pallini, *Il Trattato costituzionale europeo tra valenza simbolica ed efficacia giuridica*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani, *Costituzione europea: quale futuro?*, Ediesse, Roma, 2006, p. 117 ss., qui 120, che la CGE è stata indotta a «importare nell'ordinamento comunitario dei valori sociali con i quali poter operare il bilanciamento dei principi a tutela di un mercato aperto e libero-concorrenziale» dalla c.d. dottrina *Solange* (o teoria dei contro-limiti) che avrebbe potuto provocare un'ingovernabile conflittualità tra diritti costituzionali nazionali e principi comunitari di tutela del mercato integrato.

competenze, la CGE ha sin qui affrontato le questioni che coinvolgono i diritti fondamentali dal punto di vista strettamente economico: così «l'aborto è approdato davanti alla Corte di Lussemburgo in quanto oggetto di attività coperta dalla libertà di circolazione dei servizi; il problema della prostituzione si è presentato come una vicenda attinente alla prestazione di lavoro autonomo»¹¹.

Se i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali sono entrati, attraverso la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni, a far parte del diritto europeo, possiamo dire che anche i diritti sociali vi siano senz'altro entrati?

La risposta non è affatto sicura. In materia di diritti sociali il TCE è assai più timido e incerto di quanto non lo sia in materia di diritti inviolabili dell'uomo. Per questo, a fronte del richiamo alle Carte sociali adottate dalla Comunità e dal Consiglio d'Europa contenuto nel preambolo del TUE¹², nonché della cauta e vaga formulazione del n. 1 dell'art. 136 del TCE¹³, pare eccessivo parlare, come talora si è fatto, di "incorporazione" delle Carte sociali, deducendone la diretta efficacia e la "valenza prescrittiva". Come ha giustamente precisato l'Avvocato generale Mengozzi (punti 63-78 delle conclusioni sul caso *Laval*, C-341/05), sebbene l'art. 6, n. 2, TUE, indichi tra gli strumenti internazionali che garantiscono i diritti fondamentali la sola CEDU, la CGE può «legittimamente ispirarsi ad altri strumenti di tutela dei diritti dell'uomo», come la Carta sociale europea e la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali: ispirarsi, appunto, che è cosa evidentemente diversa dal dare applicazione diretta.

Il riferimento alle Carte sociali si colloca peraltro non in un capitolo dedicato ai diritti, ma nel titolo dedicato alle politiche (la politica sociale, nella specie). Per quanto si sia allargata, la politica sociale comunitaria non muta la sua natura complementare, che lascia intatto il primato degli Stati, limitando al minimo il ruolo della Comunità, che interviene per completare l'azione degli Stati membri, adottando a tal fine «mediante direttive» (che nei settori di primaria importanza debbono essere adottate all'unanimità) «le prescrizioni minime applicabili progressivamente» (c.d. *minimalismo regolativo*).

¹¹ M. Cartabia e A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *GCost.*, 2002, p. 4477 ss.

¹² Il richiamo alle due Carte è formulato in termini di «attaccamento ai diritti sociali in esse sanciti».

¹³ «La Comunità e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti dalla Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 (...)».

I diritti sociali debbono dunque essere "tenuti presenti" dalla Comunità e dagli Stati, ma non costituiscono un limite assoluto e neppure una finalità prioritaria dell'azione della Comunità e degli Stati: infatti, mentre la considerazione dei diritti si combina con l'esigenza di tener conto, oltre che delle diverse prassi nazionali, della necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità, dalla competenza normativa della Comunità sono esclusi proprio i principali e più tradizionali diritti sociali: il diritto ad una equa retribuzione, il diritto di associazione sindacale, il diritto di sciopero. La portata di queste esclusioni è venuta in discussione di recente, con i noti casi, ancora in attesa della decisione della CGE, *Laval* e *Viking*: ma di ciò parlerò oltre.

La timidezza del TCE non vuol dire che il Trattato (tra Amsterdam e Nizza) non abbia modificato il quadro precedente: le innovazioni ci sono e sono di non poco conto¹⁴. Prima fra tutte, la qualificazione, nel testo dei Trattati, dei diritti sociali come diritti fondamentali, che dovrebbe – si è detto – essere già in sé sufficiente ad orientare l'interpretazione della Corte di giustizia, nel senso che la loro priorità possa fare da contrappeso alla realizzazione degli obiettivi, spesso contraddittori e sempre di difficile conciliazione, della competitività delle imprese e della libera concorrenza (la sentenza *BECTU*, su cui tornerò oltre, costituisce un buon esempio di bilanciamento a favore dei diritti sociali: il diritto alle ferie, nella specie).

Dovrebbe essere sufficiente, appunto, ma non è detto che lo sia. Il mero richiamo ai diritti sociali fondamentali non basta a risolvere i problemi della "visibilità" dei diritti e della certezza del diritto, la cui soluzione era stata ravvisata dal Consiglio europeo di Colonia (1999) nella redazione di una Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, solennemente proclamata a Nizza nel dicembre del 2000.

Il passaggio dall'incorporazione della CEDU ad una Carta propria dell'Unione, avente ancora ad oggetto i diritti fondamentali (ma contenuti arricchiti dalla presenza dei "nuovi diritti"), poteva essere un passaggio, che, enfatizzando, potremmo dire "epocale". E, invece, la situazione di stallo in cui versa la ratifica del TC ci lascia fermi, per così dire, ai blocchi di partenza: intendo dire che non abbiamo fatto dei gran passi in avanti rispetto alle riflessioni che si facevano ai tempi in cui l'interrogativo sul futuro della Carta di Nizza era ancora incerto. Pareva fino ad oggi certo almeno che non si sarebbero più posti gli interrogativi sull'inserimento nel TC della Carta (dunque sulla "costituzionalizzazione" dei diritti e dei

¹⁴ Cfr. le attente riflessioni di B. Veneziani, *La costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in G. Ferrara, M. Pallini, B. Veneziani, *Costituzione europea: quale futuro?*, cit., p. 9 ss.; cfr. anche S. Sciarra S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento europeo: storia e prospettive di una controversa costituzionalizzazione*, in Garofalo D. e Ricci M. (editors), *Percorsi di diritto del lavoro*, Cacucci, Bari, 2006, p. 41 ss.

principi in essa sanciti): pare però che anche questo entri nuovamente nella discussione che di qui al 2009 dovrà portare a compimento la definizione dei nuovi assetti dell'UE. Restano perciò aperti insieme agli interrogativi sulla sorte del Trattato anche quelli relativi alla sorte della Carta dei diritti fondamentali.

Insomma, il processo di "costituzionalizzazione" dei contenuti della Carta di Nizza non si è concluso positivamente, e dunque per parlare di diritti sociali occorre parlare ancora della Carta nel testo e nello status giuridico originari.

3. – Una riflessione sul presente: che valore ha la Carta di Nizza?

Parlare della Carta di Nizza significa anzitutto chiedersi (la domanda mi è ancora una volta suggerita dal titolo della relazione) se l'Europa si limiti a "promuovere" i diritti, o se li garantisca con proprie norme inderogabili¹⁵.

La domanda non è banale, perché la risposta investe in sostanza il ruolo che il diritto europeo è in grado di svolgere nel prossimo futuro rispetto al diritto degli Stati membri. Tema questo complesso, del quale si può discorrere limitandosi a ragionare sul presente, vale a dire sul sistema delle fonti per come oggi ci si presenta, o invece guardando ad un ipotizzabile futuro, nel quale siano finalmente sciolti i grossi nodi che oggi avviluppano il sistema delle fonti del diritto europeo.

Conviene intanto ragionare sul presente. Ho detto in premessa che la mia troppo modesta cultura non mi consente di volare alto, e neppure di presentare nuove ed originali interpretazioni. Mi limiterò dunque a proporre alcune considerazioni, tratte da alcune letture che mi sono parse stimolanti.

Rilevava Alessandro Pace, giusto a ridosso della proclamazione solenne della Carta di Nizza¹⁶, che la Carta somiglia ad una sorta di testo unico, a mezza strada tra il compilativo e l'innovativo, posto che in essa, come è noto, sono stati fatti confluire la CEDU, la Carta comunitaria dei diritti sociali del 1989, varie direttive comunitarie, nonché i principi espressi dalla CGE. Tuttavia, notava l'illustre costituzionalista, la Carta, se anche avesse un mero valore ricognitivo di diritti preesistenti attribuirebbe ad essi un *plusvalore*: quello di inserirli in un *Bill of rights*, che se non può essere considerato una "costituzione" (perché è un

¹⁵ Cfr. ancora S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2006, n. 1, p. 39.

