

Università degli Studi di Milano-Bicocca
Scuola di Dottorato in Scienze Giuridiche
Curriculum in Diritto del Lavoro
XXV CICLO

**I DIRITTI DEI LAVORATORI
DOPO IL TRATTATO DI LISBONA**

Tesi di dottorato di:
Maria Bonacci (matr.734735)

Tutor:
Chiar.ma Prof. Tiziana Vettor

INDICE

INTRODUZIONE

CAPITOLO I - L'evoluzione storica dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario

1. *L'assenza di una dimensione sociale nel Trattato di Roma.*
2. *I primi anni di tutela dei diritti fondamentali: i riferimenti normativi introdotti dalla Corte di Giustizia dell'UE.*
3. *Gli albori di una politica sociale: dal primo Programma di azione sociale all'Atto Unico del 1986.*
4. *Il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali: l'esempio dei Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza.*
5. *La Carta dei diritti fondamentali ed il Trattato di Lisbona.*

CAPITOLO II - I diritti sociali nella Carta di Nizza

1. *Il contenuto della Carta di Nizza.*
2. *Le lacune della Carta.*
3. *Le tradizioni costituzionali comuni*
4. *I rapporti con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.*

5. *I rapporti tra la Carta ed il Trattato di Lisbona.*

6. *L'applicazione della Carta di Nizza da parte della Corte di Giustizia dell'UE prima del Trattato di Lisbona.*

CAPITOLO III - I diritti dei lavoratori

1. *Il principio di uguaglianza e di non discriminazione.*

2. *La libertà sindacale, il diritto di sciopero e la negoziazione collettiva.*

2.1 *La proposta di regolamento Monti II.*

3. *Il diritto al lavoro.*

3.1 *La tutela contro il licenziamento ingiustificato.*

3.2 *Il contratto a termine.*

4 *I diritti di assistenza e sicurezza sociale.*

CAPITOLO IV- Conclusioni

1. *L'effettività dei diritti sociali nella giurisprudenza multilivello.*

2. *Implementazione o compressione dei diritti fondamentali?*

3. *Tirando le fila del discorso...le questioni ancora aperte*

“La sfida centrale al potere della globalizzazione è tutta nella lotta per i diritti sociali...Un diritto del lavoro globale deve essere ancora costruito. Ogni generazione dà il proprio contributo allo scopo. Nessuno di noi ha il diritto di vedere il successo dell’impresa. Ma forse potremmo dare un contributo migliore pensando e vivendo come dovremmo.”

Lord Wedderburn, Common law, labour law, global law, 2002.

Introduzione

Non si può iniziare a parlare dei diritti sociali senza cercare di dare una qualche definizione di cosa si intenda con tale espressione. Attualmente si è portati a sostenere che tutto il diritto è sociale, mentre nei secoli XVIII e XIX, si sosteneva che tutto il diritto era individuale. In effetti, astrattamente può dirsi, con la dottrina più cauta e ponderata, che il diritto è allo stesso tempo, e in un certo senso, sociale ed individuale.

La distinzione tra «sociale» e «individuale» va quindi intesa in senso non assoluto (o di «categorie»), ma convenzionale (o di «intensità»), intendendo cioè per diritti sociali¹ quelli che hanno per finalità

¹ La bibliografia sui diritti sociali è molto vasta; oltre ai lavori di F. Pergolesi, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Ed. Giuffrè, Milano, 1953, di A. Baldassarre, voce *Diritti sociali*,

preminente, o più immediata, il soddisfacimento di interessi collettivi (e di riflesso individuali) e per diritti individuali quelli che hanno per finalità preminente, od immediata, la tutela di interessi individuali (e di riflesso collettivi). Da questa posizione finalistica ne discende una particolare regolamentazione tecnica e giuridica, sia in termini di titolarità che di esercizio di tali diritti. I diritti individuali sono incentrati soprattutto sull'idea di libertà; quelli sociali, invece, sull'aspirazione ad una giustizia sociale; ovviamente i primi impongono un dovere di astensione e di rispetto delle prerogative della persona da parte dello Stato, i secondi esigono, al contrario, una condotta attiva.

Tale dicotomia ha caratterizzato due diverse generazioni di sistemi giuridici: quelli basati sui principi della dichiarazione francese dei “diritti dell'uomo e del cittadino” del 1789, che hanno un carattere individualistico, perché l'individuo è posto non solo al centro dell'ordinamento statale, ma è, contemporaneamente anche fonte dello stesso ordinamento (in virtù della «sovranità popolare») nonché destinatario delle sue norme; norme dirette, soprattutto, a garantire la libertà e l'uguaglianza dei singoli nei confronti dello Stato. Si tratta dei diritti inviolabili dell'uomo: diritti ritenuti “naturali”, che

Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XI, Roma,1989, si vedano ad esempio i più recenti lavori di L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari,Laterza,1994 e di L. Mengoni, *I diritti sociali*, in ADL, n.1, 1998.

diventano positivi, “con il passaggio dallo stato di natura allo stato civile e con la creazione del potere politico”. I diritti liberali della prima generazione sono caratterizzati dall’universalità², e si collegano all’eguaglianza in senso formale (“eguale trattamento di tutti i soggetti, equiparati senza tener conto delle circostanze reali in cui si trovano”³); tali diritti rientrano nella categoria dei diritti fondamentali, in ragione del loro carattere universalistico e del loro collegamento con il principio di eguaglianza in senso formale, che trova riconoscimento in pressoché tutte le costituzioni e nelle dichiarazioni dei diritti a livello internazionale.

Dopo la prima guerra mondiale, sotto la crescente pressione di nuove forze politiche e di nuove esigenze, inizia a maturare un senso più profondo della vita collettiva. La distinzione tra la prima generazione e la seconda non riguarda solo la vicenda storica della proclamazione dei diritti nelle carte fondamentali, ma presuppone anche una gerarchia; vi sono, infatti, a tal proposito due diverse correnti di pensiero: da un lato i sostenitori della tesi secondo cui, pur non essendovi un’assoluta incompatibilità tra i diritti civili e politici e, rispettivamente, diritti sociali, prospettano tra di essi una compatibilità solo relativa⁴. Secondo questo modo di vedere, i diritti di matrice liberale rivestono un ruolo prioritario rispetto ai diritti sociali (ed

² L. Ferrajoli, op. cit.

³ G. Peces-Barba Martinez , *Diritti sociali: origini e concetto*, in *SD*, 2000, 1, pag. 33.

⁴ P. Comanducci, *Assaggi di metaetica due*, Giappichelli, Torino, 1998, pag. 42.

eventualmente ai “nuovi diritti” di terza generazione), in quanto solo i primi condizionano l’essenza della democrazia, mentre gli altri si collegano inscindibilmente solo alla forma assunta dalla democrazia nello stato sociale⁵.

La seconda generazione sarebbe, quindi, quella dei diritti sociali⁶ definiti anche come “diritti a prestazioni”⁷ che avendo come scopo la realizzazione dell’eguaglianza sostanziale attraverso il soddisfacimento dei bisogni; 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 persone⁸. I diritti sociali, dunque, non sono diritti di tutti, in quanto “tengono conto” delle diverse condizioni dalle quali dipende il bisogno di protezione; istituiscono a favore dei loro titolari l’aspettativa di una prestazione, che può essere realizzata attraverso l’intervento pubblico diretto, o

⁵ La definizione è di A. Baldassarre contra cfr. Luciani .

⁶ L’espressione “diritti sociali” è stata criticata da Giorgis, che la sostituisce con “diritti all’eguaglianza sostanziale”, considerando tale espressione, oltre che imprecisa, frutto di una concezione liberista che vede il mercato e la proprietà come istituzioni nate spontaneamente senza l’intervento dello Stato.

⁷ Ferraioli nel testo citato, li definisce anche “aspettative positive”.

⁸ G. Peces-Barba Martinez, *Diritti sociali: origini e concetto*, in SD, n.1, 2000.

attraverso l'attività dei privati (sempre che ciò ne consenta l'effettiva soddisfazione)⁹.

I diritti sociali nascono, dunque, come risposta all'industrialismo e alla democratizzazione dei processi decisionali, grazie alla pressione di molteplici spinte tra cui le "costituzioni lunghe" del dopoguerra, in cui i valori della libertà e dell'uguaglianza acquistano nuova linfa e significato. Accanto al concetto di libertà negativa, infatti, compaiono in un ruolo primario i concetti di libertà positiva, uguaglianza sostanziale, dignità umana e liberazione dai bisogni e, soprattutto, si stabilisce un nuovo equilibrio tra individualità e socialità. Alla progressiva presa di coscienza che la personalità dell'individuo (inteso come soggetto di bisogni) non si realizza soltanto attraverso la proprietà, ma anche attraverso l'azione trasformativa del mondo esterno, cioè attraverso il lavoro, si unisce anche la graduale costruzione di un modello antropologico nuovo che, pur senza distruggere completamente le fondamenta del vecchio, vi innesta un elemento imprescindibile e nuovo: la società.

Il primo tentativo europeo, a livello costituzionale, di inserimento di tali diritti nella struttura dello Stato di diritto è rappresentato dall'esperienza di Weimar che apre in Europa il c.d. "secolo lungo" delle costituzioni del lavoro. In tale ambito la Costituzione italiana s'impone per il forte valore paradigmatico che essa assume; pur non contenendo una clausola generale sullo Stato sociale è piena, infatti, di disposizioni che concernono la materia tradizionale dei «diritti sociali»

⁹ M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in *Democrazia e Diritto*, 4,1994-1, 1995.

e che sanciscono la definitiva ‘consacrazione’ sia di una matrice personalista, che dell’istanza pluralista, quale risultato storico dei mutamenti economico-sociali del XIX secolo. Per quanto riguarda il principio personalista, la persona viene collocata, con il suo patrimonio di dignità, alla base della nuova forma di Stato e deve essere quest’ultimo ad assicurare che essa abbia la possibilità di svilupparsi in tutta la sua complessità. L’art. 2 della nostra Costituzione celebra proprio questo rinnovato concetto di dignità umana, riconoscendo e garantendo i diritti inviolabili, non solo in quanto individuo isolato nel proprio spazio vitale, ma anche, e soprattutto, nella sua interazione con la società in cui vive ed opera, ponendosi, in altre parole, quale concetto unificante le due categorie di diritti di cui abbiamo finora parlato.

Tale passaggio, tuttavia è stato non poco tormentato; da uno sguardo ai lavori preparatori, infatti, si può cogliere tutto il *pathos* del progetto di una simile formula costituzionale: si trattava di rintracciare principi e valori largamente condivisi intorno ai quali ricostruire un’unità nazionale e ricompattare una collettività alquanto differenziata in termini sociali e politici. Su questo terreno dei principi fondamentali, del riconoscimento costituzionale dei diritti sociali e della consacrazione dell’istanza democratico partecipativa vi era una sostanziale convergenza tra i rappresentanti più autorevoli dei partiti di massa. Si trattava di individuare la formula attraverso la quale garantire tali principi e su questo punto l’intesa tardò ad arrivare. A fronte di coloro che intendevano la Costituzione come un momento normativo di organizzazione politica della società, fondativo di una

nuova forma di Stato allargato in senso democratico e sociale, comprensivo, pertanto, sia di norme precettive che di norme meramente programmatiche, vi era chi rimaneva legato, pur nella convinzione della necessità di un cambiamento, ad una concezione più formale della norma. Alla fine tuttavia, la Costituzione italiana, diversamente da altre, non solo contiene un dettagliato catalogo di diritti sociali, ma presuppone una giustificazione complessiva di essi, 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”¹⁰. Con l’inserimento dei diritti sociali nella categoria dei diritti fondamentali, i diritti divengono “indivisibili”, nel senso che tutti i diritti consacrati in costituzione hanno eguale rango, e risulta perciò superata la tradizionale contrapposizione tra diritti di libertà e “diritti a prestazioni”, dalla quale tradizionalmente si faceva derivare la priorità dei primi, e la “minorità” dei secondi.

¹⁰ Baldassarre op. cit.

CAPITOLO I

L'evoluzione storica dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario

1 - L'assenza di una dimensione sociale nel Trattato di Roma. 2 - I primi anni di tutela dei diritti fondamentali: i riferimenti normativi introdotti dalla Corte di Giustizia dell'UE. 3 - Gli albori di una politica sociale: dal primo Programma di azione sociale all'Atto Unico del 1986. 4 - Il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali: l'esempio dei Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza. 5 - La Carta dei diritti fondamentali ed il Trattato di Lisbona.

1 - L'assenza di una dimensione sociale nel Trattato di Roma

La «faticosa marcia», com'è stato autorevolmente scritto¹¹, dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea ha seguito un percorso non lineare, che si collega alle profonde

¹¹ B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RGL, I, 2000, pag. 719 e segg.

trasformazioni subite, nel tempo, dalla costituzione economica comunitaria.

Le origini della “nostra storia comunitaria” vedono una contrapposizione tra due grandi stati europei, la Francia e la Germania. Nel 1956, infatti, durante i negoziati per la stipula del Trattato di Roma, il primo ministro francese Guy Mollet si batté con fermezza perché l’armonizzazione delle politiche sociali nazionali venisse assunta dalla nuova comunità come precondizione dell’integrazione dei mercati dei futuri paesi membri. La concezione opposta, sostenuta dalla Germania, secondo cui l’armonizzazione dei sistemi sociali nazionali non doveva essere imposta normativamente, ma sarebbe stata la spontanea conseguenza del processo integrativo, era stata, nel frattempo, già recepita nel rapporto redatto dalla commissione di esperti dell’OIL presieduta da B. Ohlin e fu, quindi, fondamentale ripresa nel rapporto Spaak. Com’è stato autorevolmente notato, infatti, vi sono molte affinità tra la scuola ordoliberal tedesca e la costruzione della Comunità economica europea del 1957¹². È, infatti, coerente con quel modello innanzitutto la ratio che è alla base della divisione di competenza tra livello comunitario e livello nazionale prevista nel testo del Trattato di Roma e che viene descritta come la «scissione della dimensione sociale dalla istituzionalizzazione di un sistema europeo di concorrenza non distorta»¹³.

¹² S. Giubboni, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze* in RDSS, anno IX, n. 2, 2009.

¹³ F.W. Scharpf, C. Joerges, *What is left of the European economic constitution? A melancholic eulogy*, in *European Law Review*, 2004, pag. 461 e segg.

In effetti, le origini di tale processo si erano avute fin dalla fine del secondo conflitto mondiale, con il Consiglio d'Europa del 1949 e con la sottoscrizione, nel 1950, della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU); essa riguardava sì i diritti fondamentali, ma solo i diritti liberali classici attinenti alla persona e non i diritti sociali.

Gli albori di un vero e proprio "progetto comunitario" si possono far risalire al Trattato istitutivo della Comunità del carbone e dell'acciaio (Ceca), sottoscritto a Parigi nel 1951 da Belgio, Italia, Francia Lussemburgo, Olanda e Repubblica federale tedesca. Secondo l'opinione più diffusa, anzi, tale trattato sarebbe stato connotato di una maggiore sensibilità, rispetto a quello successivo di Roma, per quanto riguarda i temi sociali; a tal proposito, illustri autori come Lyon-Caen¹⁴ hanno parlato di un liberismo «meno dogmatico» di quello che avrebbe guidato la redazione del Trattato Cee. Tuttavia gli stessi ammettono che le differenze tra i due trattati sono piuttosto di grado e di quantità, che non di sostanza e di qualità. Le idee e le strategie di fondo non erano, né potevano essere, in realtà, così cambiate nei sei anni che separano la stipula dei due trattati; semmai potevano essere parzialmente diversi gli strumenti previsti per la loro attuazione.

Nel Trattato Ceca, la norma chiave in tal senso, è rappresentata dall'articolo 68; essa, inserita nel Capo VIII del Titolo III, dedicato a salari e spostamenti di mano d'opera, è in stretta correlazione con le

¹⁴ G. Lyon-Caen, *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992.

disposizioni in materia di concorrenza nel mercato comune del carbone e dell'acciaio.

Nel primo comma dell'art. 68 si legge: «I modi di determinazione dei salari e delle prestazioni sociali in uso nei diversi Stati membri non sono pregiudicati, per quanto concerne le industrie del carbone e dell'acciaio dall'applicazione delle disposizioni del Trattato medesimo».

Ciò vuol dire che gli Stati membri e le organizzazioni sindacali nazionali devono conservare la loro piena autonomia nei modi, forme e contenuti per quanto concerne la determinazione dei salari e della regolazione dei rispettivi sistemi previdenziali, mantenendo inalterata, quindi, la loro competenza in materia.

Il secondo comma ed i successivi, tuttavia, prevedono una serie di eccezioni al principio della piena autonomia e sovranità sociale degli Stati membri contenuto nel primo comma della citata disposizione; tali esclusioni sono tese a impedire che il mercato comune dia adito a forme distorsive di dumping sociale costringendo anche gli Stati membri, con più alti livelli retributivi e di tutela previdenziale, a iniziare una corsa verso il basso, inevitabilmente lesiva della loro autonomia. La concorrenza è considerata lecita purché non si risolva in forme di dumping sociale, non abbia, cioè, ad oggetto le condizioni relative al costo diretto o indiretto del lavoro, a detrimento delle «classi lavoratrici». La creazione del mercato comune del carbone e dell'acciaio si propone, infatti, l'instaurazione di basi comuni di sviluppo economico che contribuiscano all'effettivo miglioramento del tenore di vita dei lavoratori europei che devono, semmai, godere dei

benefici compensativi posti a carico delle imprese, i quali, annullando gli effetti della riduzione salariale e della conseguente contrazione del tenore di vita, si pongano come giusta contropartita del vantaggio competitivo conseguito dalle imprese datrici di lavoro. L'art. 68 ha, quindi, una chiara valenza anti-dumping e non contempla autentiche competenze sociali della Ceca che, al contrario, sono salvaguardate dentro i margini di sovranità degli Stati membri.