¹⁶ A. Pace, *A che serve la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea? Appunti preliminari*, in *GCost.*, 2001, p. 193 ss.

documento a sé stante, che prescinde dall'organizzazione dei poteri) non per questo non è in grado di influenzare le dinamiche europee, svolgendo una funzione "sostanzialmente costituzionale", nel senso che la visibilità dei diritti fondamentali prodotta dalla Carta agevola il controllo sociale della eventuale violazione dell'art. 6, n. 1, TUE.

Come dirò oltre, questa previsione ha colto solo in parte nel segno. Ma prima è necessario dedicare una (breve) ulteriore riflessione al significato del *Bill of rights* nel contesto del diritto europeo.

Per quanto la Carta di Nizza possa apparire "povera" al lettore italiano, che ha familiarità con le ben più ricche formulazioni della nostra Costituzione, occorre ricordare che per l'UE la presenza di un catalogo dei diritti fondamentali, fosse anche striminzito (e nella specie non lo è), costituisce in sé un'innovazione.

Questa affermazione merita però di essere precisata. Se il diritto dell'UE già riconosce i diritti fondamentali, si può parlare (con Pace) di un *plusvalore* aggiunto dalla Carta dei diritti? La risposta dipende dal livello del discorso: come ho detto all'inizio, se formale e sul presente, o sostanziale e sul futuro (o almeno a prescindere dal presente).

Dal punto di vista formale, stante che la Carta è sì inserita nel Trattato, ma quel Trattato non è entrato e forse non entrerà mai in vigore almeno nell'attuale versione, e che dunque le ipotesi basate sulla "costituzionalizzazione" della Carta per ora restano ipotesi, la risposta è negativa.

A suo tempo la Commissione (COM (2000) 644 definitivo) aveva espresso il parere che la Carta fosse comunque destinata a diventare «un testo vincolante, attraverso l'interpretazione che la Corte darà dei principi generali del diritto comunitario ivi formulati», così come ha fatto in passato con altri testi relativi ai diritti fondamentali. Ma non poteva essere così, e così non è stato.

Non poteva essere così: infatti, perché i diritti fondamentali siano configurabili come "pretese" (negative, cioè ad una omissione) o positive (ad una prestazione), che ogni persona possa vantare nei suoi rapporti con le istituzioni dell'Unione, con quelle dello Stato, e con altri soggetti privati, occorre che i diritti trovino riconoscimento in norme di diritto positivo. In linea di principio, e dando anche per scontata la peculiarità del sistema delle fonti dell'ordinamento europeo, una solenne dichiarazione (alla quale si attribuisce la natura di "atto politico" magari ad alto contenuto simbolico) non costituisce "fonte del diritto", e non è perciò assimilabile al diritto costituzionale e al diritto internazionale comune degli Stati membri, ai quali si può, con qualche artificio, attribuire la natura di fonte del diritto europeo, mediata dalla riscrittura unificante operata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Certo, i

diritti sanciti dalla Carta, ove siano definibili come "diritti costituzionali comuni", possono entrare per questa via a far parte del diritto (positivo) europeo, anche in mancanza della formale integrazione della Carta nei Trattati. Ma resta ancora da vedere quali diritti siano definibili come diritti costituzionali comuni, posto che, in mancanza di una fonte normativa vincolante che li garantisca, la loro individuazione resta affidata alla sensibilità della CGE: anche se pare probabile che ciò avvenga, non è ancora detto, ad esempio, che la Corte riconosca il diritto di sciopero come "diritto fondamentale" dell'UE, in virtù appunto delle tradizioni costituzionali comuni.

Dicevo che così non poteva essere, e così non è stato, per un'altra fondamentale ragione: perché, diversamente dalla nostra Corte costituzionale¹⁷, da altre Corti costituzionali, dallo stesso Tribunale europeo di prima istanza, e malgrado i ripetuti richiami degli Avvocati Generali¹⁸, la CGE ha sin qui evitato di fare diretto riferimento alla Carta¹⁹. Il che, come dirò oltre, non significa che la Corte non abbia dato tutela ai diritti sociali (se è di questa parte della Carta che parliamo); significa che, come in passato, questa tutela è stata perlopiù mediata dalla salvaguardia delle libertà economiche e dai divieti di discriminazione che in queste libertà affondano le proprie radici.

Ma se la CGCE sembra voler ignorare la Carta di Nizza, perché formalmente non è una "fonte", la Carta è allora un *Bill of rights* privo di valore?

Considerando il possibile diffondersi dell'utilizzazione diretta della Carta di Nizza da parte dei giudici nazionali, si potrebbe rispondere senz'altro di no. In proposito tengo però a precisare che condivido la preoccupazione espressa da alcuni costituzionalisti sull'uso *à la carte* dei diritti fondamentali, vale a dire sulla tentazione, già manifestatasi tra i giudici italiani relativamente alla CEDU, di fare applicazione diretta della Carta di Nizza, disapplicando il diritto interno che valutino difforme o in

¹⁷ Cfr. M. Cartabia e A. Celotto, *op. cit.*, p. 4483 ss. (con riferimento alle sentenze Corte cost., n. 135 e 445 del 2002)

¹⁸ Così ancora l'Avvocato generale Mengozzi (conclusioni sul caso *Laval*, punto 68).

¹⁹ Cfr. R. Greco *Il modello sociale della Carta di Nizza*, in *RGL*, 2006, I, p. 519. Secondo alcuni commentatori, nell'atteggiamento della CGE si è verificato un cambiamento, attestato dalla sentenza 27 giugno 2006, C-540/03, in materia di ricongiungimento familiare (su cui cfr. G. Bronzini e V. Picone, *La Corte di Lussemburgo "scopre" la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela "multilevel" dei diritti fondamentali?*, in *RCDL*, 2006), nonché dalla sentenza *Unibet* (13 marzo 2007, C-432/05), nelle quali la Corte ha fatto espresso riferimento alla Carta. A mio avviso, il riferimento è però ancora troppo limitato e il cambiamento (se di questo effettivamente si tratta) è troppo recente per trarne conseguenze al livello della teoria delle fonti del diritto europeo.

contrasto²⁰. È una tentazione che l'auto-emarginazione della Corte costituzionale rischia di rendere non contenibile²¹: la Corte ha infatti portato avanti un'opera di dissuasione dei giudici ordinari, «sempre più esplicitamente invitati a non presentare in termini di questioni di legittimità costituzionale casi che possono essere risolti sul piano della legittimità comunitaria, secondo i rimedi propri dell'ordinamento comunitario» (nei casi di incertezza interpretativa, mediante rinvio pregiudiziale alla CGE)²². Senza addentrarmi qui nella discussione sulla correttezza della tesi con cui la Corte costituzionale si è sottratta all'applicazione dell'art. 234 TCE²³, mi limito ad osservare che l'intervento della Corte costituzionale sarebbe non solo "tecnicamente" necessario, ma "politicamente" utile per instaurare un dialogo tra Corti, che evitasse di subire il bilanciamento effettuato dalla CGE in materie nelle quali gli equilibri la nostra Corte opera il bilanciamento secondo gli equilibri interni al nostro sistema costituzionale²⁴: equilibri che non sono gli stessi, essendo il diritto comunitario fortemente sbilanciato sul piano della tutela del mercato e delle libertà economiche.

Attribuiscono valore alla Carta di Nizza tutti coloro che, prescindendo dalla considerazione dei limiti tecnici in cui ci costringe lo stato attuale delle fonti del diritto europeo, vedono comunque nella Carta uno strumento indispensabile: anzitutto per riequilibrare il modello sociale europeo, vale a dire per correggere lo sbilanciamento che attualmente privilegia il mercato a danno dei diritti sociali; in secondo,

²⁰ In tal modo i giudici formulerebbero, senza l'intervento della Corte costituzionale, un giudizio *sulla* legge, anziché giudicare, come compete loro, *in base* alla legge: così M. Cartabia e A. Celotto, *op. cit.*, p. 4489 ss.

²¹ Sull'auto-emarginazione della nostra Corte costituzionale (che ai fini dell'applicazione dell'art. 234 TCE esclude di poter essere qualificata come "giurisdizione nazionale"), cfr. le riflessioni critiche di V. Onida, «*Armonia tra diversi*» e *problemi aperti. La giurisprudenza costituzionale sui rapporti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Q. Cost.*, 2002, p. 549 ss.; l'orientamento della Corte è criticato anche da A. Pizzorusso, *La giustizia costituzionale italiana e il processo di integrazione europea*, Relazione, Associazione italiana Costituzionalisti, Convegno annuale 2006, *La circolazione dei modelli e delle tecniche del giudizio di costituzionalità in Europa*. Le ragioni della Corte sono invece condivise da F. Sorrentino, *Il diritto europeo nella giurisprudenza della Corte Costituzionale: problemi e prospettive*, in *Quaderni regionali*, 2006, n. 3, p. 625 ss.