Altre disposizioni in materia sociale erano previste nel caso in cui l'introduzione di processi tecnici o di nuovi impianti avesse per conseguenza una riduzione di importanza eccezionale del fabbisogno di mano d'opera nell'industria del carbone e dell'acciaio, che a sua volta avesse determinato, in una o più regioni, particolari difficoltà di reimpiego della forza lavoro in eccedenza. In tali evenienze l'Alta Autorità, a richiesta dei governi interessati, avrebbe potuto facilitare, attraverso investimenti e aiuti finanziari, programmi destinati alla «creazione di nuove attività economicamente sane e in grado di assicurare il reimpiego della mano d'opera resa disponibile» (art. 56.1 lettera b), inoltre avrebbe potuto concedere una sovvenzione a fondo perduto ai governi nazionali per contribuire «al versamento di indennità che permettano alla mano d'opera di attendere il reimpiego; all'attribuzione ai lavoratori di indennità per spese di nuova sistemazione; al finanziamento della riqualificazione professionale dei lavoratori che devono mutare occupazione» (art. 56.1, lettera c).

A tali prestazioni sociali i governi nazionali generosamente attinsero soprattutto negli anni dello smantellamento dell'industria dell'estrazione e della

lavorazione del carbone, consentendo, ad esempio, al Belgio di realizzare, verso la fine degli anni Cinquanta quando si registrò il declino dell'industria del carbone, politiche di intervento e di protezione sociale che altrimenti non avrebbe potuto sostenere da solo.

Tuttavia sia il Trattato di Parigi che, successivamente, quello di Roma escludevano la necessità di una preventiva armonizzazione dei meccanismi di protezione sociale al fine di ottenere la parificazione dei costi di impiego della mano d'opera. Entrambi erano sostenuti dalla stessa idea di base: l'affermazione del principio della piena autonomia degli Stati membri nel campo sociale, nella certezza che essa, con la costruzione di un mercato comune, avrebbe generato, in tutti i sistemi nazionali, delle dinamiche che da sole avrebbero comportato la parificazione nel progresso, come enuncerà espressamente l'art. 117 del Trattato Cee.

Anche nel testo originale del Trattato Cee del 25 marzo 1957, infatti, non era contemplata una dimensione sociale¹⁵. L'art. 2 dello stesso trattato si limitava a menzionare, tra i fini della Comunità, «un miglioramento sempre più rapido del tenore di vita» e prevedeva una competenza comunitaria per l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, che, peraltro, si facevano coincidere con i soli lavoratori (subordinati o autonomi), nell'ottica di un mercato europeo del lavoro, elemento

¹⁵ Per una disamina più approfondita delle norme comunitarie si rinvia a: V. Ferrante, *Codice Europeo del Lavoro. Le principali norme della Comunità europea in materia sociale*, Franco Angeli, Milano, 2009.

indispensabile di quel mercato comune (il Mec), che rappresentava l'essenza della costruzione europea.¹⁶

La totale assenza di riferimenti alla protezione dei diritti fondamentali nel Trattato di Roma del 1957 viene, quindi, ricondotta innanzitutto, alla convinzione che un'organizzazione di tipo economico, come doveva essere la Comunità Europea, non avrebbe avuto «alcuna possibilità di incidere sui diritti umani».¹⁷ In secondo luogo, non erano avvertite forti esigenze di protezione di tali diritti, considerandole già adeguatamente soddisfatte dagli ordinamenti costituzionali nazionali.

I diritti sociali, infatti, per la prima volta affermati, sia pure con enfasi e sensibilità molto diverse, dalle costituzioni post-belliche degli Stati membri¹⁸, potevano contare sulla protezione accordata, con crescente intensità, dagli ordinamenti nazionali, senza

¹⁶ U. Villani, *La politica sociale nel Trattato di Lisbona* in Atti del Convegno in ricordo di Massimo Roccella, «I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona», Roma, 14 giugno 2011.

¹⁷ G. Jacobs, *Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice*, in ELR, 2001, pag. 331 ss.

¹⁸ La bibliografia sui diritti sociali è molto vasta; oltre ai lavori di Pergolesi, *Alcuni lineamenti dei diritti sociali*, Ed. Giuffrè, Milano, 1953, di Baldassarre, voce Diritti sociali, Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XI, Roma: Istituto dell'Enciclopedia, 1989, si vedano ad esempio i più recenti lavori di L. Ferrajoli, *Dai diritti del cittadino ai diritti della persona*, in D. Zolo (a cura di), *La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti*, Roma-Bari: Laterza, 1994, di L. Mengoni, *I diritti sociali*, in ADL, n.1, 1998, di Luciani, *Sui diritti sociali*, in DD, 1995 p. 545 ss., e più recentemente M. L. Serrano, *Sul carattere fondamentale dei diritti sociali* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 70/2009.

la possibilità di venire compressi dalle dinamiche dell'integrazione comunitaria. Anzi, al contrario, i trattati istitutivi, garantendo l'integrazione delle economie dei singoli stati avrebbero favorito, nelle intenzioni, la loro protezione effettiva.

La mancanza, quindi, nel Trattato di Roma, di specifiche competenze della Comunità in materia sociale non può addebitarsi alla «frigidità sociale», come sostenuto da Mancini¹⁹, dei padri fondatori rispetto a questi temi, anzi, le preoccupazioni sociali ebbero in realtà un peso rilevante nella negoziazione dei trattati istitutivi.

La marginalità delle disposizioni sociali nell'ambito dei trattati di Parigi e di Roma, dipese forse anche dal periodo storico appena vissuto: all'indomani della guerra, in un'atmosfera di ricostruita sovranità nazionale si volle, probabilmente, preservare dalle altrui ingerenze la sfera di azione del singolo stato in ambito sociale, nella convinzione, alimentata da una buona dose di ottimismo liberale, che tale fine, però, sarebbe stato, alla fine, raggiunto spontaneamente grazie all'armonizzazione dei sistemi sociali, naturalmente indotta dal funzionamento del mercato comune.

Infine, l'assenza di riferimenti ai diritti sociali, oltre che fondarsi su ragioni di carattere generale, viene anche messa in relazione con l'idea, come in precedenza esaminato, presente nei Rapporti Ohlin e Spaak, che la creazione di un mercato comune

¹⁹ G. F. Mancini, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA. VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, pag. 26.

avrebbe rafforzato le capacità di effettiva garanzia di tali diritti da parte degli Stati membri, senza pregiudicare il livello di protezione da questi autonomamente assicurato all'interno dei rispettivi sistemi. Lo stesso articolo 117, comma 2, del Trattato Cee (oggi riproposto dall'art. 151, comma 3²⁰, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, d'ora in poi TFUE) dichiarava che il funzionamento del mercato comune avrebbe determinato «il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso».

In realtà tale articolo contemplava anche delle «procedure», nonché l'impiego di direttive per il ravvicinamento delle legislazioni, tuttavia la Corte di Giustizia ha dichiarato più volte che l'art. 117 (TCE 1957) aveva carattere essenzialmente programmatico, poiché riguardava unicamente obiettivi sociali alla cui attuazione doveva essere preordinata l'azione della Comunità. L'attuazione di tali obiettivi doveva essere il risultato di una politica sociale che veniva definita dalle autorità competenti e, data la discrezionalità della quale gli Stati membri disponevano, era da escludere che la norma in parola producesse effetti diretti e, quindi, che potesse conferire ai singoli diritti tutelabili in via giudiziaria.

Anche se si prospettasse l'ipotesi che gli Stati membri in qualche modo avessero percepito che “il

²⁰ Il comma 3 dell'attuale articolo 151 del TFUE recita così:«...Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative».

miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro e la loro parificazione nel progresso” non potesse derivare solo dal funzionamento del mercato comune, essi, tuttavia avevano affidato la realizzazione di questi obiettivi alle «procedure previste dal Trattato» e al «ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative» (art. 117, par.2, TCE 1957) e tali procedure, si limitavano, in effetti, alla semplice promozione, da parte della Commissione, della stretta collaborazione tra gli Stati membri in campo sociale (art. 118 TCE 1957); al massimo lo strumento d’azione più efficace era rappresentato dal «riavvicinamento», attuabile, però, soltanto mediante l’art. 100 TCE.

Com’è stato chiarito²¹, questa divergenza voluta, tra dato strutturale e dato funzionale, insieme al progressivo affermarsi del principio del rispetto del diritto comunitario da parte del legislatore nazionale anche qualora avesse esercitato proprie competenze esclusive, ha creato un’asimmetria a vantaggio della dimensione economica, su quella sociale.

Forse nel Trattato Cee l’unica disposizione in materia sociale avente un carattere precettivo (specie alla luce della interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia) era l’art. 119, relativo alla parità uomo-donna nelle condizioni di lavoro. Tuttavia, a ben guardare, anche tale norma rispondeva ad una logica di mercato, poiché era diretta a evitare che le imprese di quei paesi che avevano già sancito tale principio nella propria legislazione (come la Francia) potessero subire dei pregiudizi rispetto a quelle ubicate in paesi

²¹ E. Ales, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un’analisi «genealogica»* in RDSS, anno IX, n. 3, 2009.

che consentivano retribuzioni più basse per le lavoratrici.

Come ha osservato Christian Joerges, «nell'impostazione ordoliberal la Comunità acquisiva una propria legittimità [...] come ordinamento rivolto alla garanzia delle libertà economiche ed alla protezione della concorrenza da parte delle istituzioni sopranazionali. Questa legittimazione era indipendente da quella delle istituzioni democratiche degli Stati costituzionali. Nello stesso tempo, essa imponeva dei limiti alla Comunità: le politiche economiche dovevano infatti ritenersi illegittime».

Il principio era quello di dar vita ad un sistema strutturato su due distinti livelli, in quello sopranazionale si trovavano le norme comunitarie uniformi e vincolanti costruite intorno ai principi della libertà di circolazione dei fattori produttivi e della concorrenza; a livello nazionale, invece, si trovavano le politiche sociali redistributive, ovviamente diverse a seconda del diverso sistema di *welfare state* adottato nel singolo stato.

In sintesi, «l'Europa veniva costituita come sistema duale. La sua costituzione economica era apolitica, nel senso che non era soggetta a interventi di natura politica. E questa era la sua ragion d'essere costituzionale - sopranazionale. La politica sociale era trattata come un ambito categoricamente distinto. Essa costituiva il dominio della discrezionalità politica dei legislatori nazionali e come tale doveva rimanere appannaggio degli stessi. Il radicamento sociale [social embedness] del mercato poteva, e doveva, essere realizzato dagli Stati membri in forme

differenziate – e per un decennio ed oltre, questo equilibrio è, in effetti, apparso stabile»²².

2 – I primi anni di tutela dei diritti fondamentali: i riferimenti normativi introdotti dalla Corte di Giustizia dell'UE.

A partire dagli anni sessanta ci troviamo di fronte ad una progressiva affermazione di un sistema pretorio di protezione comunitaria dei diritti fondamentali, elaborato, e progressivamente perfezionato, dalla Corte di Giustizia, attraverso un'interpretazione sistematica e teleologica dei tre Trattati costitutivi delle Comunità europee, come risposta alle forti sollecitazioni in tal senso provenienti soprattutto dalle corti costituzionali tedesca e italiana; purtuttavia, occorre ricordare che il principale interesse della Corte in quel periodo era quello di assicurare l'autonomia ed il primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, nonché la sua uniformità entro il territorio comunitario, primato che poteva essere compromesso dalla subordinazione di quest'ultimo alle norme nazionali, anche se di rango costituzionale come, ad esempio, quelle sui diritti dell'uomo. In effetti, analizzando le prime sentenze della Corte di giustizia²³, è evidente che la stessa non desse alcuna

²² C. Joerges, op. cit.

²³ Per maggiori approfondimenti vedi M. Melloni, *Il Trattato di Lisbona e la Carta di Nizza- L'introduzione nel diritto comunitario dei principi e dei diritti fondamentali*

importanza alla tutela dei diritti fondamentali, come chiaramente si evince dalla sentenza *Sgarlata*²⁴, oppure dalla sentenza *Geitling*²⁵.

Nella sentenza *Sgarlata*, ad esempio, la vicenda ha origine da un ricorso, presentato dall'avvocato italiano Sgarlata insieme ad altri nove produttori di agrumi italiani, contro alcuni regolamenti comunitari che fissavano i prezzi di riferimento per limoni, clementine, mandarini ed arance.

Secondo la Commissione il ricorso era irricevibile in quanto i ricorrenti non avrebbero potuto impugnare i regolamenti perché questi avevano una valenza generale tale da escludere l'interesse attuale e diretto dei ricorrenti ad impugnarli ex articolo 173 CE (oggi l'articolo 263 TFUE). In base a tale articolo i soggetti legittimati ad impugnare un atto comunitario per farne valere l'annullamento non sono solo le istituzioni comunitarie, ma anche le persone fisiche o giuridiche. Nella fattispecie, si trattava di persone fisiche che dovevano dimostrare, però, l'interesse diretto ed attuale ad impugnarli; il problema si poneva perché gli atti di cui essi chiedevano l'annullamento avevano una portata generale, per cui era

dell'Unione Europea e della C.E.D.U. – Le prime applicazioni da parte della Corte di Giustizia dell'UE, in www.europeanrights.eu.

²⁴ Sentenza della Corte delle Comunità europee del 1 aprile 1965 C-40/64, *Sgarlata ed altri contro la Commissione della CEE*.

²⁵ Sentenza della Corte delle Comunità europee del 15 luglio 1960 Cause riunite C- 36- 37- 38 -39 e 40/59, *Geitling/High Authority CECA*

estremamente difficile dimostrare per una persona fisica di essere l'unico destinatario finale dell'atto.²⁶

Ma i produttori di agrumi sostenevano qualcosa di più, cioè che se fosse stata negata loro la tutela giurisdizionale, si sarebbe violato un principio fondamentale: quello di garantire una tutela giurisdizionale effettiva ad un ricorrente in un procedimento.

La Corte così si pronunciava: «*Senza addentrarsi in questo argomento, [ovvero se si fosse, secondo i ricorrenti, violato un principio fondamentale vigente in tutti i Paesi membri della Comunità, e cioè quello della tutela giurisdizionale] la Corte ritiene di non poter[gli] attribuire un peso prevalente, rispetto al tenore chiaramente restrittivo dell'art. 173 CE ch'essa ha il compito d'applicare*».

Solo un decennio più tardi, nei primi anni '70, la Corte muta opinione; a partire dalle sentenze *Stauder*²⁷, *Internationale Handelsgesellschaft*²⁸, e poi attraverso sentenze successive, come *Nold*²⁹, *Rutili*³⁰,

²⁶ Per poter ricorrere contro un tale atto il ricorrente deve dimostrare che l'atto in esame lo riguarda direttamente e individualmente, vale a dire che sia identificato o identificabile quale destinatario sostanziale dell'atto e che vi sia un nesso di causalità tra la situazione individuale e la misura adottata.

²⁷ Sentenza della Corte delle Comunità europee del 12 novembre 1969, Causa 29/1969, *Erich Stauder contro la città di Ulm*.

²⁸ Sentenza della Corte delle Comunità europee del 17 dicembre 1970- Causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft MBH contro Einfuhrund Vorratsstelle Fuer Getride und Futtermittel*.

²⁹ Sentenza della Corte delle Comunità europee del 14 maggio 1974- Causa 4/73, *J. Nold, Kohlen- Und*

*Washauf*³¹, essa giunge ad affermare che i diritti fondamentali fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la 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 aderito.

In particolare, nella sentenza *Stauder*, la Corte, per la prima volta, ha asserito che i diritti fondamentali dell'individuo fanno parte dei principi generali del diritto comunitario di cui essa garantisce l'osservanza.

Nella fattispecie, l'atto comunitario impugnato era la decisione della Commissione n.69/71/CEE del 12 febbraio del 1969 che consentiva ai lavoratori con basso reddito di acquistare burro ad un prezzo ridotto e, nel contempo, autorizzava gli Stati membri a distribuirlo a questo prezzo a tali consumatori. La parte ricorrente, ritenendo illegittimo che, ai sensi dell'articolo 4 della decisione in esame, si subordinasse la fornitura di burro alla dichiarazione fatta al venditore del nome dell'acquirente, chiedeva, al giudice tedesco, l'abolizione della norma comunitaria che violava diverse disposizioni della

Baustoffgrosshandlung contro Commissione delle Comunità Europee.

³⁰ Sentenza della Corte delle Comunità europee del 28 Ottobre 1975 - Causa 36/75, *Roland Rutili v Ministre de l'intérieur.*

³¹ Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 13 luglio 1989 - Causa 5/88, *Hubert Wachauf contro Repubblica Federale di Germania.*

Costituzione tedesca. Per questo motivo il giudice di rinvio tedesco chiedeva alla Corte di pronunciarsi sulla legittimità dell'atto comunitario.

Molto importante è il giudizio espresso dalla Corte: «...così interpretata, la disposizione di cui è causa [cioè l'articolo 4] non rivela alcun elemento che possa pregiudicare i diritti fondamentali della persona, che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, cui la Corte garantisce l'osservanza». [paragrafo 7]

Successivamente, la Corte giunge ad affermare che essa, per la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo, si ispirava fondamentalmente alle tradizioni costituzionali comuni a tutti gli Stati membri della Comunità europea.

Interessante, sotto questo profilo, è la causa *Nold/Commissione*: la ricorrente è una ditta, la Nold, appunto, che esercita il commercio all'ingrosso di carbone e di materiale edilizio; essa chiedeva l'annullamento di una decisione della Commissione che autorizzava le imprese minerarie del bacino della Ruhr a subordinare l'acquisto diretto di carbone alla stipulazione di contratti biennali aventi ad oggetto l'acquisto annuo di un quantitativo minimo prestabilito di carbone. L'imposizione di questa misura, secondo la ricorrente, minerebbe la redditività della sua azienda e, quindi, il libero espletamento della sua attività commerciale, ledendo il diritto alla libera esplicazione dell'attività economica ed un diritto assimilabile al diritto di proprietà, diritti entrambi tutelati dalla legge tedesca e dalle costituzioni degli altri stati membri, nonché da diversi trattati internazionali, in particolare la Convenzione europea sui diritti dell'uomo del 4 novembre 1950, ivi

compreso il protocollo aggiuntivo del 20 marzo 1952. In tale occasione la Corte si era pronunciata in tal modo: *«come questa corte ha già avuto occasione di affermare, i diritti fondamentali fanno parte integrante dei principi generali del diritto, di cui essa garantisce l'osservanza. La Corte, garantendo la tutela di tali diritti, è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati Membri e non potrebbe, quindi, ammettere provvedimenti incompatibili con i diritti fondamentali riconosciuti e garantiti dalle costituzioni di tali Stati»*.

La Corte, quindi, ha riconosciuto il valore importante che si deve attribuire alle tradizioni costituzionali degli Stati membri per la tutela dei diritti fondamentali nella Comunità economica europea, diritti che fanno ormai parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza.

Il percorso interpretativo intrapreso dalla Corte non è stato, però, esente da ostacoli; in particolare, il problema che si poneva era che non tutti gli ordinamenti degli stati membri della Comunità economica europea consideravano certi diritti dell'individuo come fondamentali; infatti vi erano numerose divergenze fra le categorie dei diritti fondamentali che gli Stati membri dell'Unione riconoscevano agli individui, poiché, spesso tali categorie sono frutto della storia e della cultura politica di un determinato Stato. Per questa ragione, a metà degli anni '70, la Corte ha posto le basi per l'individuazione di un secondo riferimento normativo che affiancasse le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e che assicurasse, a livello comunitario, la tutela effettiva dei diritti

fondamentali. Tale riferimento normativo la Corte lo trovò nella Convenzione europea sui diritti dell'uomo (C.E.D.U.), firmata a Roma il 4 novembre 1950, ed entrata in vigore il 3 settembre 1953.

Nella sentenza *Rutili*, ad esempio, il Tribunale amministrativo di Parigi aveva posto una domanda alla Corte sull'interpretazione dell'articolo 48 TCE (divenuto art. 39 con il Trattato di Amsterdam, e attualmente art. 45 TFUE), in particolare sulla nozione di ordine pubblico, che si ritrova al paragrafo 3. Ai sensi del suddetto paragrafo, ciascun Stato membro può limitare la libera circolazione dei lavoratori per esigenze d'ordine pubblico, di sicurezza oppure di sanità pubblica.

Nella fattispecie la Francia aveva emesso un provvedimento con cui rilasciava al signor Rutili, cittadino italiano, residente in Francia, una carta di soggiorno che valeva soltanto per determinati dipartimenti francesi, limitando i suoi spostamenti sul territorio francese e più in generale su quello comunitario; ciò perché, durante gli anni della contestazione studentesca, il signor Rutili aveva esercitato un'attività politico-sindacale che era stata considerata atta a turbare l'ordine pubblico.

La Corte, quindi, ha esaminato la nozione d'ordine pubblico contenuta al paragrafo 3 dell'articolo 48 TCE, prendendo in considerazione la restrizione ai diritti dei lavoratori di entrare nel territorio di un altro Stato membro, di soggiornarvi e di spostarsi nell'ambito di esso, alla luce del più generico principio generale sancito negli articoli 8, 9, 10 e 11 della C.E.D.U. che stabilisce che le restrizioni apportate in materia di polizia relativa agli stranieri per esigenze di ordine pubblico "non possono andare

oltre ciò che è necessario per il soddisfacimento di tali esigenze in una società democratica”.

Durante i primi quindici anni d'integrazione economica comunitaria, si può, quindi, affermare che il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali si siano affermati soprattutto grazie alla giurisprudenza della Corte. Essa, tuttavia, se, da un lato è, in qualche modo, riuscita a colmare la lacuna derivante, per i diritti e le libertà civili ed economiche, dalla tradizione liberale, dall'altro non ha saputo fornire adeguate risposte sullo specifico versante dei diritti sociali; essenzialmente, infatti, ha preso in considerazione i diritti della prima generazione, in particolare quelli relativi alla parità di trattamento o alle pari opportunità tra lavoratori e lavoratrici.

Anzi, secondo alcuni autori³², tutto ciò avrebbe finito per aggravare il deficit di tutela comunitaria, laddove ha più immediatamente esposto i diritti sociali, riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, alle pressioni della liberalizzazione economica transnazionale, pressioni amplificate dalla tendenziale attribuzione alle sole libertà economiche, dello status di diritti fondamentali.

Infatti, più tardi, quando lo *spill-over* delle libertà economiche invadendo ogni area di regolazione pubblica e sociale, la c.d. «infiltrazione del diritto comune della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali»³³ ha finito per intaccare l'autonomia dei sistemi nazionali di protezione dei diritti sociali, sono emerse tutte le lacune di tale sistema. Il

³² S. Sciarra, *Market Freedom and Fundamental Social Rights*, EUI Working Papers, Law, n.3,2002.

³³ G. Lyon-Caen, op. cit. pag. 313 e segg.

consolidamento e la promozione delle libertà economiche comunitari, infatti, sono avvenuti senza un simmetrico rafforzamento della dimensione sociale sovranazionale.

3 - Gli albori di una politica sociale: dal primo Programma di azione sociale all'Atto Unico del 1986.

Alla fine degli anni sessanta ed inizio degli anni settanta, a fronte della crisi economica, nonché della fase di ristrutturazione ed innovazione produttiva, oltre che dell'indebolimento delle forze sindacali, inizia ad incrinarsi la visione dell'“economia sociale di mercato” portata avanti dagli studiosi tedeschi della scuola di Friburgo.

È in questi anni che la Comunità europea inizia ad abbandonare la logica “astensionista” in materia di lavoro e adotta una serie di direttive (in materia di parità di trattamento fra gli uomini e le donne, licenziamenti collettivi, trasferimento d'azienda ed insolvenza del datore di lavoro) che hanno avuto una forte incidenza sui sistemi nazionali³⁴. In particolare, la direttiva n. 75/117/C, che trova la sua base giuridica nell'art. 119 (TCE 1957), il quale, com'è noto, impone agli Stati membri l'applicazione del principio di parità di trattamento retributivo donna-

³⁴ Per maggiori approfondimenti si rinvia a V. Ferrante, op. cit.

uomo³⁵, seppure fondata sull'art.100 del Trattato, non manca di evidenziare, nel quarto considerando, che «è opportuno rafforzare le disposizioni legislative di base con norme volte a facilitare l'applicazione di fatto del principio della parità, in modo che tutti i lavoratori della Comunità possano godere di una tutela in questo campo». Anche la successiva direttiva n. 76/207/CE, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e alle condizioni di lavoro, pone in evidenza la volontà di affrancarsi dal funzionamento del mercato comune quale unico fondamento strutturale dell'azione comunitaria in materia sociale, la cui base giuridica è costituita dall'art. 235 (TCE 1957), ovvero da una disposizione utilizzabile laddove un'azione comunitaria si renda necessaria per realizzare uno degli obiettivi della Comunità senza che il Trattato abbia previsto i poteri necessari per porla in essere. L'obiettivo in questione è quello enunciato dall'art. 117, par. 1, (TCE 1957), «di promuovere la parificazione nel progresso delle condizioni di vita e di lavoro della manodopera».

Tuttavia il breve ciclo dell'«armonizzazione coesiva³⁶» si esaurisce sostanzialmente con esse.

³⁵ Tale articolo è stato presto configurato dalla Corte di giustizia come disposizione direttamente invocabile da parte dei privati di fronte al giudice nazionale (vd. sentenza Corte di giustizia 8 aprile 1976, causa C-43/75, Defrenne)

³⁶ La definizione è di Massimo D'Antona il quale parla di armonizzazione «coesiva» quando impone agli ordinamenti nazionali di adeguarsi a principi sostanziali di tutela del lavoro accolti dal diritto comunitario (principi che possono

Considerazioni diverse possono farsi, invero, per le direttive n. 75/129/CE sui licenziamenti collettivi, n. 77/187/CE sul trasferimento d'azienda, n. 80/987/CE sull'insolvenza del datore di lavoro e n. 80/1107/CE sulla sicurezza e salute dei lavoratori; esse risultano fondate sull'idea del ravvicinamento delle legislazioni solo nella prospettiva del corretto funzionamento del mercato comune, in quanto la logica che ha ispirato il legislatore europeo in questa fase del processo d'integrazione è stata ancora quella originaria, tant'è che il fondamento giuridico di tali direttive si trova proprio nell'articolo 235 del Trattato CE finalizzato a garantire l'armonizzazione delle condizioni di mercato, poiché se l'oggetto dell'intervento delle istituzioni europee sono i diritti dei lavoratori, il fine resta sempre l'integrazione del mercato³⁷.

Solo più tardi, e cioè alla fine degli anni '70, le principali istituzioni politiche comunitarie si sono attivate, dando vita ad azioni degne di nota per la tutela dei diritti fondamentali.

essere, ma possono anche non essere, compatibili con principi sostanziali della legislazione nazionale) e di armonizzazione «funzionalista» quando non tutela il lavoro, ma la libera concorrenza, e solo in via strumentale impone agli ordinamenti nazionali di adeguarsi a certi parametri normativi in materia di lavoro (e l'imposizione può mirare a imporre un livello di tutela minima per evitare il dumping sociale, ma anche a eliminare misure di tutela lavoristiche considerate come barriere protezionistiche). Vedasi M. D'Antona, *Sistema giuridico comunitario*, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, pag. 3 e segg.

³⁷ G. Orlandini, *Libertà economiche e cittadinanza sociale europea*, in www.fondazionebasso.it

È del 1974, infatti, il primo Programma d'azione in materia sociale che sintetizza gli orientamenti fondamentali per l'intervento comunitario elaborati negli anni precedenti. Innovativa è la portata di tale atto in cui si arriva a sostenere non solo una stretta interdipendenza tra azione economica ed azione sociale comune, anzi si arriva addirittura a dichiarare che l'espansione economica non è un fine a sé stante, ma che deve essere tradotta in un miglioramento della qualità e del modello di vita.

I contenuti del Programma si articolano intorno a tre obiettivi: realizzazione del «pieno e migliore impiego» nella Comunità, miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, partecipazione crescente dei lavoratori alla vita delle imprese e delle parti sociali nelle decisioni economiche e sociali prese dalla Comunità³⁸.

Anche nel Libro Verde del 1975 sulla partecipazione dei lavoratori nelle imprese, la Commissione riconosce che «una sufficiente convergenza delle politiche economiche e sociali e delle strutture in tali aree non si verificherà automaticamente come conseguenza dell'integrazione dei mercati comunitari», pur rinnovando l'impegno alla riduzione dei «gradi di divergenza che risultassero inaccettabili, senza peraltro essere in grado di specificare in qualche dettaglio quali misure avrebbero potuto essere utilmente impiegate allo scopo».

Qualche anno più tardi, la Commissione, il Consiglio, e il Parlamento europeo, con una dichiarazione

³⁸ M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2007, pag. 9 e segg.

comune del 5 aprile 1977, si impegnarono a rispettare, nell'esercizio dei loro poteri, i diritti fondamentali risultanti dalle Costituzioni degli Stati membri nonché dalla C.E.D.U.

A dire il vero, si trattava di una dichiarazione che rivestiva un ruolo solo politico e non vincolava le istituzioni comunitarie a rispettarla, nel senso che una sua eventuale violazione non avrebbe avuto conseguenze negative sulle istituzioni stesse³⁹, ma è importante notare che nel preambolo dell'Atto Unico del 1986 si riprese lo stesso contenuto di tale dichiarazione comune.

Nonostante, quindi, la positiva esperienza maturata nell'ambito delle direttive n. 75/ 117/C e n. 76/207/CE sulla parità di trattamento donna-uomo, intorno agli inizi degli anni Ottanta iniziò a delinearsi l'idea che lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria non avrebbe potuto essere raggiunto se non attraverso un intervento modificativo del Trattato di Roma.

Con l'Atto Unico del 1987, entrato in vigore il primo luglio dello stesso anno, si registrò un primo segnale di sensibilità verso le politiche sociali comunitarie, accogliendo diverse istanze che si erano venute, nel frattempo, delineando; nello specifico queste furono comunque concretizzate negli artt. 118A, 118B e 130A TCE 1957.

Significativa, è la modifica legislativa operata con l'art. 118 A del Trattato Cee che ha introdotto, nel Consiglio, il principio della maggioranza qualificata, al posto dell'unanimità, per l'adozione di direttive per il miglioramento dell'ambiente di lavoro e per

³⁹ M. Melloni, vedi op. cit.

tutelare la sicurezza e la salute dei lavoratori; inoltre, in esso, gli Stati membri si impegnano a porre come proprio obiettivo l'armonizzazione, «in una prospettiva di progresso», delle condizioni di lavoro in materia di salute e sicurezza. In relazione a ciò, la Commissione e il Consiglio sono chiamati a contribuire mediante l'adozione, a maggioranza qualificata, di direttive volte a fissare «prescrizioni minime», di graduale applicazione, «tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro» e senza «imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese». Tale articolo rappresentò sicuramente un passaggio fondamentale che agevolò l'approvazione della Direttiva n. 89/391/Cee del 12 giugno 1989, c.d. direttiva quadro, a cui seguirono numerose Direttive c.d. figlie, in particolare la direttiva n. 94/103/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro e la direttiva n. 94/33/CE relativa alla protezione dei giovani sul lavoro.

Altra importante modifica fu l'inserimento, sempre nell'art.118 A, del principio, già presente in alcuni Regolamenti e Direttive, della salvaguardia delle condizioni di miglior favore, presenti nei singoli stati, a tutela dei lavoratori.

Un altro importante punto, infine, è stata l'introduzione dell'art. 130A TCE; in esso si inserisce il concetto di «coesione economica e sociale» fra gli Stati membri che deve essere promossa dalle autorità comunitarie. Tale obiettivo dovrebbe essere attuato attraverso i fondi strutturali, tra cui il famoso Fondo Sociale Europeo; tuttavia la redistribuzione operata

dai fondi strutturali al fine di raggiungere l'obiettivo della coesione economica e sociale ha rafforzato sì la dimensione solidaristica dell'azione comunitaria, ma solo al fine della creazione del mercato unico, relegandola ad una forma di «macro-redistribuzione» delle risorse finanziarie tra le aree regionali più ricche e quelle più svantaggiate economicamente.

4 - Il rafforzamento della tutela dei diritti fondamentali: l'esempio dei Trattati di Maastricht, Amsterdam e Nizza.

Negli anni immediatamente successivi sembrò esservi un riattivarsi dei propositi comunitari in campo sociale con l'elaborazione e l'approvazione della Carta comunitaria dei diritti sociali dei lavoratori, da parte del Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989.

Il proposito era quello di fissare in modo vincolante una specie di “zoccolo duro” di diritti sociali dei lavoratori tali da evitare il c.d. dumping sociale.

Tuttavia, ogni possibilità di sviluppo della dimensione sociale europea si scontrò con la tenace opposizione del Regno Unito, che riuscì a far diluire il contenuto di tali diritti. Furono presi in considerazione, infatti, solo i più importanti diritti dei lavoratori fissando, quindi, un minimo comun denominatore e fu demandata la loro concreta attuazione, in base al principio di sussidiarietà, alla competenza di ciascun Stato membro; peraltro si trattava di diritti già riconosciuti nei singoli sistemi

nazionali, mentre rimasero fuori da tale elenco quasi del tutto i «diritti dei cittadini».

Inoltre riaffiorò l'antica impostazione economica della Comunità in quanto la Carta non riuscì a garantire l'equilibrio tra la politica economica e quella sociale, e come vedremo successivamente, tale simmetria non è stata mai del tutto trovata, in quanto anche il riavvicinamento delle normative sociali è stato preordinato allo "scopo economico" di evitare distorsioni della concorrenza.

Ma l'aspetto che maggiormente indeboliva la portata di tale Carta fu il fatto che ad essa non fosse stato attribuito alcun valore normativo; venne, infatti, varata come mera dichiarazione di principi non dotata di efficacia vincolante, con un valore solo politico.