²² M. Cartabia e A. Celotto, *op. cit.*, p. 4502

²³ Cfr. ancora A. Pizzorusso, *La giustizia costituzionale italiana*, cit., e ivi il commento giustamente critico dei due casi in cui i giudici italiani hanno fatto applicazione della teoria dei contro-limiti, trascurando che tale teoria è stata concepita con riferimento all'opera della Corte costituzionale e non a quella di altri giudici. I casi sono quello delle farmacie comunali deciso dal Consiglio di Stato, Sez. V, n. 4207/2005, e quello relativo alla responsabilità dei magistrati che ha dato luogo, mediante il rinvio pregiudiziale del Tribunale di Genova, alla decisione della CGE, 13 giugno 1006, C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*.

²⁴ F. Sorrentino, *op. cit.*, p. 638.

ma non secondario luogo, per restituire al *hard law* il ruolo di indispensabile contraltare del *soft law*, o almeno per costruire un rapporto di virtuosa complementarità tra la politica dei diritti e il *soft law* (*l'open method of coordination*, e non solo).

Condivido questa diffusa opinione: ma le questioni sollevate di recente dai casi che coinvolgono il diritto di sciopero e di azione collettiva inducono a considerare con attenzione i limiti intrinseci della Carta, per evitare di cadere dal pessimismo cui ci induce la riflessione sul presente agli eccessi di ottimismo sull'Europa dei valori, da cui siamo stati sommersi nei giorni delle celebrazioni del cinquantenario del Trattato di Roma.

4. – I diritti sociali nella Carta di Nizza

Il contenuto della Carta è largamente noto, e non mi pare perciò il caso di riepilogarlo in questa sede. Al di là del catalogo dei diritti (che, nella sua stringatezza, elimina le preoccupazioni espresse da alcuni sui rischi di una «ipertrofica costituzionalizzazione» dei diritti sociali)²⁵, la più importante innovazione è costituita dall'implicito riconoscimento dell'indivisibilità dei diritti della persona: la Carta infatti non distingue tra diritti civili e politici da un lato e diritti sociali dall'altro, ma raggruppa i diritti in Capi, retti ciascuno da un principio fondamentale (la dignità della persona umana; la libertà; l'uguaglianza; la solidarietà; la cittadinanza; la giustizia). Essendo "fondamentale" il principio che regge i diritti sanciti nel relativo capo, la qualità di "fondamentale" si trasmette dal principio ai diritti. Per questa via, oltre a superare la "divisione", e con essa la gerarchia tra generazioni di diritti, la Carta supera anche quella riduzione dei diritti fondamentali ai soli diritti universalistici ed eguali, ancora sostenuta da quanti escludono i diritti sociali, che universali (nel senso dei primi) non sono, dal novero dei diritti fondamentali. Tra i diritti fondamentali sanciti dalla Carta vi sono infatti, oltre ai diritti di libertà, dignità ed eguaglianza (diritti della persona senza distinzione di sesso e di cittadinanza), i diritti della persona "situata", vale a dire i diritti riservati a gruppi specifici della popolazione (i minori, i lavoratori, i disabili, le madri), nonché i diritti propri dei soli cittadini dell'Unione. Ai fini delle considerazioni che svolgerò oltre mi limito a ricordare che nel testo finale sono state recuperate due delle tre grandi esclusioni dal campo di intervento della Comunità (art. 137, n. 5, TCE), e cioè il diritto di associazione collettiva e il diritto di sciopero; a questi diritti la Carta aggiunge il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi²⁶.

²⁵ T. Treu, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in *LD*, 2000, n. 3, p. 429 ss.

²⁶ Cfr. M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, cit.

Se la stringatezza della Carta evita, come ho detto, i rischi di una ipertrofica costituzionalizzazione dei diritti sociali, essa è anche frutto della povertà dei contenuti, inevitabile forse, ma certamente voluta: ogni formulazione esprime infatti quel "compromesso dei compromessi costituzionali", buono a formare un "minimo comune denominatore", accettabile dagli Stati membri, perché basato sulle loro comuni tradizioni costituzionali e sui loro comuni obblighi internazionali.

La Carta riconosce dunque i diritti sociali. Ma entro che limiti?

I limiti sono di due ordini diversi ma interconnessi, e messi insieme ridimensionano la portata complessiva di questo *Bill of rights*, o quanto meno inducono a ritenere che la qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali sia affievolita dal trattamento loro riservato.

Il primo limite è riconducibile alla formulazione dell'art. 51, che definisce l'applicazione delle disposizioni della Carta entro l'ambito delle istituzioni dell'UE nel rispetto del principio di sussidiarietà, e, per quanto attiene agli Stati membri, esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'UE. Lo stesso art. 51 (n. 2) aggiunge che la Carta non introduce nuove competenze o nuovi compiti né per l'UE, né per la CE, rispetto a quelli definiti dai Trattati. Con questa sorta di "reintegrazione" della Carta nei Trattati esistenti, si è giustamente osservato, «i diritti si vedono condizionati dal contenuto dei trattati e non viceversa, ricordandoci così la prevalenza nell'ordinamento comunitario dell'integrazione economica»²⁷.

Il secondo limite attiene alla tutela accordata ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta europea, che sono inderogabili solo nel loro "contenuto essenziale": a norma dell'art. 52 (n. 1), infatti, «nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate 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».

La formula non è di facile interpretazione: la domanda che ci si può porre è se, ad esempio, un diritto sociale fondamentale, al quale il diritto interno di uno Stato membro riconosca un valore prioritario, possa subire limitazioni quando entri in conflitto con una delle libertà economiche garantite dal TCE e se la limitazione del diritto sociale possa essere giustificata, nell'ordinamento comunitario, dalla «necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità». La domanda non è solo legittima, ma ha anche una particolare urgenza: come dimostrano i recenti casi nei quali si discute proprio della possibilità di

²⁷ G. Maestro Buelga, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *RSS*, 2006, p. 89 ss.

limitare il diritto di sciopero (o, più in generale, di azione collettiva) per salvaguardare la libertà di prestazione di servizi.

4.1. – Diritti sociali e libertà economiche: quale bilanciamento? Riflettendo sui casi Laval e Viking

Per rispondere alla domanda su quali limitazioni possano subire i diritti sociali fondamentali vale la pena di riflettere brevemente su due casi che stanno suscitando enorme interesse per l'importanza delle questioni che propongono: mi riferisco ai casi *Laval* e *Viking* ancora in attesa delle decisioni della CGE, sui quali hanno presentato recentemente le loro conclusioni gli Avvocati generali Mengozzi (caso *Laval*) e Maduro (caso *Viking*).

Brevemente riassumendo, la questione che si pone nel caso *Laval* attiene all'esercizio della libera prestazione di servizi, e alla limitazione di tale libertà prodotta dall'azione collettiva della sezione sindacale (interruzione del lavoro nel cantiere), sostenuta dalla solidarietà del sindacato di categoria, per indurre l'impresa lettone Laval, che aveva distaccato alcuni propri dipendenti nel cantiere edile svedese Vaxholm, a sottoscrivere il contratto collettivo applicato ai dipendenti della impresa svedese (o a sottoscrivere un accordo di collegamento a quel contratto). Mediante l'azione collettiva, i sindacati si proponevano di raggiungere l'obiettivo di garantire ai lavoratori lettoni (distaccati nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale) le condizioni di lavoro e di occupazione assicurate nell'impresa svedese dal contratto collettivo, come previsto dalla Direttiva 96/71 CE²⁸. L'avvio dell'azione collettiva aveva avuto l'effetto di indurre la Laval a rinunciare all'esecuzione del contratto stipulato con il cantiere Vaxholm e, di conseguenza, al distacco dei lavoratori lettoni nel cantiere.

Nel caso *Viking* è la libertà di stabilimento ad entrare in discussione. L'impresa (la Viking Line, operatore finlandese di traghetti sulla rotta tra la Finlandia e l'Estonia) aveva tentato di cambiare bandiera immatricolando l'imbarcazione *Rosella* in Estonia, allo scopo di concludere

²⁸ Nel caso, una questione preliminare attiene alla corretta trasposizione della Direttiva 96/71 nel diritto svedese: la direttiva inserisce il contratto collettivo dotato di efficacia generale tra le fonti di disciplina delle condizioni economiche e normative da applicare ai lavoratori distaccati nel quadro di una prestazione di servizi transnazionale, ma nell'ordinamento svedese il contratto collettivo non ha efficacia generale, ed è invece affidato all'azione collettiva il compito di assicurarne di fatto l'applicazione. L'Avv. gen. Mengozzi (punti 164 ss. delle conclusioni) ritiene che il «diritto di ricorrere all'azione collettiva riconosciuto dal diritto svedese alle organizzazioni sindacali dei lavoratori, il quale consente loro di imporre le condizioni salariali previste o disciplinate dai contratti collettivi svedesi, è idoneo a conseguire l'obiettivo di tutela di cui all'art. 3 della Direttiva 96/71» (punto 187).

un contratto collettivo col sindacato estone, traendo così vantaggio competitivo dalla possibilità di applicare retribuzioni inferiori rispetto a quelle derivanti dal contratto collettivo finlandese. L'azione di boicottaggio promossa dal sindacato finlandese (unitamente alla Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti, con sede in Gran Bretagna, cui aderisce) aveva bloccato l'iniziativa della Viking Line, la quale, temendo che un nuovo tentativo di cambiare bandiera avrebbe innescato una nuova azione di boicottaggio, ha dato avvio all'azione giudiziaria contro la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti da cui sono nate le questioni pregiudiziali (proposte dalla Court of Appeal inglese alla CGE).

Le questioni proposte dai due casi sono molteplici, ma in questa sede mi limito all'interrogativo di maggiore importanza al quale la Corte è chiamata a rispondere: e cioè se sia legittima, ed eventualmente in quali limiti, un'azione collettiva (sciopero, o boicottaggio, o altra azione sindacale) diretta a limitare la libertà di circolazione di un'impresa privata (libera prestazione di servizi nel caso *Laval*, libertà di stabilimento nel caso *Viking*).

Tre premesse mi paiono indispensabili per riflettere su questo interrogativo.

In primo luogo, la Carta di Nizza (art. 28) riconosce ai lavoratori e ai datori di lavoro «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali, il diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, ai livelli appropriati, e di ricorrere in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero».

In secondo luogo, il TCE (art. 137, n. 5) esclude espressamente dall'ambito di azione e dalle competenze normative della CE il diritto di associazione, il diritto di sciopero e il diritto di serrata. A differenza del TCE, che sottrae lo sciopero dalla competenza della CE, la Carta di Nizza include dunque espressamente nel catalogo dei diritti fondamentali da essa garantiti il diritto sciopero.

In terzo, ma fondamentale luogo, occorre ricordare, che mentre le norme comunitarie in materia di concorrenza (artt. 81 e 82 TCE) hanno senz'altro effetto orizzontale diretto, tale effetto non è riconosciuto alle norme sulla libera circolazione, cui – tenuto conto della loro formulazione – è riconosciuto invece effetto verticale²⁹. Poiché, in entrambi i casi in

²⁹ Il Trattato non chiarisce la questione dell'effetto orizzontale degli artt. 43 e 49: non chiarisce cioè se tali disposizioni tutelino i diritti dei soggetti attivi sul mercato non solo limitando i poteri delle autorità degli Stati membri, ma anche limitando l'autonomia di altri soggetti. Come ricorda l'Avv. gen. Maduro (punti 36 ss. delle conclusioni sul caso *Viking*), le opinioni della dottrina divergono, ma l'opinione favorevole ad ammettere l'effetto orizzontale delle norme sulla libera circolazione sembra trovare conforto nella

discussione, la controversia oppone due soggetti privati (le imprese che invocano l'applicazione di tali norme contro le organizzazioni sindacali che con la loro azione hanno impedito l'esercizio della libera circolazione), l'effetto orizzontale degli art. 49 e 43 TCE, e dunque la possibilità per un soggetto privato di avvalersi della libertà di circolazione per limitare l'autonomia privata altrui, è la prima e preliminare questione da risolvere: ove l'effetto orizzontale fosse escluso, le questioni proposte dai due casi esulerebbero infatti dalla competenza della CGE, trattandosi di questioni di diritto interno (eventuali limiti del diritto di sciopero e di azione collettiva secondo il diritto nazionale) e non di diritto comunitario³⁰. Entrambi gli Avvocati generali, facendo richiamo alla giurisprudenza della CGE (e in particolare alle sentenze *Schimidberger, Commissione c. Repubblica Francese, Angonese*)³¹, concludono nel senso dell'effetto orizzontale diretto delle norme sulla libera circolazione (artt. 49 e 43 TCE) nei casi in discussione. Come precisa l'Avvocato Maduro (conclusioni, punti 41 ss.), le norme sulla libera circolazione non possono sempre essere fatte valere in un procedimento che oppone due soggetti privati (perché l'ambito applicativo di queste norme «comprende ogni azione o omissione dello Stato che possa impedire o rendere meno interessante l'esercizio dei diritti alla libera circolazione»); esse tuttavia – secondo Maduro – possono applicarsi alle azioni di soggetti privati, quando queste, per i loro effetti generali sui titolari dei diritti di libera circolazione, «sono in grado di ostacolare l'esercizio di tali diritti, creando un ostacolo che essi non possono facilmente aggirare» (conclusioni, punto 48).

L'effetto orizzontale diretto delle norme sulla libera circolazione spalanca la porta del diritto comunitario al conflitto tra diritto di sciopero e di azione collettiva e diritti di libera circolazione: di conseguenza, il giudice nazionale non potrà più risolvere il conflitto alla luce del proprio diritto nazionale (dove il diritto di sciopero può subire limiti in ragione della salvaguardia di altri diritti di pari rango costituzionale), ma si troverà a dover applicare il diritto interno in modo coerente con le norme

giurisprudenza della CGE, laddove la Corte afferma che l'azione di un soggetto privato può pregiudicare gli obiettivi di tali norme, e che i soggetti privati non possono agire senza prendere adeguatamente in considerazione i diritti che derivano ad altri soggetti privati dalle norme sulla libera circolazione.

³⁰ Ovviamente, poiché le norme sulla libera circolazione certamente hanno effetto verticale, potrebbe porsi il problema dell'omissione, da parte dello Stato membro, dell'adozione delle misure necessarie a garantire il pieno rispetto della libertà di circolazione sul proprio territorio: e su questo problema potrebbe essere chiamata a decidere la CGE, a seguito di una procedura di infrazione intentata dalla Commissione, ovvero di un rinvio pregiudiziale da parte del giudice nazionale di una causa che opponesse un soggetto privato alla pubblica amministrazione.

³¹ CGE, 12 giugno 2003, causa C-112-00, *Schmidberger*; 9 dicembre 1997, causa C-265-95, *Commissione c. Repubblica francese*; 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*.

del Trattato sulla libera circolazione, e ove ciò non sia possibile e le norme nazionali contrastino con quelle sulla libera circolazione saranno queste ultime a prevalere³². Il che, trattandosi di sciopero e di diritti sindacali, vale a dire di materie riservate alla competenza normativa degli Stati membri, non è cosa di poco momento, e desta ovvie preoccupazioni (almeno in chi ancora pensa che via sia un indissolubile legame tra diritto di sciopero e principio di eguaglianza in senso sostanziale).

Ma proviamo a ricostruire il percorso argomentativo che porta a questo risultato. D'accordo con gli Avvocati generali Mengozzi e Maduro, diamo per scontato che l'art. 28 della Carta di Nizza riaffermi un diritto sociale riconosciuto dalle tradizioni costituzionali comuni, e ammettiamo quindi che, appunto per la via mediata delle tradizioni costituzionali comuni, si possa affermare che il diritto di ricorrere allo sciopero (o all'azione collettiva) per difendere gli interessi dei lavoratori (o anche soltanto dei membri di un sindacato) costituisca un principio generale del diritto comunitario, tutelato nella Comunità.

L'ingresso del diritto di sciopero (o più in generale del diritto di azione collettiva) nel diritto comunitario non è certo privo di significato politico, ma non è neppure privo di conseguenze giuridiche rilevanti, giacché porta inevitabilmente con sé la rilettura dell'esclusione dello sciopero e dei diritti di negoziazione e di azione collettiva dalla competenza della Comunità (art. 137 TCE). Se è certo che l'esclusione sottrae queste materie al potere normativo della CE, l'ingresso del diritto di azione collettiva nel diritto comunitario (come principio generale tutelato dalla Comunità) porta con sé la conseguenza che la CGE possa pronunciarsi sulla legittimità di un'azione collettiva quando tale azione, che costituisce appunto esercizio di un diritto tutelato dalla Comunità, entra in conflitto con altro diritto tutelato dal diritto comunitario, di cui gli Stati membri debbono garantire il rispetto nel loro territorio. Avviene così che l'inclusione del diritto di azione collettiva nel diritto comunitario (che pure costituisce un'affermazione di grande rilievo politico) determini, come immediata conseguenza, la necessità di "bilanciare" un diritto sociale fondamentale con la libertà economica (nella specie con la libera circolazione dei servizi e la libertà di stabilimento), certo non meno fondamentale nel diritto comunitario: il bilanciamento non mette il diritto di azione collettiva al riparo da valutazioni ispirate dagli equilibri interni all'UE, che assegnano ancora una indiscussa priorità alle ragioni dell'integrazione economica e del mercato libero-concorrenziale.