Lo stesso atteggiamento ostile, da parte della Gran Bretagna, riemerse di nuovo in occasione dell'adozione del Trattato di Maastricht del 7 febbraio 1992. In tale atto, infatti, si ha una sostanziale riaffermazione di tutto quanto acquisito in materia sociale, il c.d. "*acquis communautaire*", mentre le norme fondamentali in materia furono inserite nel Protocollo n. 14 sulla politica sociale, con il quale gli Stati membri prendevano atto della volontà di undici di loro, ad esclusione del Regno Unito (all'epoca gli stati membri erano 12), di concludere un accordo sulla politica sociale e li autorizzavano a usare le procedure e i meccanismi della CE per darvi attuazione.

In particolare l'Accordo sulla politica sociale (APS) allegato al Protocollo, amplia i compiti comunitari nella sfera sociale, prevedendo come obiettivi della Comunità la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro,

adeguata protezione sociale, dialogo sociale al fine di consentire un livello occupazionale elevato e duraturo.

Tali innovazioni costituiscono, sicuramente, un momento fondamentale di crescita, in termini qualitativi e quantitativi, della dimensione sociale comunitaria. Infatti, fermo restando il principio ‘procedurale’ di non regresso affermato nell’art. 117 par. 1 (TCE 1957), per la prima volta, la Comunità e gli Stati membri pongono quali obiettivi espliciti, seppur generici, della propria azione *«la promozione dell’occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo, la lotta contro le esclusioni»*.

Ancora più importante è la seconda innovazione contenuta nell’art. 2 dell’APS il quale aggiungeva a quelle già previste dagli art.118 e 118 A, nuove materie previste dalla Carta comunitaria. Innovativa è l’estensione delle competenze regolative comunitarie ben oltre la sola salute e sicurezza sul lavoro, ampliandole fino a ricomprendere le condizioni di lavoro, l’informazione e consultazione dei lavoratori, la parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il loro trattamento, l’integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro: materie sulle quali il Consiglio delibera a maggioranza; mentre è, invece, necessaria l’unanimità per quanto riguarda la sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori, la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro, la rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro,

compresa la cogestione, le condizioni di impiego dei cittadini dei Paesi terzi che soggiornano regolarmente nel territorio della Comunità e, infine, i contributi finanziari volti alla promozione dell'occupazione e alla creazione di posti di lavoro.

Si tratta, quindi, al tempo stesso, di un progresso rispetto alla condizione nella quale l'azione comunitaria in materia sociale versava ai tempi della vigenza del solo art. 118 (TCE 1957) (mera promozione di cooperazione tra gli Stati membri), ma anche di una realizzazione 'debole', in termini di competenze solo eventualmente esercitabili e non di diritti immediatamente azionabili.

Peraltro, alla diversa modalità di decisione, a maggioranza qualificata o all'unanimità, che testimonia, comunque, la cautela che gli stati membri hanno dimostrato nella devoluzione al legislatore comunitario di determinate materie, fondamentali per il funzionamento dei sistemi nazionali di protezione sociale, si affianca una disposizione singolare, dalle conseguenze allora imprevedibili, ma oggi importantissime.

Ci si riferisce all'art. 2 par. 6 APS, ai sensi del quale «le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata».

Va segnalata, infine, la novità più importante che riguarda la valorizzazione del ruolo delle parti sociali, attraverso la previsione della contrattazione collettiva a livello europeo, la quale può svolgersi o in maniera autonoma, secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri, oppure, su richiesta delle parti sociali, può dare vita a un atto comunitario che recepisca il contenuto dell'accordo

da esse concluso⁴⁰. Viene cioè previsto, addirittura, un potere delle parti sociali di iniziativa diretta che va a sostituire l'attività di elaborazione e proposta della Commissione; infatti secondo l'art.3 le parti sociali possono informare la Commissione che esse intendono iniziare la procedura prevista dal successivo art.4, cioè l'accordo contrattuale⁴¹. Tale articolo prevedeva che gli accordi conclusi a livello comunitario potessero essere attuati o secondo le procedure proprie delle parti sociali e degli stati membri, oppure nell'ambito dei settori di cui all'art.2, attraverso una decisione del Consiglio adottata, a seconda delle materie, a maggioranza assoluta o qualificata.

Ma la struttura delineata dall'APS mostrò subito alcuni aspetti problematici; in primo luogo vi era una certa difficoltà a tratteggiare un unico modello di rappresentanza sindacale vista la diversità dei modelli e prassi esistenti a livello europeo, e ciò emerse in sede giudiziale con la sentenza n. 135/96⁴² in cui l'UEAPME, che rappresentava le piccole e medie imprese, impugnò la Direttiva sui congedi parentali n.

⁴⁰ Si veda, ad es., la Direttiva n. 96/34/Ce del 3 giugno 1996 relativa all'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'Unice, dal Ceep e dalla Ces il 14 dicembre 1995.

⁴¹ Un esempio del genere è l'accordo quadro sul telelavoro concluso il 16 luglio 2002 tra Unice/UEAPME, Ceep e Ces.

⁴² Si tratta della sentenza del 17 giugno 1998 n. 135/96 del Tribunale di primo grado delle Comunità europee, in *Dir.Lav.*1999, II,139. In essa è stato precisato che spetta alla Commissione ed al Consiglio verificare la rappresentatività delle parti sociali interessate e legittimate a concludere accordi-quadro.

96/34 in quanto aveva recepito un accordo-quadro a cui la stessa non aveva partecipato.

Altro aspetto problematico era dato dalla duplice regolamentazione data dal Trattato di Maastricht: la prima parte, disciplinata dall'Atto Unico, sottoscritta dai 12 paesi e la seconda parte disciplinata dall'APS, allegato al Trattato, ma vincolante solo per 11 Stati; da qui la coesistenza di direttive vincolanti per 11 o 12 paesi membri.

Le problematiche che riguardavano la politica sociale trovarono conferma anche nel Libro Verde sulla Politica sociale predisposto dalla Commissione nel 1994 in cui si diceva che «il progresso sociale è possibile soltanto mediante il successo economico, ma livelli sociali elevati ed equi costituiscono una componente vitale di una economia competitiva».

Anche a livello politico e dottrinale era, dunque, sentita la crisi di legittimità che investiva le politiche sociali comunitarie ed il discorso si incentrava sempre di più sul modello di “cittadinanza europea” come status garantito a tutti quelli che esercitavano un'attività lavorativa all'interno della comunità riconoscendo loro una base di diritti sociali sia di natura individuale che collettiva.

Il nuovo Libro Bianco sulla politica sociale, pubblicato nel 1994, fece emergere, in particolare, la necessità di assicurare garanzie sociali minime comuni a tutti gli stati.

Tali esigenze emersero anche durante i Consigli europei di Corfù e di Essen del 1995 che nel Consiglio di Amsterdam del 1997 in cui fu posto al centro del dibattito l'emergenza occupazionale.

Preceduto, quindi, da elevate aspettative, non corrisposte, circa il riconoscimento di diritti di

cittadinanza sociale comunitaria, il Trattato di Amsterdam del 1997, sottoscritto da tutti i paesi membri (nel frattempo erano diventati 15), si prefiggeva quattro obiettivi: inserire l'occupazione ed i diritti dei cittadini al centro dell'azione comunitaria, eliminare gli ostacoli alla libera circolazione e rafforzare la sicurezza, rafforzare il ruolo dell'Unione nello scenario internazionale ed, infine, rendere più efficaci le istituzioni comunitarie.

Proprio, nella prospettiva dell'ampliamento delle competenze regolative, vennero introdotte, attraverso l'art 13, novità significative per quanto riguarda la lotta alle discriminazioni «fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali»; competenze di lì a poco utilizzate con l'adozione delle direttive n. 2000/ 43/CE e n.2000/78/CE.

Solo con il Trattato di Amsterdam del 1997, quindi, al di là della mera sostituzione del contenuto degli artt. 117-119 del testo del 1957 con quello degli artt. 1-6 APS e della loro rinumerazione in artt. 136-141, si può sicuramente intravedere una certa discontinuità rispetto alla situazione che fin qui è stata tratteggiata.

La svolta è evidente già nel Preambolo del Trattato in cui si confermava l'attaccamento ai diritti sociali fondamentali riconosciuti nella Carta sociale europea del 1961 e nella Carta comunitaria del 1989. Tale inserimento è di non poco rilievo in quanto la realizzazione delle disposizioni in materia non era più demandata, come in passato, agli stati membri, ma veniva considerata compito della Comunità. Inoltre ciò ha aperto la strada, seppur in mancanza di una costituzionalizzazione di tali diritti, a nuove opportunità per un più equo bilanciamento tra valori

sociali e valori economici da parte della Corte di giustizia. E il celebre caso Albany International BV⁴³ rappresenta l'esempio più significativo delle opportunità offerte dal Trattato di Amsterdam. In esso, la Corte, attraverso il richiamo alle due carte sociali di cui all'art.136, ha potuto operare un bilanciamento tra gli obiettivi di politica sociale e quelli oggetto delle norme comuni sulla concorrenza. Tuttavia proprio in tale occasione emersero tutti i limiti di un riferimento ai "diritti sociali fondamentali" che risultavano strumentali al perseguimento di obiettivi sociali, pur dichiarati essenziali dalla Comunità e dagli Stati membri. I diritti sociali, cioè, entravano nel patrimonio normativo comunitario essenzialmente come interessi sociali oggettivi, sia pure di rango fondamentale, e non come posizioni soggettive direttamente giustiziabili⁴⁴.

Emergeva, ancora una volta, quello squilibrio di base tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali direttamente garantite ai singoli dal TCE, ponendo in luce lo stato di "ancillarità" ancora proprio dei diritti sociali rispetto ai diritti di natura economica.

Anche dopo il Trattato di Amsterdam, il diritto del lavoro comunitario rimaneva, perciò, racchiuso in una dimensione che è stata definita «precostituzionale»⁴⁵,

⁴³ Sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 21 settembre 1999, Causa C-67/96, *Albany International BV*.

⁴⁴ S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in Quaderni di diritto del lavoro, n. 27, 2004.

⁴⁵ S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in ADL, n. 2, 2001, pag. 391 e segg.

in quanto mancava ancora di basi solide previste dai trattati, pur potendo fondarsi sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Per tali motivi si è ritenuto, nel famoso rapporto Simitis⁴⁶, che tale ultimo trattato, non avesse fatto venire meno, ma avrebbe, semmai, reso più urgente ed evidente la necessità di un'espressa costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali, a fianco di quelli civili ed economici.

La codificazione europea della materia dei "*fundamental rights*" doveva, secondo tale documento, assolvere a tre esigenze fondamentali, quella di visibilità dei diritti, di certezza e legittimazione dell'operato della Corte di giustizia ed, infine, di equiparazione dei diritti di diversa generazione con il conferimento di uno status primario a quelli di natura economico-sociale (ed anche alla pretese cosiddette di quarta generazione) sino ad allora tutelati in via pretoria secondo una tecnica occasionalistica.

Il Comitato Simitis, quindi, rivolse alla Convezione incaricata di redigere la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, l'invito ad operare una ricomposizione dei valori fondamentali del modello sociale europeo, nel nome dell'unità e della complementarità dei diritti di prima, seconda e terza generazione. Soltanto nell'indivisibilità risultante dall'unitario e paritario riconoscimento in uno stesso documento costituzionale dei suddetti diritti, avrebbe

⁴⁶ Il "*progetto Carta*", il cosiddetto Rapporto Simitis, prende il nome dell'insigne Presidente della Commissione ristretta che nel 1998 l'ha elaborato per conto delle istituzioni di Bruxelles.

infatti potuto trovare concreta traduzione l'idea - che sta alla base del modello sociale europeo - per cui i diritti sociali, nel realizzare gli autonomi fini di giustizia ed uguaglianza sostanziale loro propri, concorrono anche a porre le condizioni normative per un regolare ed efficiente funzionamento del mercato unico⁴⁷.

5 – La Carta dei diritti fondamentali ed il Trattato di Lisbona.

Con il Consiglio Europeo di Lisbona (23-24 marzo 2000) l'Unione si prefiggeva «un nuovo obiettivo strategico per il nuovo decennio: diventare l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale»(conclusioni punto 5).

Per realizzare questo obiettivo, occorre, però, mettere a punto una strategia globale, la Strategia di Lisbona, appunto, che, a sua volta, richiedeva un adeguato strumento d'azione individuato nel Metodo Aperto di Coordinamento (cd. MAC).

In questo modo viene rafforzato quell'approccio, già evidenziatosi con il Trattato di Amsterdam, in cui l'argomento politico acquisisce una centralità prevalente rispetto a quello giuridico, chiamato ad agire solo in chiave sussidiaria. Testimone di ciò è la

⁴⁷ S. Deakin, F. Wilkinson, « *Capabilities* », *ordine spontaneo del mercato e diritti sociali*, in DML, n. 2, 2000.

Carta di Nizza con cui si evidenzia l'abbandono definitivo dell'approccio fondato sull'incremento delle competenze regolative che aveva caratterizzato l'integrazione sociale comunitaria nel decennio 1987-1997.

Solennemente proclamata al vertice di Nizza del 2000 dal Parlamento, dalla Commissione e dal Consiglio alla presenza dei membri del Consiglio europeo, la Carta europea dei diritti fondamentali rispondeva, effettivamente, all'auspicio, formulato dal Comitato Simitis, della riunificazione e della equiordinazione dei vari diritti, prevedendo un elenco di principi e di diritti fondamentali. Quindi, anche se la stessa risultava adottata nella forma della proclamazione solenne, e quindi, come atto essenzialmente politico, va colta, tuttavia, ed apprezzata la portata innovativa di tale documento che consiste nell'affermazione, solenne e concreta, del principio della indivisibilità, interdipendenza e complementarità dei diritti di prima, seconda e terza generazione⁴⁸.

Tuttavia pesava, e tutt'ora pesa moltissimo, in relazione all'effettività dei diritti in essa proclamati e riconosciuti, l'abbandono definitivo dell'approccio fondato sull'incremento delle competenze regolative che aveva caratterizzato l'integrazione sociale comunitaria nel decennio 1987-1997. Infatti ai sensi dell'art. 51, par. 2, della stessa Carta, non vengono attribuite nuove competenze regolative all'UE, ed il suo campo di applicazione viene limitato

⁴⁸ S. Rodotà, *La Carta come atto politico e come documento giuridico, Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2001.

all'attuazione del diritto dell'Unione (art. 51, par. 1)⁴⁹, con ciò dovendosi intendere, però, anche la produzione di nuovo diritto sebbene nell'ambito delle competenze già attribuite.⁵⁰

L'idea sottesa alla Carta, risiedeva, appunto, nella convinzione che, dal momento in cui gli Stati membri accettano la proclamazione, a livello comunitario, di diritti fondamentali così importanti quali dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza e giustizia, e così potenzialmente estesi, perderebbe di significato l'idea stessa dell'attribuzione di competenze regolative per materia.

Tuttavia, molte delle disposizioni della Carta in materia di diritti sociali richiedono che non solo il loro esercizio, ma anche il loro contenuto sia conforme al «diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali»; si vedano ad esempio gli artt. 27 «Informazione consultazione», 28 «Azione collettiva», 30 «Tutela contro il licenziamento» e 34 «Sicurezza e assistenza sociale».

Si ripropone quindi, la vecchia questione, mai risolta, del rapporto asimmetrico tra dimensione sociale ed

⁴⁹ L'art. 52, par. 1, della Carta del 2000 recita, infatti: «Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge».

⁵⁰ Si veda ad esempio, la direttiva n. 2003/86/CE relativa al diritto al ricongiungimento familiare, secondo «considerando»; il regolamento n. 168/2007/CE relativo all'istituzione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, secondo «considerando»; la direttiva n. 2008/104/CE relativa al lavoro tramite agenzia interinale, primo «considerando», con riferimento esplicito all'art. 31 Carta 2000.

economica e, in più, vengono previste materie nelle quali la competenza comunitaria risulta esplicitamente esclusa (ex art. 137, par. 5, TCE 1997) come ad esempio il diritto all'azione collettiva, sciopero incluso⁵¹ (art. 28 della Carta).

Si ritiene, in tal modo, come molti autori giustamente rilevano,⁵² che la «comunitarizzazione» dei diritti sociali fondamentali, non sia riuscita a produrre gli effetti sperati dal momento che il contemperamento delle ragioni, contrapposte, di chi è titolare del diritto sociale e di chi esercita una libertà economica, entrambi, in teoria, ugualmente fondamentali, si riduce ad un confronto, spostato a livello comunitario, tra ragioni del diritto nazionale (sociale) e ragioni del diritto comunitario (economico), anzi sarebbe destinata a produrre effetti negativi abbastanza evidenti⁵³. Anche la parte delle disposizioni «incondizionate» pone in luce il problema dell'effettività di tali diritti, come ad esempio per l'art. 31 Carta, relativo alle «Condizioni di lavoro giuste ed eque»; in tali disposizioni, infatti, il diritto è già immediatamente affermato nel suo nucleo essenziale, ma rimane da chiarire quale uso ne possano fare il singolo, il giudice nazionale e quello

⁵¹ G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, e ivi ampia bibliografia.

⁵² Vedasi ad esempio E. Ales, op. cit. pagg.527 e segg.