³² «Il diritto nazionale, fondato sui valori dell'ordinamento giuridico nazionale, conserva (...) il proprio ruolo nel contesto normativo che disciplina le controversie tra soggetti privati. Allo stesso tempo è garantita l'effettività del diritto comunitario» (Maduro, conclusioni, punto 54).

Affermare la competenza della Comunità in materia di azione collettiva può portare a dire, nel caso *Laval*, che i sindacati svedesi hanno diritto di promuovere un'azione collettiva per ottenere che l'impresa lettone applichi ai lavoratori distaccati in Svezia le condizioni che il contratto collettivo garantisce ai lavoratori svedesi; nel caso *Viking* può portare a dire (come afferma Maduro, punto 62) che l'azione collettiva costituisce un mezzo legittimo di tutela delle retribuzioni e delle condizioni di lavoro dei lavoratori. Ma inevitabilmente porta anche a dire che l'azione collettiva è legittima alla luce del diritto comunitario solo se, e nella misura in cui, è necessaria per conseguire un obiettivo di interesse generale (quali sono la tutela dei lavoratori distaccati, e la lotta contro il *dumping* sociale, ovvero la necessità di tutelare le condizioni di lavoro e prevenire i licenziamenti) ed è inoltre proporzionata rispetto al raggiungimento di tale obiettivo.

La prospettiva appare rovesciata rispetto a quella cui ci ha abituato la tradizione costituzionale italiana (e non solo italiana), che accorda priorità ai diritti sociali rispetto alle libertà economiche, e assegna inoltre ai diritti sindacali dei lavoratori la funzione essenziale di strumento di riequilibrio dei poteri tra le forze sociali: cosicché l'esercizio del diritto di sciopero è legittimo fino al punto in cui non pregiudica (nel loro contenuto essenziale) diritti della persona costituzionalmente tutelati. Nel diritto comunitario, viceversa, la libertà economica può legittimamente espandersi fino al limite in cui non intacca il contenuto essenziale del diritto fondamentale di azione collettiva. Non è casuale, allora, che ambedue gli Avvocati generali ripetano in più punti delle loro conclusioni (assai diverse nello stile argomentativo, ma convergenti nella sostanza) che pur essendo il diritto di azione collettiva principio generale del diritto comunitario, l'esercizio di tale diritto debba essere "valutato" alla luce delle norme sulla libera circolazione: cosicché ogni limitazione alle libertà tutelate dagli artt. 43 e 49 deve essere strettamente giustificata da ragioni imperative di interesse generale.

Insomma, la valorizzazione in via interpretativa della Carta di Nizza, mediata dalle tradizioni costituzionali comuni, porta l'indubbio vantaggio di dare luogo ad una modificazione degli equilibri interni al diritto comunitario: le libertà economiche subiscono il bilanciamento con i diritti sociali, con i quali devono necessariamente conciliarsi. Ma il vantaggio derivante dal bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, è controbilanciato dalla circostanza che questo bilanciamento avviene nell'ambito di un sistema normativo che non riconosce la priorità dei diritti sociali fondamentali, e che, al massimo, consente ai diritti sociali di porre limiti (proporzionati e giustificati da ragioni imperative d'interesse generale) alle libertà economiche. Lo

“svantaggio” della mancata “costituzionalizzazione” del diritto di azione collettiva (cui si somma la presenza nella Carta di Nizza di un meccanismo di “reintegrazione” del suo contenuto nel diritto del trattato) diviene allora evidente: la riserva di competenza sancita dall’art. 137 TCE non basta ad impedire che la piena legittimità dell’azione collettiva alla luce del diritto interno si trovi ad essere messa in discussione perché l’azione collettiva, come nei casi *Laval* e *Viking*, impatta sulle libertà economiche, e con ciò sull’attuazione del diritto comunitario.

Gli interrogativi posti dai casi sui quali mi sono soffermata sono di grande portata, perché la rilevanza comunitaria del conflitto tra diritti sociali e libertà economiche non riguarda il solo caso delle prestazioni transnazionali di servizi, e non riguarda solo lo sciopero e la contrattazione collettiva. Mentre è ancora discusso e discutibile che le norme sulla libertà di circolazione entrino negli ordinamenti interni con la forza dirompente dell’effetto orizzontale diretto, il diritto comunitario della concorrenza tutela senz’altro, in modo ampio e pervasivo, la libertà dei soggetti privati di accedere ai mercati dei servizi: il conflitto tra mercato libero-concorrenziale e protezione sociale costituisce infatti, e non a caso, uno dei *leit motifs* della giurisprudenza comunitaria di questi ultimi decenni.

Per guardare a cose nostrane, si prenda ad esempio la sentenza 9 dicembre 2004, causa C-460/02, *Commissione c. Repubblica italiana*, nella quale la CGE ha risolto a favore della libera prestazione dei servizi il conflitto tra una misura nazionale di protezione sociale (la tutela dell’occupazione dei lavoratori aeroportuali in caso di successione di appalti conseguente alla liberalizzazione dei servizi di *handling*: d. lgs. n. 18/1999) e il diritto comunitario della concorrenza (nella specie, la Direttiva 96/67 CE sulla liberalizzazione dell’accesso al mercato dei servizi di assistenza negli scali degli aeroporti della Comunità). Facendo applicazione dell’art. 18 della direttiva³³, che autorizza gli Stati membri ad adottare misure di protezione sociale, il d. lgs. n. 18/1999 aveva previsto (art. 14) che, al fine di mantenere la continuità dei rapporti di lavoro e i livelli di occupazione, in caso di successione nell’appalto di un servizio il personale dipendente dall’appaltatore uscente dovesse essere trasferito, in base ad un accordo sindacale, all’appaltatore subentrante. Le ragioni di una tale misura erano facilmente spiegabili: la liberalizzazione creava problemi di occupazione che, ove non risolti mediante la negoziazione della continuità dei rapporti di lavoro,

³³ L’art. 18 della Direttiva è così formulato: «Senza pregiudizio dell’applicazione della presente direttiva e nel rispetto delle altre disposizioni del diritto comunitario, gli Stati membri possono prendere le misure necessarie per assicurare la protezione dei diritti dei lavoratori».

avrebbero creato problemi sociali rilevanti, oltre ad innescare una conflittualità sindacale, già elevata nel settore, che sarebbe stata di grave ostacolo alla progressiva apertura del mercato dei servizi aeroportuali. Il legislatore aveva dunque cercato di controbilanciare il diritto della concorrenza con una tutela della stabilità dell'occupazione adeguata al proprio modello e alle proprie tradizioni di protezione sociale; ma questo contro-bilanciamento è stato condannato senza appello dalla CGE, che, accogliendo le argomentazioni della Commissione e dell'Avvocato generale Léger, ha respinto la giustificazione del governo italiano (basata, occorre dirlo, su una maldestra interpretazione estensiva della Direttiva 2001/23 CE sul trasferimento d'azienda), considerando la misura – e cioè l'obbligazione imposta alle imprese dall'art. 14 del (d. lgs. 18/99) di farsi carico del personale dell'appaltatore precedente – incompatibile con la Direttiva 96/67 CE: una tale misura di protezione sociale – secondo la CGE – costituisce ostacolo non giustificato alla libera concorrenza, perché mette in condizioni sfavorevoli i nuovi potenziali concorrenti, e compromette perciò l'apertura del mercato.

Trascuro in questa sede le riflessioni sul significato della direttiva sul trasferimento di azienda dalla quale la CGE fa derivare un vincolo negativo per il legislatore nazionale, che non può estendere la nozione di trasferimento di azienda al fine di assicurare maggior protezione sociale ai lavoratori, quando, così facendo, ostacola la libera prestazione di servizi: è una riflessione sull'impatto (e sulle stesse ragioni delle direttive in materia di politica sociale) che esula da questo contesto³⁴. Mi preme invece sottolineare qui che, avendo i giudici di Lussemburgo omesso qualsiasi riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, alla Carta di Nizza e al (pur modesto) riconoscimento del diritto al lavoro in essa contenuto, nessun bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche è stato fatto: come ha scritto l'Avvocato generale Léger nelle conclusioni sul caso, se la Direttiva 96/67 Ce ha la duplice finalità di realizzare il libero accesso al mercato e di introdurre una leale concorrenza sul mercato dei servizi aeroportuali, ogni considerazione di protezione sociale non può che essere complementare: non si tratta di far prevalere la liberalizzazione sulla protezione dei lavoratori nell'interpretazione della direttiva. La direttiva concerne solo la liberalizzazione: priorità della libertà economica, dunque, e priorità *sans phrase*.