⁵³ M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *Lav. Dir.*, 2008, pagg.371 e segg.; B. Veneziani, *La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Riv. giur. lav.*, II, 2008, p. 295.

comunitario. Su questi due aspetti, ci interrogheremo nel corso di questo lavoro cercando di approfondire le motivazioni e le problematiche che ne sono alla base. Andando avanti nell'exkursus storico sui diritti sociali, ci troviamo davanti ad un balzo notevole compiuto dalle istituzioni comunitarie: andando oltre il mandato che le era stato conferito dal Consiglio Europeo di Laeken (14-15 dicembre 2001), la Convenzione allo scopo istituita, consegnò nel 2003, alla Presidenza di turno dell'Unione il testo di quella che avrebbe dovuto essere, invece, una Costituzione per l'Europa. Al di là della reale consistenza giuridica del testo, forse la pretesa di denominare questo strumento 'costituzione' ne ha decretato ben presto la fine attraverso il referendum francese e quello olandese, entrambi negativi.

Sebbene ormai abbandonato, il Trattato-Costituzione, sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004 (di seguito TC), verrà poi, sotto alcuni aspetti, ripreso dal Trattato di Lisbona firmato il 13 dicembre 2007 dai ventisette Capi di stato e di governo degli Stati membri dell'Unione.

Solo con quest'ultimo, meno pretenzioso nella forma e nella sostanza, la Carta di Nizza, da dichiarazione solenne che impegnava "politicamente" gli Stati membri, passando attraverso una fase intermedia di soft law e, come tale utilizzata dai giudici interni ed europei⁵⁴, è diventata, attraverso la tecnica del rinvio ad essa e del riconoscimento dello «stesso valore

⁵⁴ B. Caruso, M.G. Militello, *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)*, Riv. it. dir. lav., 2009.

giuridico dei Trattati» (art. 6, § 1, TUE⁵⁵), diritto primario dell'Unione. Ha, pertanto, acquisito lo status di hard law europea ad efficacia orizzontale e diretta⁵⁶.

Per effetto delle modifiche apportate dall'accordo di Lisbona all'art.6 TUE⁵⁷, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è entrata formalmente a far parte delle fonti giuridiche dell'Unione, assumendo lo stesso "valore giuridico" dei Trattati: si tratta di disposizione in grado di incidere in misura immediata sul sistema delle fonti.

In questo modo ha trovato soluzione il problema della natura giuridica dei diritti fondamentali riconosciuti nel catalogo: prima della sua integrazione nel Trattato, infatti, la Carta di Nizza risultava essere stata semplicemente proclamata, sia pure in forma solenne, dalle principali istituzioni europee, con un atipico procedimento di approvazione idoneo a configurare nulla più di un accordo interistituzionale.

Tuttavia questo adattamento non è stato affatto indolore; infatti allegato a tale accordo, vi è una dichiarazione unilaterale della Polonia in base alla quale quel testo «non pregiudica in alcun modo il

⁵⁵ L'art. 6 TUE 2007 recita, infatti: «L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati»

⁵⁶ B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea, diretto da Ajani, Benacchio, Il lavoro subordinato, a cura di Caruso, Sciarra, Giappichelli, 2009.

⁵⁷ J. Ziller, *Il nuovo Trattato Europeo*, Ed. Il Mulino, Bologna, 2007.

diritto degli Stati membri di legiferare in ambito di moralità pubblica, diritto di famiglia, tutela della dignità umana e rispetto dell'integrità fisica e morale». Ma la parte che desta le maggiori perplessità è il Protocollo che riguarda espressamente l'Inghilterra in cui sono contenute precisazioni di grande rilievo; secondo quest'ultimo, infatti l'applicazione della Carta deve essere rigorosamente conforme alle disposizioni del suo titolo VII (a suo tempo imposto dagli inglesi), deve essere interpretata in modo conforme alle spiegazioni di tali articoli, non deve estendere la competenza della Corte di giustizia né creare diritti e obblighi nuovi.⁵⁸

A fronte della stasi sia delle politiche sociali comunitarie che di quelle occupazionali, la definizione di un progetto sociale dell'Unione potrebbe, tuttavia, rinvenirsi nell'art. 6 par.2 del Trattato, in cui si dichiara che l'Unione «aderisce»

⁵⁸ Nel testo del Protocollo allegato si legge: «Art. 1. 1. La carta non estende la facoltà della Corte di Giustizia o di qualsiasi corte o Tribunale del Regno Unito, di affermare che le leggi, i regolamenti o le disposizioni amministrative, pratiche o azioni del Regno Unito non siano conformi con i diritti fondamentali, le libertà e i principi che questa afferma. 2. In particolare, e per evitare dubbi, il Titolo IV della Carta non crea diritti rivendicabili dinanzi ad un organo giurisdizionale e applicabili al Regno Unito a meno che il Regno Unito non abbia istituito tali diritti nella propria legislazione nazionale. Art. 2. Qualora una disposizione della Carta faccia riferimento a diritti e pratiche nazionali, questa sarà applicabile nel Regno Unito nella misura in cui i diritti o i principi che contiene sono riconosciuti nel diritto o pratiche del Regno Unito». Per il testo del mandato del Consiglio europeo si veda in www.europa.eu.it, CIG 2007, pag. 12.

alla CEDU, espressione che, pur non conseguendo in via automatica l'adesione, ha una possibile rilevanza in ambito sociale dei diritti e delle libertà tutelate dal Consiglio d'Europa nella prospettiva della loro integrazione nell'ordinamento giuridico comunitario. Infatti, pur essendo la CEDU prevalentemente rivolta alla protezione di libertà e diritti civili c.d. "di prima generazione", possiamo identificare al suo interno sia delle norme prescrittive di contenuto sociale in forma diretta, come l'art. 4 (che proibisce la schiavitù e il lavoro forzato) o l'art. 11 (libertà di riunione e di associazione, anche sindacale), sia norme con contenuto sociale indiretto, come il principio di non discriminazione (art. 14 CEDU) e, soprattutto, l'art. 1 del Protocollo 1 della CEDU, che ha rappresentato in più di una circostanza la base normativa per tutelare diritti a prestazioni economiche in materia previdenziale.

Il Trattato di Lisbona ha, quindi, complessivamente considerato, operato la valorizzazione della dimensione sociale europea e dei diritti sociali fondamentali.

Oggi, infatti, possiamo dire che i pilastri su cui si regge la tutela multilivello dei diritti fondamentali dell'Unione sono costituiti: a) dalle disposizioni generali del TUE con riferimento ai valori che "infiltrano" gli obiettivi dell'Unione; b) dai diritti contenuti nella Carta di Nizza; c) dai principi generali 'classici' del diritto dell'Unione Europea; d) dai diritti umani contenuti nella CEDU; e) dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

CAPITOLO II

I diritti sociali nella Carta di Nizza

1 - Il contenuto della Carta di Nizza. 2 - Le lacune della Carta. 3 - Le tradizioni costituzionali comuni. 4 - I rapporti con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 5 - I rapporti tra la Carta ed il Trattato di Lisbona. 6 - L'applicazione della Carta di Nizza da parte della Corte di Giustizia dell'UE prima del Trattato di Lisbona.

1 - Il contenuto della Carta di Nizza

Secondo la nuova formulazione dell'articolo 6 del TUE, la tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione si basa su tre fonti diverse: *la Carta di Nizza*⁵⁹, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati, *i principi generali*, che comprendono sia i diritti CEDU che quelli risultanti

⁵⁹ A rigore si parla di “Carta di Nizza”, anche se il testo al quale l'art. 6 del TUE, come riformulato dal Trattato di Lisbona, fa riferimento è quello approvato a Strasburgo nel 2007 e non quello approvato a Nizza nel 2000; tuttavia, salve poche modifiche (in particolare alcune integrazioni apportate agli artt. 51 e 52) sostanzialmente i due testi coincidono.

dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, ed infine, la *CEDU* stessa.

La Carta, quindi, dopo essere passata attraverso una fase intermedia di *soft law* e, come tale utilizzata dai giudici interni ed europei⁶⁰, è diventata, attraverso la tecnica del rinvio ed il riconoscimento dello «stesso valore giuridico dei Trattati»⁶¹, diritto primario dell'Unione, acquistando lo *status* di *hard law* con efficacia orizzontale e diretta⁶², seppure nei limiti della sua applicabilità, così come previsto dalle clausole orizzontali di cui all'art. 51⁶³.

Com'è stato autorevolmente descritto,⁶⁴ quindi, l'incorporazione della Carta conferisce maggiore risalto e certezza ai diritti fondamentali ivi enunciati, che sono “inseriti” direttamente nell'ordinamento

⁶⁰ B. Caruso, Militello M.G., *La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008)* in Riv. it. dir. lav., 2009, III, pag. 147.

⁶¹ Cfr. art. 6, par. 1, TUE

⁶² B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea, diretto da Ajani, Benacchio, Il lavoro subordinato, a cura di Caruso, Sciarra, Giappichelli, 2009.

⁶³ L'art. 51 della Carta prevede: «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze. La presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati.»

⁶⁴ B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo* op. cit.

comunitario e non solo richiamati come avveniva in precedenza.

Occorre, tuttavia evidenziare che essi, se da un lato risultano arricchiti e potenziati, d'altro canto, come vedremo in seguito, possono incontrare, lungo loro "faticosa marcia", alcune importanti limitazioni, dovendosi contemperare con le esigenze derivanti dalle c.d. quattro libertà fondamentali protette dal Trattato.

Tuttavia, com'è stato evidenziato⁶⁵ la più importante innovazione è costituita «dall'implicito riconoscimento dell'indivisibilità dei diritti della persona».

Nel preambolo della Carta di Nizza, infatti, si legge che l'Unione si fonda sui valori indivisibili della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà. La sua struttura, è tale, quindi, da non prevedere alcuna distinzione tra diritti politici e sociali, allineandoli tutti sullo stesso piano e superando, così, la classica distinzione tra diritti individuali di libertà e diritti sociali; in tal modo si è conferito, dunque, pieno riconoscimento ai diritti sociali rispetto alle libertà economiche.

La mancanza di ogni ordine gerarchico impedisce, inoltre, «di poterli comporre nel corso del tempo ed esprime l'istanza di un duplice superamento: da una parte la classica distinzione del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra fra diritti individuali di libertà e diritti sociali, dall'altra, col pieno riconoscimento dei diritti sociali e con la riduzione

⁶⁵ M.V. Ballestrero, "Europa dei mercati e promozione dei diritti" in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 55/2007 pag.12 e segg.

della portata ascritta alle libertà economiche, l'originaria ispirazione liberistica del sistema comunitario»⁶⁶ viene indebolita; in tal modo, «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»⁶⁷.

Dal punto di vista strutturale la Carta, nella sua composizione divide i diritti in vari Capi, ognuno dei quali è sorretto da un principio fondamentale; tale struttura fa sì che, la connotazione di “*fondamentale*” si estenda dal principio ai relativi diritti.

In particolare l'art.1 assume come «meta-principio di ogni disposizione la “dignità umana” che consentirà, secondo alcuni, un uso espansivo in via giurisprudenziale di protezioni che mirano a combattere l'esclusione sociale e/o la formazione di sub-classi di sottoccupati»⁶⁸. Secondo altra tesi, tuttavia l'inserimento del principio della dignità, poiché, a differenza dei principi di libertà ed uguaglianza, ad esso non corrisponde una precisa posizione giuridica suscettibile di immediata applicazione, potrebbe, al contrario, comportare un

⁶⁶ C. Pinelli, “*Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*” in *Europa e dir. priv.*, 2011, 02, pag. 401.

⁶⁷ M.V. Ballestrero, op. cit.

⁶⁸ G. Bronzini, *Flexicurity e nuovi diritti sociali*, in *Diritti, lavori, mercati*, n. 3/2007.

arretramento generale delle tutele previste dai singoli ordinamenti⁶⁹.

Nel Titolo IV, inoltre, intorno al nucleo centrale della solidarietà sono stati collocati numerosi diritti sociali che riguardano i lavoratori. Vi si trovano, infatti, inseriti il diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27), il diritto di negoziazione e di azioni collettive, ivi compreso lo sciopero (art. 28), il diritto di accesso gratuito ai servizi di collocamento (art. 29); altro importante articolo è poi, l'art 30 che prevede il diritto alla tutela contro i licenziamenti ingiustificati ripreso, poi, dal secondo comma dell'art. 33, il quale, al fine di permettere di conciliare vita familiare e professionale, attribuisce a ogni individuo, oltre al diritto ai congedi di maternità e/o parentali, il diritto di essere tutelato contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità ed, infine, il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31) nonché quello relativo alla sicurezza ed assistenza sociale (art. 34).

Inoltre altri diritti sociali si trovano trasversalmente distribuiti anche negli altri titoli relativi alla libertà, uguaglianza e cittadinanza ad ulteriore conferma della inscindibilità tra diritti civili, politici e sociali.

Tuttavia, questo elenco, seppure ampio e ricco, non è rimasto esente da critiche; è stato, infatti, sottolineato che proprio l'allineamento sullo stesso piano dei diritti sociali con quelli politici ha permesso il famoso

⁶⁹ V. Ferrante, *Dignità dell'uomo e diritto del lavoro*, in *Dignità e diritto nei rapporti economico-sociali*, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università cattolica del sacro cuore, Quaderno 3, 2010, pag. 47 e segg.

“*bilanciamento strutturalmente sbilanciato*” da parte della Corte di Giustizia⁷⁰, cosa che non sarebbe stata possibile se i diritti sociali avessero ricoperto un ruolo di preminenza.

Secondo questa lettura critica⁷¹, quindi, la Carta di Nizza, a prescindere dal suo status giuridico, non ristabilirebbe, nel panorama europeo, alcun equilibrio a favore dei diritti sociali, anzi essa si inserirebbe in un contesto normativo in cui le libertà economiche erano e restano predominanti. La stessa, anzi, addirittura, al di là delle carenze che comportano i protocolli di esclusione⁷² e le clausole orizzontali, confermerebbe la centralità dei diritti economici nel sistema europeo, sia per la tecnica di formulazione usata per alcuni diritti sociali, che per aver omesso il riferimento ad altri, quali ad esempio, il diritto al

⁷⁰ Emblematiche al riguardo sono le ormai note sentenze della Corte di Giustizia *Viking*, *Laval* e *Rüffert* che hanno dato l'avvio ad un dibattito europeo in tema di conflitto tra diritti fondamentali dei lavoratori e libertà economiche, giungendo a toccare il diritto di sciopero e le libertà sindacali. Si tratta di sentenze emesse prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma che hanno preso in considerazione la Carta di Nizza, pur non riconoscendole un ruolo vincolante; in particolare sono le sentenze della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, C- 341/05, *Laval un Patneri*; dell'11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*, del 19 giugno 2008, C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, e del 3 aprile 2008, C-346/06, *Rüffert*.

⁷¹ M.V. Ballestrero, op. cit.

⁷² Vedasi ad esempio il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea alla Polonia e al Regno Unito.

lavoro⁷³, alla retribuzione sufficiente o al principio di eguaglianza sostanziale. La mancanza di una gerarchizzazione dei diritti, con la chiara intenzione di porli tutti sullo stesso piano in ragione della indivisibilità dei valori della dignità, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà, dunque, determinerebbe un'asimmetria, con la conseguente prevalenza non tanto dei diritti fondamentali di libertà di matrice liberale, quanto dei diritti fondamentali di natura economica di matrice liberista, secondo la distinzione fatta da Ferrajoli e tale visione critica si è consolidata a causa delle vicende giudiziarie innanzi citate.

2 - Le lacune della Carta

La piena affermazione dei diritti sociali non ha, quindi, risolto tutti i problemi; malgrado, infatti, la portata e l'innovatività che l'art. 6 del Trattato di Lisbona ha apportato nell'ambito dell'ordinamento comunitario, bisogna evidenziare che la Carta presenta dei limiti, il primo dei quali è dato dalla formulazione dello stesso art. 51 secondo il quale l'ambito di applicabilità dei diritti riconosciuti dalla Carta, e quindi, ovviamente di efficacia degli stessi, è circoscritto alle *“istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure*

⁷³ La Carta, infatti, non contempla il diritto al lavoro, ma, all'art.15 della stessa, si fa riferimento al “diritto di lavorare” (forse rende meglio l'idea il termine inglese *right to engage in work*).

agli Stati membri esclusivamente nel diritto dell'Unione”.

Lo stesso articolo, aggiunge, inoltre, che la Carta non introduce nuove competenze o nuovi compiti per l'UE, rispetto a quelli definiti dai Trattati, facendo ritenere che in tal modo i diritti sono «*condizionati dal contenuto dei trattati e non viceversa, ricordandoci così la prevalenza, nell'ordinamento comunitario, dell'integrazione economica*»⁷⁴.

Tali chiarimenti evidenziano, come del resto precisato nelle spiegazioni dell'art. 51, che la Carta non può avere l'effetto di ampliare le competenze e i compiti assegnati all'Unione dai Trattati e che i diritti fondamentali garantiti nell'Unione producono effetti solo nell'ambito delle competenze determinate dagli stessi trattati; quindi la Carta non può estendere l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là dei settori ivi previsti.

Se, tuttavia questo limite viene evidenziato in dottrina, d'altro canto, la Corte di Giustizia, nella sua opera interpretativa ha adottato un criterio di applicazione della Carta che permette, attraverso un controllo «diffuso» di legittimità, di penetrare in ogni ambito giuridico investito dal diritto dell'Unione.

Ha ribadito, infatti, che rientra nella sua giurisdizione ogni normativa direttamente o indirettamente collegata al diritto dell'UE (non solo quella espressamente richiamata, ma anche quella che entra comunque in gioco, ponendo la legislazione interna nel cono d'ombra del diritto dell'Unione). Inoltre anche nella comunicazione della Commissione del 19

⁷⁴ G. Maestro Buelga, *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in RSS, 2006, p. 89 e segg.

ottobre 2010 sull'*enforcement* della Carta, si ritiene ammissibile il sindacato della Corte ogni qual volta sussista un qualsiasi "link" tra le norme nazionali esaminate e il diritto "euro-unitario"⁷⁵.

Infatti, specialmente dopo il richiamo espresso alla Carta contenuto nel Trattato di Lisbona, la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali diviene una finalità a carattere generale e "trasversale" all'intera azione dell'Unione da perseguire nell'ambito dell'ordinamento integrato e non rilevante solo nell'esercizio delle competenze specifiche attribuite. Il carattere trasversale della "tutela dei diritti dell'uomo" risulta, del resto, anche dal Preambolo della Carta dove si legge che *«l'Unione pone la persona al centro della sua azione»* nonché da alcuni articoli del TUE, come gli artt. 2, 3 e 6; in particolare l'art. 2 enuncia che *«L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini...»*.

Dunque la tutela dei diritti fondamentali, che costituisce "uno dei fondamenti stessi dell'ordine

⁷⁵ Cfr. R. Mastroianni, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *Diritto pubblico europeo e comparato*, n. IV/2010, p. XXI e segg., in cui si parla di un'applicazione della Carta ogni qual volta la normativa interna cada nel "cono d'ombra" del diritto dell'Unione.

giuridico comunitario”, rientra nella competenza dell'Unione, se mai il problema riguarda il suo ambito di esercizio, cioè i confini entro cui può legittimamente svolgersi l'interessamento delle istituzioni dell'Unione.

Secondo l'art.51, quando si verta in una materia di esclusiva competenza statale, la Corte non può sindacare un comportamento degli Stati membri per contrarietà a un diritto sancito nella Carta: si tratta della c.d. riserva della materia interna. Ma se prendiamo in considerazione la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia, vediamo che i principi generali dell'ordinamento dell'Unione devono sempre essere rispettati dagli Stati membri anche quando si verta in materie non attribuite alla competenza dell'Unione, purché la situazione sia in qualche modo ricollegabile all'ordinamento dell'Unione; in tal modo si riesce sempre a garantire l'effetto utile del diritto dell'Unione, ivi compresi i suoi principi generali, tra cui rientrano i diritti sanciti nella Carta. In altri termini, se si verte in tema di diritti fondamentali dell'uomo la controversia viene attratta nella competenza dell'Unione, anche se è relativa a materia di competenza statale.

Questa interpretazione ha trovato conferma nelle conclusioni depositate il 5 aprile 2011 dall'Avvocato Generale Bot nella causa Scattolon⁷⁶; riferendosi all'art. 51 della Carta di Nizza, infatti, l'Avvocato ritiene che: *«questo articolo, letto alla luce delle spiegazioni che lo riguardano, debba essere*

⁷⁶ Sentenza della Corte di Giustizia del 6 settembre 2011 - Causa C-108/10 *Scattolon contro Ministero dell'Istruzione, Università e Ricerca*.

interpretato nel senso che le disposizioni della Carta si rivolgono agli Stati membri quando essi agiscono nel campo di applicazione del diritto dell'Unione. Peraltro, se ci si riferisce al caso particolare delle direttive, è meglio non circoscrivere la nozione di attuazione del diritto dell'Unione alle sole misure di trasposizione delle medesime. Detta nozione deve essere intesa come riguardante le applicazioni ulteriori e concrete enunciate da una direttiva, nonché, in modo generale, tutte le situazioni nelle quali una normativa nazionale "affronta" o "incide su" una materia disciplinata da una direttiva il cui termine di trasposizione è scaduto. Una restrizione del campo di applicazione della Carta rispetto a quello dei diritti fondamentali riconosciuti in quanto principi generali di diritto dell'Unione ... non sembra auspicabile. Essa, infatti, finirebbe per creare due regimi diversi di tutela dei diritti fondamentali in seno all'Unione, a seconda che questi derivino dalla Carta o dai principi generali di diritto. Ciò indebolirebbe il livello di tutela di questi diritti».

Successive conferme si trovano in altre recenti pronunce della Corte dalle quali si evince che essa considera "attratta" nell'ambito del diritto dell'Unione ogni questione riguardante la cittadinanza dell'Unione, a prescindere dal fatto che la materia oggetto del contendere rientri o no nella competenza esclusiva degli Stati e se l'individuo abbia o meno esercitato uno dei diritti riconosciuti dal Trattato.

La Corte ritiene, appunto, che la situazione di un cittadino dell'Unione colpito da un provvedimento interno «che lo ponga in una situazione idonea a cagionare il venir meno dello status di cittadino europeo e dei diritti ad esso correlati ricade, per sua

natura e per le conseguenze che produce, nella sfera del diritto dell'Unione »⁷⁷.

Anche nella sentenza *Ruiz Zambrano*⁷⁸, dove tutti gli elementi della controversia sono circoscritti al solo ordinamento nazionale, la Corte ribadisce che la sola esistenza dello “status di cittadino europeo” è sufficiente a far riconoscere all'individuo il godimento di un diritto fondamentale attribuito dall'ordinamento dell'Unione anche in assenza di altri criteri di collegamento con il diritto dell'Unione.

Il Collegio dichiara, infatti, che l'art. 20 TFUE si oppone a qualsiasi misura interna che abbia per effetto di privare un cittadino dell'Unione del godimento effettivo dei diritti a lui derivanti dallo status di cittadino europeo e ciò senza che sia necessario aver utilizzato il diritto alla libera circolazione o altro diritto connesso alla cittadinanza dell'Unione⁷⁹.

⁷⁷ Sentenza Corte Giustizia 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Janko Rottman contro Freistaat Bayern*, punto 42.

⁷⁸ Sentenza Corte Giustizia 8 marzo 2011, causa C-34/09, *Gerardo Ruiz Zambrano contro Office national de l'emploi (ONEm)*.

⁷⁹ Bisogna, tuttavia precisare che la Corte con la successiva sentenza *McCarthy* nella causa C-434/09 del 5 maggio 2011, ha dichiarato che «*i cittadini dell'UE che non abbiano mai esercitato il loro diritto di libera circolazione, non possono invocare la cittadinanza dell'Unione per regolarizzare il soggiorno del loro coniuge proveniente da un paese terzo[...] purché un diniego siffatto non comporti, per il cittadino dell'Unione interessato, la privazione del godimento effettivo e sostanziale dei diritti attribuiti dallo status di cittadino dell'Unione, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*».

Sul versante interno, la Corte costituzionale italiana nella sentenza n. 80 del 2011, ha ribadito tale aspetto; al punto 5.5 della sentenza, si legge, infatti: «*Presupposto di applicabilità della Carta di Nizza è dunque che la fattispecie sottoposta all'esame del giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto*».

Da ciò si deduce a contrario che, laddove vi sia un adeguato «*collegamento tra il thema decidendum del giudizio principale e il diritto dell'Unione europea*» allora la Carta risulterebbe utilizzabile ed il giudice non può applicare le norme interne ritenute incompatibili con la Carta.

Se tutto ciò è vero, tuttavia, com'è stato evidenziato⁸⁰, potrebbero verificarsi diverse ipotesi: in primo luogo le fattispecie interne, a cui non è applicabile la Carta riceverebbero un trattamento diverso rispetto a quelle di rilievo comunitario in cui, invece, essa è invocabile causando, in tal modo, una c.d. “discriminazione a rovescio”⁸¹. La soluzione

⁸⁰ V. Sciarabba, *La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano*, Relazione al II Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione, Venezia, 8 e 9 aprile 2011 in www.forumcostituzionale.it/site/images/.../pdf/.../0276_sciarabba.pdf

⁸¹ G. Pistorio, *Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario*, in www.europeanrights.eu

prospettata dalla dottrina potrebbe essere quella di sollevare l'incidente di legittimità costituzionale per violazione dell'art. 3 della Costituzione (in collegamento con altra disposizione costituzionale), con l'estensione, quindi, della disciplina comunitaria più favorevole anche ai casi "interni" proprio per garantire il rispetto del principio di uguaglianza. Laddove, invece, l'estensione della Carta alle "fattispecie interne" non vada ad incidere su principi o valori di rilievo costituzionale, sicuramente non si pone alcun problema di tutela, mentre qualche difficoltà nasce quando le tutele di un diritto fondamentale previste a livello dell'Unione europea portino alla compressione di un altro diritto fondamentale costituzionalmente tutelato. Questo indurrebbe le Corti costituzionali ad erigere barriere giuridiche (in forma di teoria dei controlimiti⁸²) contro l'invadenza della Corte di Giustizia che rischierebbe, con la propria giurisprudenza, di inquinare la purezza e compromettere la tutela dei diritti sociali nella dimensione nazionale⁸³; ma se la dottrina dei controlimiti è giustificabile sul piano teorico come barriera per preservare valori supremi e irrinunciabili dell'ordinamento statale nel caso di conflitti insanabili, da punto di vista concreto,

⁸² Per maggiori approfondimenti cfr. R. Caponi, *Addio ai «controlimiti» (Per una tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'Unione europea nella cooperazione tra le corti)*- Relazione al II Workshop di diritto internazionale e dell'Unione- Venezia, 8-9 aprile 2011 in www.europeanrights.eu.

⁸³ M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e diritto*, 2008, n. 2, pag. 371 e segg.

nell'ottica di integrazione tra i vari ordinamenti, tale teoria è superata da una concezione diversa che tenta di comporre eventuali conflitti attraverso il coordinamento e gli strumenti di garanzia previsti dai due ordinamenti. D'altra parte, anche gli stessi articoli 4 e 6 TUE richiamano e tutelano le identità costituzionali degli Stati membri riconoscendo l'importanza dei precetti costituzionali nazionali a livello della stessa Unione.

Superata, quindi, dall'interpretazione giurisprudenziale l'*impasse* dell'art.51, altro punto da considerare è l'art.52, secondo il quale i diritti fondamentali sanciti dalla stessa, sono inderogabili solo nel loro "contenuto essenziale" poiché «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»⁸⁴.

La formulazione dell'articolo è alquanto sibillina e, visti i risvolti recenti in tema di sciopero, viene spontaneo chiedersi se un diritto sociale fondamentale possa subire limitazioni quando entri in conflitto con una delle libertà economiche garantite dal Trattato e se la limitazione del diritto sociale possa essere giustificata, nell'ordinamento comunitario, dalle finalità di interesse generale, come ad esempio la «necessità di mantenere la competitività dell'economia della Comunità». Ed inoltre sono le libertà a limitare i diritti, o sono questi ultimi a limitare le libertà?

⁸⁴ Cfr. art. 52, comma 1, della Carta di Nizza.

Questo si è rivelato essere uno dei punti più deboli della Carta di Nizza che ha permesso il famoso bilanciamento tra i diritti sociali e quelli economici di libertà dando luogo alle conseguenze a tutti note in tema di sciopero e libertà di associazione di cui si parlerà in seguito.

Sempre lo stesso articolo 52 prevede al comma 5 che: «Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti».

La Carta, quindi, contiene sia enunciazione di diritti che formulazione di principi a cui si potrà dare attuazione solo tramite atti legislativi ed esecutivi adottati dall'Unione conformemente alle sue competenze e dagli Stati membri unicamente nell'ambito dell'attuazione del diritto dell'Unione.

Mentre cioè i diritti, che siano formulati in modo preciso ed incondizionato, esplicano effetti diretti negli ordinamenti degli Stati membri, e, di conseguenza, i giudici nazionali dovranno disapplicare qualsiasi norma interna che risulti in contrasto con gli stessi in quanto la Carta fa parte del diritto primario dell'Unione, non è lo stesso per i principi che semplicemente sono “osservati” e assumono rilievo solo a seguito di atti legislativi o esecutivi adottati dall'Unione o dagli Stati membri

nell'attuazione del diritto dell'Unione⁸⁵: essi assumono rilevanza per il giudice interno solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo e non danno adito a pretese dirette da parte degli individui⁸⁶.

Insomma la Carta, sia nella formulazione adottata che, come vedremo in seguito caso per caso nell'interpretazione giurisprudenziale, rivela alcuni punti deboli che ne mettono in discussione la portata effettiva.

3 - Le tradizioni costituzionali comuni

Il Trattato di Lisbona, oltre al richiamo fatto alla Carta, opera un rinvio a due fonti esterne: le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU); in effetti, l'Unione Europea non ha ancora aderito al tale Convenzione, per cui il rinvio ad essa non costituisce una fonte diretta, ma solo strumentale ai fini dell'identificazione dei diritti fondamentali e della loro applicazione, soprattutto per tutti quei profili non compresi dalla Carta.

Il rinvio operato dalla Carta a tali fonti non ha mancato di suscitare qualche perplessità poiché sono

⁸⁵ Su tale punto, vi è da evidenziare l'opinione di chi, tuttavia, come Valerio Onida, giudica infondate tali osservazioni in quanto "è ciò che noi pacificamente riteniamo riguardo ai principi espressi nella Costituzione".

⁸⁶ Cfr. le spiegazioni all'art. 52 della Carta.

sicuramente possibili sovrapposizioni o incertezze nell'applicazione dei diritti in esse contemplati, tuttavia vi è chi sostiene⁸⁷ che una formulazione così ampia permette di non “cristallizzare” i diritti in un solo catalogo normativo rappresentato dalla Carta di Nizza, che, seppure oggi si presenta abbastanza ampio, in seguito potrebbe, con il passare del tempo, non comprendere tutte quelle istanze di tutela che si verrebbero a sviluppare con l'evolversi delle esigenze sociali. In tal senso potrà, quindi, essere importante il ruolo che la Corte di Giustizia sarà chiamata a svolgere attraverso una funzione di aggiornamento dei diritti fondamentali proprio rifacendosi ad una fonte non scritta come quella dei principi generali, funzione che del resto in passato, come vedremo meglio in seguito, la Corte ha già svolto.

Altro punto positivo, da mettere in evidenza, consiste nel fatto che, tramite il ricorso ai principi generali, la Corte può riuscire ad aggirare l'ostacolo previsto, ad esempio, dal Protocollo n.30 allegato al Trattato di Lisbona⁸⁸, laddove due Paesi pongono delle riserve circa la vincolatività di alcuni diritti previsti dalla Carta. In tal modo, attraverso il rinvio ad altre fonti diverse dalla Carta di Nizza, ma che di fatto hanno ispirato la stessa, non si fa nient'altro che far rientrare dalla finestra ciò che non si è riusciti a far entrare dalla porta; quindi, attraverso il richiamo ai principi generali, che ai sensi degli artt. 2 e 6, par. 3, TUE, vincolano tutti gli Stati membri, si potrebbe ottenere

⁸⁷ G. Strozzi, *Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive*, in *Dir. Un. Eur.* 2011, 04, pag. 837 e segg.

⁸⁸ Si rinvia alla nota n. 72

l'applicazione uniforme dei diritti fondamentali all'interno di tutti i paesi dell'Unione.

4 - I rapporti con la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

Per quel che riguarda, invece, il rinvio alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (d'ora in poi CEDU), sicuramente la coesistenza di diritti previsti dalla Carta con quelli ricavabili dalle fonti esterne può originare un conflitto nella loro interpretazione ed applicazione, ma i diritti previsti dalla Carta, in quanto norme primarie, sono collocati su un piano gerarchico superiore e, quindi, fatta salva la possibilità di una loro reciproca influenza ed eventuale armonizzazione, in caso di conflitto non si pone il problema di scegliere quale ritenere prevalente poiché applicando il principio dello standard massimo di protezione previsto dall'art.53⁸⁹ della Carta, si giunge ad applicare la norma che

⁸⁹ Ai sensi dell'art.53 della Carta di Nizza: «*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'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri*».

meglio tutela il diritto fondamentale in questione, garantendone livelli più alti di salvaguardia.

Com'è stato rilevato⁹⁰, infatti, l'art. 53 pare congegnato in modo da eliminare la potenziale "divergenza" che si pone tra gli standard di tutela dei diritti fondamentali nell'ampio e complesso spazio dell'Unione europea⁹¹; infatti, stabilendo che le disposizioni della Carta non possano essere interpretate in senso limitativo o lesivo dei diritti e delle libertà riconosciuti, oltre che dal diritto e dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, anche dalle costituzioni nazionali, la norma prevede il principio dello standard di tutela più alto evitando il pericolo di un abbassamento delle stesse .

Bisogna sottolineare che finora la Corte di Giustizia sia ai fini dell'accertamento dell'esistenza del diritto che ai fini della determinazione del relativo standard e quantum di tutela, aveva, invece, adottato il criterio del minimo comune denominatore scorporando dalle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri» *l'an e il quantum* della tutela comunitaria dei diritti fondamentali⁹².

Il problema, in particolare non si pone tanto per le norme CEDU che trovano piena ed identica trasposizione nella Carta le quali, essendo appunto

⁹⁰ Cfr. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, pag. 249 e segg.

⁹¹ L.F.M. Besselink, *Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union*, in CMLR, 1998, pag. 629 e segg.