4.2. – Il bilanciamento sbilanciato

³⁴ Rinvio a quanto ho scritto in proposito nel saggio *Droits des travailleurs et droit de la concurrence. Le droit italien face au droit communautaire* (Paris, le 26 avril 2007), in corso di pubblicazione.

Torno finalmente alla domanda da cui sono partita prima di queste digressioni, e cioè se il diritto comunitario tolleri limitazioni ai diritti fondamentali dei lavoratori, giustificate dalla necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità.

Se a guidarci nella risposta è il pessimismo della ragione, dobbiamo in primo luogo considerare che la consacrazione dei diritti fondamentali nella Carta di Nizza è subordinata ad una sussidiarietà (in senso propriamente verticale) che frena l'universalizzazione dei diritti e ne mette in discussione la priorità. In secondo luogo dobbiamo considerare che è consentita la deroga per «finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione», tra le quali fino a prova contraria rientrano le finalità "di mercato", che possono porsi in aperto e diretto conflitto con la salvaguardia di garanzie positive a favore dei lavoratori. Infine non possiamo trascurare l'arretramento, variamente giustificato, ma evidente, che si registra a livello nazionale, non meno che europeo, sul fronte delle garanzie alle quali si è ritenuto in passato di poter affidare la realizzazione dei diritti fondamentali dei lavoratori. La risposta è allora positiva: sì, le limitazioni sono ancora tollerate.

Sostenuti dall'ottimismo della volontà, potremmo tuttavia avanzare una risposta negativa, ragionando sulla cosiddetta "sussidiarietà costituzionale" (o al rialzo) sancita dall'art. 53 della Carta («Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione» dal diritto dell'UE, dal diritto internazionale, dalla CEDU, e «dalle costituzioni degli Stati membri»), che salvaguarda il livello più elevato di protezione garantito dalla Costituzione dello Stato in cui sorge la controversia.

Benché la valorizzazione del significato dell'art. 53 possa parere ispirata da una visione eccessivamente ottimistica dei termini in cui potrebbe essere in futuro impostato il dialogo tra una Carta dei diritti fondamentali che avesse forza giuridica vincolante e le Costituzioni degli Stati membri, resta da dire che la "sussidiarietà costituzionale" può essere lo strumento tecnico al quale affidare, nel diritto interno, la soluzione di casi (come *Laval* e *Viking*) nei quali le Costituzioni degli Stati membri assegnano ad un diritto fondamentale un livello di protezione più elevato di quello garantito dal diritto dell'UE. Per converso vorrei osservare che, se dalle vicende dei prossimi due anni dovesse uscire confermata l'integrazione della Carta come capitolo sui "diritti fondamentali" di un TC, la sussidiarietà (verticale) dovrebbe essere messa da parte, almeno quando fosse in discussione la tutela effettiva dei diritti sanciti, che diverrebbe compito precipuo dell'UE, la quale, integrando la Carta dei diritti nel proprio Trattato istitutivo, avrebbe fatto

della Carta il diritto costituzionale proprio dell'Unione. Ma questo non ci metterebbe ancora al riparo dal bilanciamento alla stregua dei valori propri dell'UE e dei suoi equilibri interni, nei quali i paesi "conservatori" del sud dell'Europa stentano talora a riconoscersi e che appaiono messi viepiù in crisi dall'ingresso di nuovi Stati, portatori di interessi chiaramente in conflitto con i modelli sociali propri dei paesi conservatori.

5. – Europa dei mercati, Europa dei diritti. Qualche considerazione conclusiva

Come ho detto parlando dello stato in cui versa attualmente il sistema delle fonti del diritto europeo, la Carta di Nizza è ancora soltanto un atto politico, e dunque ogni ottimistica considerazione deve essere per ora messa da parte. Occorre tornare con i piedi per terra.

La terra su cui poggiamo i piedi è rappresentata dalla costruzione giurisprudenziale (ad opera della CGE, intendo) dei diritti fondamentali, che si è aperta la strada attraverso le quattro libertà economiche (libera circolazione delle merci, delle persone, dei capitali e dei servizi), e solo successivamente ha proceduto alla affermazione, anche incisiva, di taluni diritti sociali: dal diritto alle ferie, al diritto al lavoro, al diritto alle prestazioni sociali per sé e per la propria famiglia, alla tutela delle lavoratrici madri ed altri ancora. La Corte, non potendo far leva su solide basi di diritto positivo, ha provveduto a tutelare i diritti sociali in via mediata e indiretta: facendo leva da un lato sulle libertà economiche e dall'altro, e specialmente, sui divieti di discriminazione (che sono nati come presidio delle quattro libertà economiche, ma hanno poi trovato, nell'art. 13 TCE una base giuridica più ampia riconducibile all'art. 6, n. 2, TUE).

La tutela dei diritti sociali a livello comunitario è stata sino ad ora essenzialmente indiretta, perché avanti alla Corte di giustizia ha trovato sino ad ora riconoscimento non il diritto sociale, come diritto ad una prestazione positiva, ma il diritto a non essere discriminati. Ciò non significa che la giurisprudenza della Corte non abbia prodotto un positivo effetto di tutela proprio di taluni diritti sociali: dalla maternità, alla salute, alle prestazioni sanitarie positive, e così via³⁵.

Una tutela più diretta dei diritti sociali si legge nella sentenza *BECTU* (26 giugno 2000, causa C-173/99), nella quale la Corte ha stabilito che il diritto alle ferie è un diritto di tutti i lavoratori dell'UE, e, operando un bilanciamento tra questo diritto e la libertà di impresa, ha sacrificato la

³⁵ F. Salmoni, *Diritti sociali e Unione europea. Dall'ordinamento comunitario allo Stato sociale europeo*, in *Studi in onore di Gianni Ferrara*, III, Giappichelli, Torino, 2005, p. 531 ss., qui p. 565.

libertà economica a vantaggio del diritto sociale; così anche nella recente sentenza *Mangold* (22 novembre 2005, causa C-144/04, in materia di discriminazione in ragione dell'età), nella quale la CGE ha affermato che il principio di non discriminazione e parità di trattamento in materia di lavoro trova la propria fonte negli strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni, da ciò facendo discendere che il principio di non discriminazione in ragione dell'età è un principio generale del diritto comunitario. L'affermazione ha destato qualche sorpresa³⁶, ma anche i commenti molto favorevoli di chi sottolinea le potenzialità espansive del percorso seguito dalla Corte, che fa finalmente discendere dal principio di eguaglianza il divieto di discriminazione, qualificandolo così come principio generale applicabile anche se non tradotto in una norma di diritto derivato, o se tradotto in una norma non applicabile al caso di specie³⁷. L'affermazione di un (inedito per la CGE) principio generale di non discriminazione proietta «la sua ombra lunga sui rapporti di lavoro»³⁸, inducendo la Corte ad applicare, nella valutazione della deroga ad un diritto individuale, il criterio di proporzionalità (bilanciamento) tra parità di trattamento e obiettivi legittimi delle politiche dell'occupazione.

Qualche segnale di cambiamento può dunque cogliersi, ma si tratta appunto di segnali. Perché la giurisprudenza della CGE possa davvero fare il salto di qualità, necessario a dare effettiva e diretta tutela ai diritti sociali, occorre uno statuto giuridico di questi diritti che dia loro pari rilevanza, pari spazio e (almeno) pari dignità rispetto alle libertà economiche: statuto che attualmente il diritto europeo non ha (ancora) saputo mettere in piedi.

Questa (amara) considerazione ci riporta dentro la riflessione sull'Europa dei mercati, o meglio sulla tensione tra costituzione economica e diritti sociali, e sul bilanciamento tra le ragioni dell'economia e quelle dei diritti di cui ho parlato all'inizio, affrontando l'argomento dei diritti sociali, e riflettendo sul conflitto tra libertà economiche e diritto di sciopero proposto dai casi *Laval* e *Viking*.

Come ho detto in premessa, non mi inoltrerò nei meandri del diritto della concorrenza e neppure mi metterò a descrivere in che cosa consista l'*open method of coordination* (OMC), su cui altri hanno scritto

³⁶ Indubbiamente l'affermazione della Corte è strumentale alla soluzione di una questione in cui la fonte comunitaria Direttiva 78/2000 CE, basata sull'art. 13 TCE) non era applicabile: cfr. S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *DLRI*, 2006, n. 1, p.39 ss.

³⁷ O. Bonardi, *Le clausole di non regresso e il divieto di discriminazione per motivi di età secondo la Corte di giustizia*, in *RIDL*, 2006, II, p. 277.

³⁸ S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee*, cit., p. 55.

con competenza certo ben maggiore della mia³⁹. Prenderò un esempio e rifletterò su di esso, per mostrare quale sia allo stato, il modello sociale con il quale dobbiamo fare i conti.

5.1. – Il capostipite dei diritti sociali: il diritto al lavoro. Ovvero le delusioni del presente e l'incertezza del futuro

Come è noto, dal vertice di Lussemburgo del 1997 che ne ha deciso l'avvio nel campo della politica dell'occupazione, «l'OMC ha ormai acquisito i caratteri di archetipo della "nuova *governance*" europea», anche se altri meccanismi regolativi (dialogo sociale, comitati di esperti, agenzie) sono al centro della «scena regolativa»⁴⁰. È certo che l'OMC (al quale rinvia l'art. 125 TCE) restituisce spazio agli Stati membri nel campo della politica sociale: ma non è forse, o non è soltanto, la contrarietà agli Stati all'intervento del *hard law* comunitario nell'ambito della politica sociale a spiegare la capacità di questo meccanismo regolativo di sostituirsi a quello classico, e di attrarre nel suo ambito materie, come l'inclusione sociale e la sanità, riservate sinora alla piena competenza nazionale. L'OMC presenta infatti indubbi vantaggi, quando si tratti di supplire all'inerzia o all'impraticabilità dell'intervento comunitario "classico", spostando alle relazioni intergovernative il coordinamento e l'armonizzazione delle politiche occupazionali (ma sempre più sociali). Ma è anche intrinsecamente debole, per la mancanza di strumenti di *enforcement* (vincoli e sanzioni)⁴¹.

Come si è giustamente detto⁴², l'OMC «non è che un impegno debole di un equilibrio non ancora raggiunto tra questi livelli (...) e non risolve il bisogno di un intervento centrale nel contesto del deterioramento della protezione sociale statale». Invece «il problema che la dottrina pone come nodo fondamentale della costruzione di un sistema europeo di diritti sociali riguarda il rapporto tra livello europeo e livello statale (...)».

Per tentare di mettere in luce quanto aggrovigliato sia il nodo di questo rapporto, prendo l'esempio del primo e più classico dei diritti sociali, cioè il diritto al lavoro: mi servirà a confrontare il livello di protezione nel diritto statale (italiano) con l'attuale livello di protezione sovranazionale.

³⁹ Cfr. i saggi pubblicati in M. Barbera (editor), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto do coordinamento delle politiche sociali*, Giuffrè, Milano, 2006; F. Ravelli, *Il coordinamento delle politiche comunitarie per l'occupazione e i suoi strumenti*, in *DLM*, 2006, 1, p. 67 ss.

⁴⁰ A. Lo Faro e A. Andronico, *op. cit.*, p. 14.

⁴¹ Sono opinioni di Lo Faro e Andronico, *op. cit.* Sulla politica sociale comunitaria cfr. G. Arrigo, *La politica sociale comunitaria: il quadro evolutivo*, in Garofalo D. e Ricci M. (editors), *Percorsi di diritto del lavoro*, cit., p. 55 ss.

⁴² G. Maestro Buelga, *op. cit.* p. 94.

Vero è che la CGE prosegue nel dare tutela indiretta alla stabilità dei lavoratori mediante l'applicazione dei divieti di discriminazione, e talora tutela diretta al diritto a non essere stabilizzati nella precarietà⁴³. Nella giurisprudenza recente in materia di successione dei contratti a tempo determinato (sentenza *Adeneler*) si può leggere (punto 73) che una disposizione nazionale non può «di pieno diritto e senza altra precisazione, giustificare contratti di lavoro a tempo determinato successivi», perché ciò «equivarrebbe a ignorare la finalità dell'accordo quadro, che consiste nel proteggere i lavoratori dall'instabilità dell'impiego, e a svuotare di contenuto il principio secondo il quale i contratti a tempo indeterminato costituiscono la forma generale dei rapporti di lavoro». Come nota giustamente Daniela Izzi⁴⁴, la Corte riconosce così valore di principio giuridico vincolante alla dichiarazione (contenuta nella Direttiva 1999/70) relativa alla normalità dei contratti di durata indeterminata e all'eccezionalità dei contratti a termine (contenuta nel preambolo dell'accordo quadro recepito nella direttiva), promuovendo a pieno titolo tale dichiarazione nella categoria del *hard law*.

Ma non è meno vero che, fatta eccezione per la limitata tutela che il diritto dei lavoratori alla conservazione del posto può derivare dall'applicazione delle Direttive sui licenziamenti collettivi, sui trasferimenti di azienda e sui contratti a termine, il diritto comunitario con il quale dobbiamo fare i conti è quello che ritroviamo nel capitolo del TCE dedicato all'occupazione, dove la protezione del diritto al lavoro (nel senso di "pretesa al lavoro", o di aspettativa di occupazione) deve essere ricondotta nell'ambito della strategia europea dell'occupazione, dominata appunto dall'OMC.

Peraltro, l'apporto della Carta di Nizza non sarebbe tale da sovvertire il quadro. La Carta ci presenta infatti il diritto al lavoro da un lato (art 15) come libertà di lavorare, dall'altro (art. 30) come tutela in caso di licenziamento ingiustificato. Il silenzio è totale sull'aspettativa di occupazione (e non è un caso, come dirò tra un attimo); quanto alla aspettativa positiva della conservazione del posto, la formulazione dell'art. 30 della Carta è debole, perché rinvia al diritto comunitario oltre che alle legislazioni e prassi nazionali. Allo stato attuale, ammesso e non concesso che la Carta possa avere un'effettiva valenza interpretativa, il

⁴³ Cfr. le recenti sentenze in materia di successione tra contratti a termine CGE 4 luglio 2006, C-212/04, *Adeneler*; 7 settembre 2006, C-53/04, *Marrosu e Sardinu c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*; 7 settembre 2006, causa C-180/04, *Vassallo c. Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*. Sulla discriminazione in materia di licenziamenti è importante la sentenza CGE 9 febbraio 1999, C-167/97, *Seymour-Smith*, su cui cfr. D. Izzi 2007.

⁴⁴ D. Izzi, in *LD*, 2007, n. 2, p.

rinvio al diritto comunitario "reintegra" questo diritto sociale appunto nel TCE e dunque lo ricolloca nell'art. 125 e ss., e di qui nella Strategia europea per l'occupazione (SEO) e nell'OMC.

Ora l'art. 125 TCE lega lo sviluppo dell'occupazione alla «promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici». L'occupazione cede il passo all'occupabilità⁴⁵: l'obiettivo è quello di far diminuire il tasso di disoccupazione, puntando sull'incremento del tasso di occupazione dei soggetti di più difficile collocazione nel mercato del lavoro. L'occupabilità (insieme all'adattabilità, all'imprenditorialità e alle pari opportunità) costituisce uno dei quattro pilastri della SEO, ed è scritta nell'art. 125 TCE (come strategia coordinata a favore dell'occupazione mediante la promozione di una forza lavoro competente, qualificata, adattabile, e di mercati del lavoro in grado di rispondere ai mutamenti economici).

Dietro il concetto di *employability* (come bene spiega Marzia Barbera)⁴⁶ stanno due diversi approcci al problema della disoccupazione: l'approccio scandinavo, che riconosce al cittadino un diritto al lavoro che si sostanzia in prestazioni di *welfare* di tipo attivo; l'approccio anglosassone, che è quello di spingere il disoccupato a passare dall'assistenza all'autosufficienza, attraverso la disponibilità a lavorare anche a condizioni meno vantaggiose di quelle di cui godono gli occupati. La SEO costituisce un ibrido, che reca traccia di ambedue questi approcci. Giustamente allora le letture critiche ne sottolineano i due fondamentali difetti: quello di affrontare il problema della disoccupazione dal lato dell'offerta, e non come problema strutturale, che richiede interventi dal lato della domanda⁴⁷; quello di presupporre un'omogeneità dell'offerta di lavoro, che è smentita dalle profonde diversità che caratterizzano i mercati locali del lavoro. Peraltro, come ha rilevato Giubboni,⁴⁸ negli Stati membri, anche su sollecitazione degli orientamenti europei, si sono registrate «significative convergenze, ad esempio nella direzione di un inasprimento dei doveri (...) di attivazione dei disoccupati, con una forte

⁴⁵ Di ciò ho più diffusamente scritto nel saggio M.V. Ballestrero, *Introduzione. I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, in Ballestrero M. V. e Balandi G.G. (editors), *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 9 ss.

⁴⁶ M. Barbera, *A che punto è l'integrazione delle politiche dell'occupazione nell'Unione europea?*, in *DRI*, 2000, 2, p. 161 ss.

⁴⁷ T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Il Mulino, Bologna, 2001, p. 102.