⁹² Cfr. Hoechst, cause riunite C46/87 e C 227/88, punti 17 e 18.

recepite dalla stessa godono dello stesso primato, bensì per quei diritti previsti dalla Convenzione, ma non dalla Carta oppure per i diritti che siano interpretati dalla Corte CEDU in modo difforme rispetto alla giurisprudenza della Corte di Giustizia in quanto, ad esempio, la stessa non abbia, erroneamente, ritenuto violato un diritto fondamentale. In tal caso non si può dar luogo alla diretta disapplicazione, da parte del giudice interno, delle norme con essi in contrasto⁹³, ma il magistrato

⁹³ Come è stato del resto affermato dalla nostra Corte Costituzionale nelle sentenze n. 348 e 349 del 2007, esse potranno considerarsi parametro di legalità interposto ex art. 117 Cost; infatti «*La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117 comma 1 Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto. Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU*». Per maggiori approfondimenti cfr. M. Cartabia, *Le sentenze*

nazionale deve cercare prima di arrivare a dare un' interpretazione della norma interna conforme a quella convenzionale; soltanto nel caso in cui non sia possibile comporre tale contrasto egli «*non può procedere all'applicazione della norma della CEDU (allo stato, a differenza di quella comunitaria provvista di effetto diretto) in luogo di quella interna contrastante, tanto meno fare applicazione di una norma interna che egli stesso abbia ritenuto in contrasto con la CEDU, e pertanto con la Costituzione, deve sollevare la questione di costituzionalità (anche sentenza n. 239 del 2009), con riferimento al parametro dell'art. 117 comma 1 Cost., ovvero anche dell'art. 10 comma 1 Cost., ove si tratti di una norma convenzionale ricognitiva di una norma del diritto internazionale generalmente riconosciuta. La clausola del necessario rispetto dei vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, dettata dall'art. 117 comma 1 Cost., attraverso un meccanismo di rinvio mobile del diritto interno alle norme internazionali pattizie di volta in volta rilevanti, impone infatti il controllo di costituzionalità, qualora il giudice comune ritenga lo strumento dell'interpretazione insufficiente ad eliminare il contrasto. Sollevata la questione di legittimità costituzionale, spetta a questa Corte il compito anzitutto di verificare che il contrasto sussista e che sia effettivamente insanabile attraverso una interpretazione plausibile, anche sistematica, della norma interna rispetto alla norma convenzionale, nella lettura datane dalla Corte di*

gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici, in Giur. cost., 2008, pag. 3564.

Strasburgo. La Corte dovrà anche, ovviamente, verificare che il contrasto sia determinato da un tasso di tutela della norma nazionale inferiore a quello garantito dalla norma CEDU, dal momento che la diversa ipotesi è considerata espressamente compatibile dalla stessa Convenzione europea all'art. 53. In caso di contrasto, dovrà essere dichiarata l'illegittimità costituzionale della disposizione interna per violazione dell'art. 117 comma 1 Cost., in relazione alla invocata norma della CEDU. Questa Corte ha anche affermato, e qui intende ribadirlo, che ad essa è precluso di sindacare l'interpretazione della Convenzione europea fornita dalla Corte di Strasburgo, cui tale funzione è stata attribuita dal nostro Paese senza apporre riserve; ma alla Corte costituzionale compete, questo sì, di verificare se la norma della CEDU, nell'interpretazione data dalla Corte europea, non si ponga in conflitto con altre norme conferenti della nostra Costituzione. Il verificarsi di tale ipotesi, pure eccezionale, esclude l'operatività del rinvio alla norma internazionale e, dunque, la sua idoneità ad integrare il parametro dell'art. 117 comma 1 Cost.; e, non potendosi evidentemente incidere sulla sua legittimità, comporta allo stato l'illegittimità, per quanto di ragione, della legge di adattamento (sentenze n. 348 e n. 349 del 2007)»⁹⁴.

Questa conclusione segna però la fine di un percorso articolato da parte della giurisprudenza nazionale che prima del Trattato di Lisbona, aveva direttamente

⁹⁴ Sentenza Corte Cost. 26 novembre 2009, n. 311 in Corr. giur., 2010, pag. 619 e segg.

disapplicato le norme legislative interne in contrasto con quelle CEDU.

Sia i giudici di merito che quelli di legittimità⁹⁵, infatti, avevano ritenuto che le norme della Convenzione avessero natura sovraordinata rispetto alle norme interne, da cui l'obbligo, per il giudice, di disapplicare la norma interna successiva, modificativa o abrogativa in contrasto con una norma prodotta da tale fonte.

Anche dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona una parte della giurisprudenza amministrativa ha ritenuto che la normativa nazionale in contrasto con la CEDU dovesse essere disapplicata, in quanto, oramai entrata a far parte delle fonti del diritto comunitario.

⁹⁵ Cass. 23 dicembre 2005, n. 28507, in Foro Italiano, 2006, I, 1423, secondo cui «*la natura immediatamente precettiva delle norme convenzionali a seguito di ratifica dello strumento di diritto internazionale è stata già del resto riconosciuta esplicitamente dalla giurisprudenza di questa Corte che ha affermato l'avvenuta abrogazione della r.d.l. 31 maggio 1946, n. 511, art. 34 comma 2, nella parte in cui escludeva la pubblicità della discussione della causa nel giudizio disciplinare a carico di magistrati per contrasto con la regola della pubblicità delle udienze sancito dall'art. 6 Convenzione che pone precisi limiti alla discussione della causa a porte chiuse (sez. un. 10 luglio 1991, n. 7662); parimenti ha riconosciuto il carattere di diritto soggettivo fondamentale, insopprimibile anche dal legislatore ordinario, al diritto all'imparzialità del giudice nell'amministrazione della giustizia, con richiamo all'art. 6 Convenzione (Cass. 26 marzo 2002, n. 4297), e, infine, ha espressamente riconosciuto la natura sovraordinata alle norme della Convenzione sancendo l'obbligo per il giudice di disapplicare la norma interna in contrasto con la norma pattizia dotata di immediata precettività nel caso concreto (Cass. 19 luglio 2002, n. 10542)».*

Infatti «*il riconoscimento dei diritti fondamentali sanciti dalla CEDU come principi interni al diritto dell'Unione, osserva il Collegio, ha immediate conseguenze di assoluto rilievo, in quanto le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 Cost., venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno*»⁹⁶.

In altra occasione la giurisprudenza amministrativa ha, tuttavia, affermato che «*con l'adesione alla CEDU, la Convenzione assumerà, invece, la posizione che gli accordi internazionali ricoprono nel sistema delle fonti dell'ordinamento UE cosicché, una volta penetrata nell'ordinamento nazionale tramite le fattispecie di rilevanza comunitaria, non potrà che godere di tutti gli attributi tipici del diritto comunitario in termini di primato, effetto diretto, possibilità per il giudice di procedere alla disapplicazione della norma interna contrastante*

⁹⁶ Tar Lazio, sent. 18 maggio 2010, n. 11984, in www.giustamm.it, ma ancor prima vedasi Cons. Stato, sent. 2 marzo 2003, n. 1220, in www.giustamm.it.

(con il rischio di un regime diverso rispetto ai diritti CEDU non veicolati dal diritto dell'Unione). Se il Trattato di Lisbona consente ora (superando il parere negativo CGCE 28 marzo 1996, parere 2/94, che aveva ritenuto necessaria allo scopo una revisione costituzionale) l'adesione dell'Unione alla CEDU, deve ritenersi che, prima di allora, gli articoli della Convenzione non siano ancora direttamente applicabili. Difatti, la proposizione «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali» non può, evidentemente, aver comportato di per sé l'effetto costitutivo della inserzione dell'Unione europea nel quadro istituzionale della CEDU, per il quale occorrerà percorrere (cfr. art. 218 TFUE; protocollo n. 8 annesso al Trattato) una procedura «internazionalistica» di negoziazione articolata (un accordo nelle forme di un trattato o di un protocollo di emendamento della CEDU sarà necessario anche per apportare tutti gli adattamenti che consentano l'intersezione dei due «sistemi»)»⁹⁷.

Di conseguenza anche a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il contrasto tra una norma interna ed una disposizione della CEDU va risolto solo attraverso un giudizio di legittimità costituzionale; ed in effetti ciò è stato ribadito in una recente decisione del Consiglio di Stato in cui si è

⁹⁷ T.A.R. Lombardia, sentenza del 15/09/2010, n. 5988, con commento di A. Arlotta, *La tutela dei diritti dell'uomo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e CEDU*, in *Giur. Merito*, 2011, 2, pag. 525 e segg.

confermato che «secondo la Corte costituzionale, con l'art. 117 comma 1 si è realizzato, in definitiva, un rinvio mobile alla norma convenzionale di volta in volta conferente, che dà vita e contenuto a quegli obblighi internazionali genericamente evocati. Ne consegue l'obbligo del giudice di procedere ad una interpretazione convenzionalmente orientata o, comunque, ad una interpretazione bilanciata tra conformità a Costituzione e conformità a Convenzione. Pertanto, al giudice nazionale spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle fonti normative. Qualora ciò non sia possibile, ovvero dubiti della compatibilità della norma interna con la disposizione convenzionale interposta, egli dovrà investire la Corte costituzionale della relativa questione di legittimità costituzionale rispetto al parametro dell'art. 117 comma 1»⁹⁸.

Solo, quindi, con l'adesione dell'Unione alla Convenzione si potrà realizzare la diretta disapplicabilità delle norme interne in contrasto con la CEDU in quanto la violazione di quest'ultima sarebbe equiparabile ad una diretta violazione del diritto comunitario ex art.216 TFUE⁹⁹.

⁹⁸ Cons. Stato, sentenza 15 giugno 2010 n. 3760, in www.giustamm.it.

⁹⁹ Può essere utile ricordare come simili problematiche, dagli anni settanta in poi, si siano riscontrate anche per quanto riguarda il diritto comunitario; infatti, prima di ammettere l'esistenza di un primato di quest'ultimo sul diritto interno e quindi l'efficacia diretta (nel caso in cui non occorra una norma d'applicazione), vi è stato un lungo braccio di ferro tra

Dopo aver considerato il contenuto delle disposizioni che riguardano la Carta di Nizza, possiamo valutarne l'effettiva capacità di incidenza nell'ambito dell'ordinamento comunitario e negli ordinamenti nazionali.

5 - I rapporti tra la Carta ed il Trattato di Lisbona

Se è vero che con il Trattato di Lisbona, è stato finalmente posto fine a quell'“afasia”¹⁰⁰ che l'Europa aveva dimostrato nel campo sociale, pur tuttavia occorre verificare se una simile enunciazione riesce ad avere, in concreto, un certo grado di effettività in quanto il nuovo modello ha ampliato di certo “l'intensità” dei valori sociali, ma non ha previsto degli strumenti istituzionali idonei a realizzare tale obiettivo. Insomma, come rileva Caruso, «si ridimensiona, ma non riduce del tutto lo iato tra l'ambito delle competenze sociali dell'Unione e i diritti sociali fondamentali»¹⁰¹. Come, infatti, descritto nel capitolo precedente, con il Trattato di Lisbona non sono state apportate grandi innovazioni in materia sociale né sono stati ampliati i poteri degli organi dell'Unione in tal senso, e poiché la questione dell'effettività dei diritti sociali è legata anche alla

la Corte di giustizia e le corti costituzionali nazionali, in particolare quella italiana e tedesca.

¹⁰⁰ La definizione è di M. Roccella, *Diritto del Lavoro della Comunità Europea*, Ed. Cedam, Padova, 2009.

¹⁰¹ B. Caruso, A. Alaimo, *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.

scelta dei mezzi più adatti a rendere attuali tali diritti, occorre esaminare quali sono gli strumenti di tutela previsti dall'ordinamento.

Per procedere in modo lineare può essere utile richiamare la distinzione operata da Luigi Ferrajoli in materia di lacune nella tutela dei diritti e di obblighi delle autorità pubbliche di porvi rimedio¹⁰². L'autore distingue tra «lacune primarie» e «lacune secondarie»; le prime sono quelle causate dalla «mancata stipulazione degli obblighi e dei divieti che del diritto soggettivo costituiscono le garanzie primarie», mentre le seconde sono causate dalla «mancata istituzione degli organi obbligati a sanzionarne o ad invalidarne le violazioni, ossia ad applicarne le garanzie secondarie»¹⁰³.

Nel nostro caso, tra le lacune primarie possiamo ricomprendere innanzitutto il meccanismo adottato per la firma e ratifica del Trattato, nonché i numerosi protocolli aggiuntivi e le diverse procedure previste per la sua esecuzione, i quali fanno sì che il sistema della Carta risulti, nel complesso, molto disomogeneo.

Si pensi al Protocollo n.30 di cui si è già parlato in precedenza nonché alle riserve espresse nelle dichiarazioni allegate allo stesso Trattato.

Inoltre, in materia sociale, il Trattato di Lisbona contiene molte formulazioni “deboli”, come può

¹⁰² La distinzione viene ripresa da F. Olivieri, *”La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l’effettività”* in RDSS, anno VIII, n. 3, 2008, pag. 513 e segg.

¹⁰³ L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, ed. Laterza, Roma-Bari, 2002, pag. 29.

essere, ad esempio, l'art.9 TFUE il quale dispone che l'Unione nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni «*tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana*».

L'espressione «*tiene conto*» non è certo molto forte, per cui, anche se è importante che tali esigenze sociali siano tenute in considerazione sia al momento dell'assunzione delle determinazioni dell'Unione che in quello dell'esecuzione delle politiche e delle azioni della stessa, esse non diventano mai degli obiettivi; al massimo esse possono rappresentare un parametro di riferimento per verificare le scelte effettuate dagli organi dell'Unione. Tale articolo, imponendo alle istituzioni dell'Unione di tener conto dell'impatto sociale delle proprie iniziative, potrebbe, quindi, avere rilevanza solo ai fini del controllo di legittimità degli atti dell'Unione da parte della Corte di Giustizia in quanto un atto palesemente pregiudizievole per l'occupazione, o per la protezione sociale, o per le altre esigenze risultanti dall'art. 9, potrebbe essere annullato, perché viziato per «violazione dei Trattati» ai sensi dell'art. 263 TFUE.

Per quanto riguarda le lacune secondarie, sicuramente il Trattato non presenta novità di rilievo in materia sociale se non per il fatto che tutte le disposizioni in tale ambito sono racchiuse nel titolo X sulla politica sociale.

Una delle poche novità è rappresentata dalla norma sul dialogo sociale, l'art. 152, il quale riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali, da parte

dell'Unione e prevede il contributo del “Vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione” al dialogo sociale. A differenza di quanto previsto nell'art. 154 TFUE che attribuisce alla Commissione il ruolo di promozione delle parti sociali, con tale disposizione si attribuisce, all'Unione nell'insieme il compito di promuovere il ruolo delle parti sociali “al suo livello” e di facilitare il dialogo tra tali parti, nel rispetto della loro autonomia.

Al comma 1, si dichiara, infatti, che l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali, e che essa facilita il dialogo tra le parti, nel rispetto della loro autonomia. Nel comma 2, invece, si riconosce il contributo che può essere dato al dialogo sociale dal Vertice sociale trilaterale per la crescita e l'occupazione.

In realtà tale norma era già presente nel Trattato che adotta una costituzione per l'Europa, sottoscritto a Roma il 29 ottobre 2004, ma mai entrato in vigore e può essere posta in relazione con l'art. 11 TUE, il quale prevede che le istituzioni europee hanno il dovere di «dare voce» alla società civile e ai corpi intermedi, anzitutto alle associazioni rappresentative incluse quelle dei lavoratori e dei datori di lavoro. L'art. 152 TFUE consolida, quindi, l'applicazione del principio di sussidiarietà «orizzontale» nella politica sociale; tuttavia si pone il dubbio se il dialogo sociale possa svolgersi anche nelle materie escluse dalla competenza dell'Unione ai sensi dell'art. 153, par. 5, del TFUE che limita l'applicabilità delle misure di incoraggiamento della cooperazione tra gli Stati membri e delle direttive contenenti prescrizioni minime, alle retribuzioni, al diritto di associazione, al

diritto di sciopero e al diritto di serrata. In realtà la Corte di Giustizia ha dimostrato di poter estendere la sua competenza oltre tale ambito, come già visto in precedenza, ed inoltre la stessa è intervenuta anche su altri settori esclusi dall'art. 153, per esempio affermando, sulla base dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, concluso il 18 marzo 1999 e allegato alla Direttiva n. 1999/70/Ce del 28 giugno 1999, che gli scatti di anzianità previsti da una legislazione statale o da un accordo collettivo a favore dei lavoratori a tempo indeterminato dovessero estendersi a quelli a tempo determinato.

Mettendo in relazione l'art.152 con l'art. 155 si può arrivare a sostenere che accordi quadro potrebbero riguardare anche profili retributivi, regole relative delle azioni collettive, procedure sulla rappresentatività delle parti sociali e così via; infatti l'art.155 prevede che il dialogo fra le parti sociali a livello dell'Unione può condurre, se queste lo desiderano, a relazioni contrattuali, ivi compresi accordi e che tali accordi, se conclusi nell'ambito dei settori contemplati dall'articolo 153, possono essere incorporati in decisioni del Consiglio, mentre, se riguardano settori non compresi nella competenza dell'Unione, sono attuati secondo le procedure e le prassi proprie delle parti sociali e degli Stati membri.