⁴⁸ S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali. Riflessioni sul diritto al laoro tra Costituzione italiana e ordinamento europeo*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT. 46/2006.

accentuazione delle componenti di responsabilità individuale nella ricerca dell'occupazione e di costrittività delle misure di sostegno del reddito».

Anche il nostro diritto interno porta visibili tracce di questa "significativa convergenza" (penso a tutta la normativa sui lavoratori svantaggiati messa in piedi dalla cosiddetta legge Biagi). Eppure, nel nostro ordinamento, il diritto al lavoro è sancito dalla Costituzione, dove occupazione non significa occupabilità, e *welfare* non può essere bellamente sostituito con *workfare*.

Non posso sostenere queste affermazioni ripercorrendo in questa sede il lungo dibattito sviluppatosi intorno all'art. 4, comma 1, Cost.⁴⁹ Mi limito a ricordare che questo dibattito ha portato la Corte costituzionale a riconoscere nell'ambito di questa disposizione costituzionale la presenza di una norma immediatamente precettiva (quella che garantisce la libertà di lavorare) e di una norma programmatica (quella che affida al legislatore la realizzazione dell'aspettativa all'occupazione e gli impone la tutela della "aspettativa positiva" alla conservazione del posto di lavoro, vietando i licenziamenti arbitrari). Il diritto sociale al lavoro ha dunque nella nostra Costituzione un significato ampio e complesso, che esprime un bilanciamento ineguale tra le ragioni del lavoro (dall'accesso alla conservazione) e le ragioni economiche dell'impresa.

Il diritto comunitario attuale si occupa non di occupazione ma di occupabilità, dal lato dell'offerta e non della domanda: questo significa che l'occupazione dei lavoratori è essenzialmente affidata alla loro capacità di adattarsi al mercato, e non, viceversa, all'adattamento del mercato, ovvero all'intervento correttivo del mercato, in vista della realizzazione dell'aspettativa di occupazione dei lavoratori. Insomma, il bilanciamento latita, se sono i lavoratori a doversi rendere occupabili, e non le politiche dell'occupazione a dover garantire occupazione, agendo in senso correttivo dal lato della domanda.

Ho volutamente estremizzato: non c'è solo questo nella SEO, e non è questo il solo messaggio che essa veicola. Tuttavia non induce all'ottimismo sulla presenza di messaggi nel senso del rafforzamento dei diritti dei lavoratori la lettura del recente "Libro verde" della Commissione europea⁵⁰, che propone di "modernizzare il diritto del lavoro", combinando una maggiore flessibilità (di cui è enfatizzata la valenza positiva anche per i lavoratori) con standards accettabili di sicurezza. Il "Libro verde" (come già il rapporto della Commissione presieduta da Wim Kok nel 2003) insiste specialmente sulle virtù della flessibilità "in entrata"

⁴⁹ Rinvio a quanto di recente ho scritto in proposito nel saggio *Il valore e il costo della stabilità*, in corso di pubblicazione in *LD*, 2007, n. 3.

⁵⁰ Libro verde *Modernizzare il diritto del lavoro per rispondere alle sfide del XXI secolo*, COM (2006) 708 def.

(ovvero della proliferazione dei contratti atipici), alla quale attribuisce effetti positivi sull'occupazione, sulla mobilità professionale e sulle opportunità dei lavoratori, pur non escludendo che possa avere "alcuni effetti negativi". Ma insiste anche sulla flessibilità in uscita, espressione allusiva, con la quale si intende in sostanza l'alleggerimento dei vincoli derivanti dall'attuale disciplina dei licenziamenti: il "Libro verde" ci ripropone infatti l'affievolimento della protezione contro i licenziamenti dei lavoratori *insiders* (sostituendo tale protezione con la monetizzazione, suscettibile di quantificazione anticipata) come ricetta per la realizzazione di una *flexicurity* di cui possano godere anche gli *outsiders*, cioè quelli che oggi sono esclusi dalla protezione.

Per parte mia, resto convinta che la cosiddetta flessibilità in uscita metta sicuramente in discussione la stabilità (nel suo significato classico di *job security*) dei lavoratori standard, senza determinare l'estensione di un accettabile livello di protezione a quanti ne sono esclusi, perché occupati in lavori discontinui, temporanei, autonomi, o perché inoccupati o disoccupati. A prescindere dalle valutazioni in ordine alla validità scientifica della teoria economica che sta al di sotto delle tesi formulate nel "Libro verde", credo abbia ragione Giubboni⁵¹ a dire che l'ordinamento comunitario «si mantiene assai lontano dall'idea che, per superare le distanze tra *insiders* e *outsiders*, sia necessario procedere ad uno smantellamento delle tutele di cui godono i primi per ridistribuirle nell'area dei secondi», e che in sostanza il modello europeo di *flexicurity* non è quello della «eguaglianza nell'insicurezza». Ma la situazione di stallo in cui versa la traduzione in *hard law* della Carta di Nizza, e gli stessi limiti intrinseci alla Carta (aggravati peraltro nel testo che attualmente compare nella Parte II del TC), non fanno presagire un'uscita dalle logiche che a partire dagli anni ottanta del secolo scorso, e con un'accelerazione impressionante nell'ultimo decennio, hanno portato alla crisi dell'idea della «prevalenza della solidarietà sociale sul funzionamento del mercato e del sistema economico»⁵².

Ci sono prospettive serie e concrete per una riaffermazione della priorità del *hard law* nella tutela di un nucleo di diritti sociali fondamentali dei lavoratori e dei cittadini dell'UE? Per ora francamente non se ne vedono. Ancora una volta non resta che fare affidamento sulla sensibilità della CGCE, che, dentro i limiti stretti di un diritto comunitario sbilanciato nella direzione delle ragioni dell'economia e del mercato, riesce a trovare lo spazio per dare voce ai diritti sociali.

⁵¹ S. Giubboni, *Il primo dei diritti sociali*, cit.

⁵² Ancora S. Giubboni, *loc. ult. cit.*

Arrivata alla fine di questa relazione, e per tirare le fila del discorso, vorrei dire che un catalogo di diritti fondamentali, di cui fosse chiara l'assoluta priorità e l'inderogabilità, servirebbe a costruire un argine sicuro contro le derive di un liberismo volgare che stanno mettendo in discussione le conquiste irrinunciabili dello stato sociale, ma anche un argine alla contropinta che proviene da quegli Stati membri il cui sviluppo economico è condizionato da una competitività che vuole ridurre il valore della solidarietà (che perturba la concorrenza, gravandola di costi esterni al mercato), a "solidarietà competitiva": espressione, quest'ultima, con la quale si denota la contraddizione tra diritti sociali e costituzione economica, ovvero la prevalenza del mercato e della concorrenza e la subalternità dei diritti sociali.

Certo, con la costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali, il nuovo millennio potrebbe aprirsi – almeno in Europa – nel segno del recupero dei grandi valori che hanno segnato il progresso sociale nell'ultimo secolo del millennio scorso. Ma è realistica questa prospettiva nell'Europa a 27? I casi *Laval* e *Viking*, ai quali ho dedicato qualche riflessione nei paragrafi precedenti, ci mettono di fronte alla dura realtà di blocchi di interessi contrapposti, la cui conciliazione porta con sé il grave rischio di vedere eroso il contenuto di diritti fondamentali individuali e collettivi dalla necessità di lasciare aperto uno spazio di competizione, nel quale il *dumping* sociale possa giocare il ruolo di strumento indispensabile di crescita economica.

Abstract

In questo saggio l'autore, partendo dalla riflessione sui diritti sociali e sulla loro qualificazione come diritti fondamentali, esamina quale sia lo statuto dei diritti sociali nell'ambito delle fonti del diritto dell'Unione europea, con particolare riguardo alla Carta dei diritti fondamentali, che allo stato conserva l'originaria natura di atto politico, a causa delle vicende che hanno sin qui impedito l'entrata in vigore del Trattato Costituzionale dell'UE, ed essendo le prospettive future alquanto incerte. Due recenti casi (ancora in attesa di decisione da parte della Corte di Giustizia europea) che propongono la questione del conflitto tra un diritto sociale fondamentale (diritto di azione collettiva) e le libertà di circolazione (libera prestazione di servizi e libertà di stabilimento), offrono all'autore lo spunto per una riflessione sulle conseguenze (in ordine al bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche) che derivano dall'allargamento delle competenze della Corte a giudicare su diritti sociali che, in mancanza di una costituzione dell'UE, entrano a far parte del diritto comunitario per la via mediata delle tradizioni costituzionali comuni. Conclude il saggio una riflessione sul modello

sociale europeo, alla luce dell'attuale livello di protezione del diritto al lavoro, considerato il capostipite dei diritti sociali.