La vera novità è rappresentata dalla previsione in materia di trasposizione a livello nazionale degli accordi collettivi comunitari; l'articolo 153 al par. 3 ha, infatti, aggiunto alla possibilità che uno Stato affidi alle parti sociali il compito di mettere in atto le *direttive prese a norma del paragrafo 2*, quella di affidare alle stesse parti *il compito di mettere in atto una decisione del Consiglio* adottata conformemente

all'art. 155, par. 2, TFUE e, cioè, la decisione con cui il Consiglio attua gli accordi raggiunti a livello comunitario dalle parti sociali. In sostanza dopo la "decisione" del Consiglio le parti sociali a livello nazionale dovranno attuare la stessa, ma a questo punto si pone il problema di conciliare l'efficacia generale degli atti statali di attuazione con quelli dell'Unione; la problematica nasce negli ordinamenti come il nostro dove i contratti collettivi di diritto comune hanno un'efficacia limitata.

Unico punto ampliato, rispetto al precedente art. 140 del Trattato Ce, risulta l'art. 156 TFUE, che regola la competenza della Commissione a promuovere il metodo aperto di coordinamento, favorendo la cooperazione tra gli Stati membri ed il coordinamento della loro azione in tutti i settori della politica sociale, compresi quelli che, esclusi dall'ambito dell'art. 153, non possono essere oggetto di direttive dell'Unione, come il diritto di associazione.

Ancora una volta, tuttavia, gli stati dell'Unione hanno posto un freno alla norma in esame tramite la dichiarazione n. 31, allegata al Trattato di Lisbona; in essa si ribadisce, infatti, che le politiche descritte nell'art. 156 sono essenzialmente di competenza degli Stati membri e che le misure di incoraggiamento e coordinamento rivestono carattere complementare; esse mirano, cioè, a rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri e non ad armonizzare i sistemi nazionali; inoltre non incidono sulle garanzie e gli usi esistenti in ciascuno Stato membro in materia di responsabilità delle parti sociali.

Altro punto carente del Trattato nel campo dei diritti sociali e sbilanciato rispetto alle politiche economiche, risiede nella ripartizione delle

competenze; mentre, infatti, ai sensi dell'art.3, lett. b, TFUE, la «definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno è materia di competenza *esclusiva* dell'Unione», secondo l'art. 4, lett. b e c, TFUE la “politica sociale” e la “coesione economica, sociale e territoriale” sono materie di competenza *concorrente*, mentre l'istruzione e la formazione professionale sono, invece, materie di competenza di *sostegno, coordinamento e completamento*. Dall'art. 5 TFUE, sono disciplinate, invece, le politiche economiche insieme alle politiche occupazionali¹⁰⁴, prevedendo un potere di “coordinamento” delle due materie da parte dei singoli stati membri, e, per quanto riguarda le politiche sociali degli Stati membri, su iniziativa della stessa Unione.

Questa previsione non apporta, tuttavia, una novità nell'ambito del Trattato di Lisbona in quanto già nel Trattato di Nizza agli artt. 13 TCE (attuale art. 19 TFUE) e 137 TCE (attuale 153 TFUE) si era avuto un potenziamento delle misure di “coordinamento” rispetto a quelle di “armonizzazione”, quindi si può ritenere che vi sia un criterio sempre più *soft* nella regolamentazione della dimensione sociale.

Comunque il punto più critico concerne la mancata previsione di un organismo di controllo; se è vero,

¹⁰⁴ Ai sensi, infatti dell'art. 5, par. 1: «*Gli stati membri coordinano le loro politiche economiche nell'ambito dell'Unione. A tal fine il Consiglio adotta delle misure, in particolare gli indirizzi di massima per dette politiche*». Al par. 2 si prevede che: «*L'Unione prende misure per assicurare il coordinamento delle politiche occupazionali degli Stati membri, in particolare definendo gli orientamenti per dette politiche*».

infatti, che l'art. 7 del Trattato prevede la possibilità che il Consiglio adotti sanzioni contro uno Stato membro che commetta una violazione grave e persistente dei valori di cui all'articolo 2 dello stesso Trattato¹⁰⁵, questa ipotesi riguarda i valori su cui si fonda l'Unione, ma non le violazioni della Carta; inoltre lo stesso meccanismo risulta essere piuttosto macchinoso e soprattutto lasciato all'iniziativa degli stati membri.

Non esiste, per la Carta, quindi, un organismo di controllo del rispetto di tali diritti se non in via giudiziale¹⁰⁶.

Il Consiglio europeo di Colonia del 1999 suggerì, in effetti, «di esaminare l'opportunità di creare un'Agenzia dell'Unione per i diritti umani e la

¹⁰⁵ Secondo l'art. 2, par.1: « Su proposta motivata di un terzo degli Stati membri, del Parlamento europeo o della Commissione europea, il Consiglio, deliberando alla maggioranza dei quattro quinti dei suoi membri previa approvazione del Parlamento europeo, può constatare che esiste un evidente rischio di violazione grave da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2. Prima di procedere a tale constatazione il Consiglio ascolta lo Stato membro in questione e può rivolgergli delle raccomandazioni, deliberando secondo la stessa procedura».

¹⁰⁶ Aderendo alla visione kelseniana, secondo cui non si concede un diritto senza la possibilità di andare in giudizio per reclamarne la difesa, in quanto il diritto soggettivo non consiste nell'interesse presunto, ma nel «potere giuridico di far valere l'inadempimento di un dovere giuridico mediante un'azione giudiziaria» in H. Kelsen, *La dottrina pura del diritto*, Einaudi, Torino, 1966, pag. 159. Al contrario secondo Ferrajoli un diritto senza garanzie non è un non-diritto, ma un diritto negato, in L. Ferrajoli, *Diritti fondamentali*, cit., pagg. 26-33.

democrazia», ma la Commissione europea ritenne non necessaria la costituzione di tale Agenzia, in quanto il volume di informazioni già disponibile risultava più che sufficiente¹⁰⁷. Soltanto nel 2003 il Consiglio europeo di Bruxelles pensò di trasformare l'Osservatorio europeo dei fenomeni di razzismo e xenofobia in un'Agenzia dei diritti umani deputata a raccogliere e analizzare i dati per definire la politica dell'Unione in questo settore.¹⁰⁸

Con la Risoluzione del 26 maggio 2005 il Parlamento ha chiesto alla Commissione di formulare una proposta legislativa per l'istituzione dell'Agenzia, evidenziando che la creazione della stessa avrebbe dovuto contribuire a rafforzare la fiducia reciproca fra gli Stati membri e costituire una garanzia di rispetto dei principi enunciati negli artt. 6 e 7 del Trattato sull'Unione.

Con il Regolamento (CE, n. 168/2007), adottato il 15 febbraio 2007 dal Consiglio, è stata, in effetti, istituita l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali¹⁰⁹.

In tale regolamento viene, però limitata la funzione di questo organo, stabilendo che compito dell'Agenzia è quello di fornire “assistenza e consulenza” e non già di esercitare un controllo, ma, soprattutto, che tale funzione è limitata all'attuazione del diritto

¹⁰⁷ COM/2001/252 def.

¹⁰⁸ Per approfondimenti vedasi: E. Paciotti, *L'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali*, Lezioni fondazione Basso in www.europeanright.it

¹⁰⁹ Regolamento n.168/2007 del 15 febbraio 2007 che istituisce l'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, in GUUE L 53 del 22 febbraio 2007, pagg. 1-14.

comunitario. Inoltre, ai sensi dell'art. 5 dello stesso Regolamento, i settori tematici dell'attività dell'Agenzia sono definiti in un piano quinquennale deliberato dal Consiglio. Ciò limita molto il campo di competenza di tale organismo, già di per sé limitato nei poteri conferiti, in quanto sono i governi degli Stati membri a stabilire di volta in volta i settori di pertinenza dell'Agenzia¹¹⁰. Tutto ciò sembra in contrapposizione con il rilievo che nel nuovo Trattato si è inteso dare alla protezione dei diritti fondamentali.

In conclusione, il Trattato mostra poche e non significative novità nel campo delle politiche occupazionali e sociali e delle relative competenze, con conseguenti carenze per quanto riguarda il livello di integrazione della Carta nel complessivo quadro istituzionale previsto dal Trattato di Lisbona.

A tal proposito, tuttavia, vi è chi sostiene che tali lacune possano essere colmate attraverso l'attivismo della Corte di giustizia¹¹¹ la quale, tramite alcuni principi, avrebbe già da tempo condizionato l'evoluzione dell'ordinamento dell'Unione andando, a volte, al di là della rigorosa delimitazione delle

¹¹⁰ In occasione, infatti, dell'approvazione del primo quadro pluriennale approvato con decisione del Consiglio del 28 febbraio 2008, il Parlamento europeo ed il Consiglio di amministrazione dell'Agenzia avevano proposto di prevedere fra i settori tematici di competenza dell'Agenzia nel quinquennio 2007-2012 anche i diritti sociali, che interferiscano con la disciplina del mercato interno, ma il Consiglio li ha esclusi.

¹¹¹ 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.

competenze delle istituzioni europee in materia sociale. Anche le storie degli stati federali, secondo Marta Cartabia¹¹² «narrano di una forza di pressione considerevole che i diritti tendono ad esplicitare sul riparto della competenze, chiaramente a favore di un movimento centripeto».

A conferma di questa “interferenza tra i diritti e i principi sanciti dalla Carta e le politiche europee e nazionali in materia sociale” si può citare una recente pronuncia della Corte di Giustizia nella causa *Seda Küçükdeveci*¹¹³. In essa non solo vi sarebbe un richiamo esplicito all’art. 6 del nuovo TUE, ma riveste particolare importanza la decisione finale cui giunge la Corte secondo la quale la normativa tedesca in materia di licenziamento risulterebbe in contrasto con il diritto europeo antidiscriminatorio (per età); in tale materia, tuttavia, l’art. 153, par. 4 TFUE, prevede una competenza da esercitarsi all’unanimità e, al momento non è stata regolamentata da fonti secondarie di diritto europeo. L’art. 30 della Carta, invece, prevede il principio della tutela contro il licenziamento illegittimo, ma tale norma non è stata richiamata nella motivazione dalla Corte, aprendo così uno spiraglio ad un «ampio canale di comunicazione tra politiche, competenze di fatto e diritti, che sarà probabilmente allargato e

¹¹² M. Cartabia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. Verso nuovi equilibri?* Giorn. dir. amm., 2010, pag. 22.

¹¹³ Sentenza Corte di Giustizia, C-555/07, *Seda Küçükdeveci*, 19 gennaio 2010, punto 22: «Va del pari rilevato che l’art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati [...]» in Racc., 2010, pag. 365.

consolidato dal nuovo status giuridico della Carta»¹¹⁴.

Insomma l'effettività dei diritti sociali, enucleati dalla Carta di Nizza ed inseriti nel diritto comunitario, sembra essere affidata all'opera della Corte di Giustizia quale essa stessa si è definita, nella Causa C-236/09, come Corte costituzionale del diritto dell'Unione europea.

6 - L'applicazione della Carta di Nizza da parte della Corte di Giustizia dell'UE prima del Trattato di Lisbona

Già prima della definitiva incorporazione nel Trattato, i primi ad utilizzare la Carta furono gli avvocati generali nelle loro conclusioni¹¹⁵; il primo riferimento che troviamo, infatti, è stato fatto dall'Avvocato Generale Léger nella causa *TNT Traco*¹¹⁶ in cui si richiama l'art. 36 della Carta sull'accesso ai servizi d'interesse economico e sociale ai fini dell'interpretazione dell'ex articolo 90, paragrafo 2, CE, (ora art.106 TFUE) secondo il quale le imprese

¹¹⁴ A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti*, op. cit

¹¹⁵ Per maggiori approfondimenti si rinvia a M. Melloni "Il Trattato di Lisbona e la Carta di Nizza – L'introduzione nel diritto comunitario dei principi e dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della CEDU- Le prime applicazioni da parte della Corte di Giustizia dell'UE" in www.europeanrights.eu.

¹¹⁶ Sentenza della Corte di Giustizia del 17 maggio 2001 Causa C-340/99, *TNT Traco SpA e Poste Italiane SpA, già Ente Poste Italiane, e altri*.

incaricate della gestione di servizi d'interesse economico generale o aventi carattere di monopolio sono sottoposte alle norme dei trattati, ed in particolare alle regole di concorrenza, nei limiti in cui l'applicazione di tali norme non osti all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione loro affidata.

Anche nella causa *Bectu*¹¹⁷ che verteva sulla legittimità di alcune disposizioni nazionali inglesi sull'orario di lavoro rispetto alla direttiva 89/391/CEE, concernente l'attuazione di misure volte a promuovere il miglioramento della sicurezza e della salute dei lavoratori durante il lavoro, l'AG Tizzano nelle sue conclusioni disse chiaramente che: *«in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale [e cioè il diritto alle ferie annuali che è un diritto sociale fondamentale in quanto espressione del diritto di lavoro a condizioni eque e giuste] non si possono ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori – Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche, della scena comunitaria. [...] Ancor più significativo, peraltro, mi pare il fatto che detto diritto trovi oggi una solenne conferma nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000 dal Parlamento europeo, dal*

¹¹⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 26 giugno 2001 Causa C-173/99, *The Queen contro Secretary of State for Trade and Industry, ex parte Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)*.

Consiglio e dalla Commissione dopo essere stata approvata dai Capi di Stato e di governo degli Stati membri, spesso su espresso e specifico mandato dei Parlamenti nazionali. All'art. 31, n. 2, la Carta dichiara infatti che: «Ogni lavoratore ha diritto ad una limitazione della durata massima del lavoro e a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite». Tale enunciazione, per espressa affermazione del Presidium della Convenzione che ha elaborato la Carta, da un lato si è ispirata proprio all'art. 2 della Carta sociale europea e al punto 8 della Carta comunitaria dei diritti dei lavoratori, dall'altro ha tenuto debito «conto della direttiva 93/104/CE concernente taluni aspetti dell'organizzazione del tempo di lavoro» . [...]Credo quindi che in un giudizio che verte sulla natura e sulla portata di un diritto fondamentale non si possano ignorare le pertinenti enunciazioni della Carta, né soprattutto se ne possa ignorare l'evidente vocazione a fungere, quando le sue disposizioni lo consentono, da sostanziale parametro di riferimento per tutti gli attori - Stati membri, istituzioni, persone fisiche e giuridiche - della scena comunitaria. In questo senso, quindi, ritengo che la Carta ci fornisca la più qualificata e definitiva conferma della natura di diritto fondamentale che riveste il diritto a ferie annuali retribuite.»

Dopo gli Avvocati anche il Tribunale di prima istanza della CE ha invocato la Carta di Nizza, per la prima volta nella sentenza *Max Mobil/Commissione*¹¹⁸

¹¹⁸ Sentenza del Tribunale delle Comunità europee del 30 gennaio 2002 Causa T-54/99, *Max.mobil Telekommunikation*

riguardante una denuncia d'abuso di posizione dominante nel mercato della telefonia mobile.

In particolare il Tribunale ha rammentato che la Commissione ha sempre l'obbligo d'effettuare un esame diligente e imparziale di una denuncia da parte di un singolo e che tale obbligo trova espressione nel diritto ad una buona amministrazione sancito all'art. 41, paragrafo 1, della Carta: *«ogni individuo ha diritto a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni e dagli organi dell'Unione»*.

Inoltre l'obbligo di effettuare un tale esame da parte della Commissione non può sottrarsi ad ogni forma di sindacato giurisdizionale che il singolo è libero d'invocare e che tale sindacato *«rientra [...] nei principi generali dello Stato di diritto comuni alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, come è confermato dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali, il quale prevede che ogni individuo i cui diritti garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto ad un ricorso effettivo dinanzi ad un giudice.»*

Nella causa *Jégo-Quéré*¹¹⁹ il Tribunale oltre ad aver invocato l'articolo 47 della Carta di Nizza, sul diritto

Service GmbH contro Commissione delle Comunità europee, paragrafi 48 e segg.

¹¹⁹ Sentenza del Tribunale delle Comunità europee del 3 maggio 2002, T-177/01, *Jégo-Quéré & Cie SA contro Commissione delle Comunità europee*. Cfr. in particolare il paragrafo 47 della causa T-177/01; si deve, tuttavia, precisare che la Corte ha annullato tale decisione, con la sentenza C-263/02, condannando l'interpretazione estensiva del

ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale, ha fatto anche riferimento agli art. 6 della C.E.D.U. sul diritto ad un processo equo, ed all'art. 13 della stessa C.E.D.U. sul diritto ad un ricorso effettivo, per sostenere una modifica in senso ampliativo delle condizioni di ricevibilità dei ricorsi in annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche.

Anche la Corte cita la Carta di Nizza nelle proprie sentenze; nella sentenza *Parlamento europeo/Consiglio*¹²⁰, in cui il Parlamento chiedeva l'annullamento di alcune disposizioni della direttiva 2003/86/CE, relativa al diritto al ricongiungimento familiare, la Corte cita la Carta perché tali disposizioni non rispettavano i diritti fondamentali ed in particolare il diritto alla vita familiare e il diritto di non discriminazione; tuttavia la citazione riguarda solo gli obiettivi che la Carta si prefigge di raggiungere, come emerge dal suo Preambolo, ma non fa alcun riferimento normativo alle disposizioni della Carta.

Nella sentenza *Unibet*¹²¹ riguardante una controversia sulle scommesse, la Corte fa, invece esplicito richiamo all'art. 47 della Carta sul diritto ad un ricorso effettivo e a un giudice imparziale.

Oggi, dopo circa tre anni dalla obbligatorietà giuridica della Carta, è possibile fare un primo

Tribunale sulle condizioni di ricevibilità dei ricorsi in annullamento presentati da persone fisiche e giuridiche.

¹²⁰ Sentenza della Corte di Giustizia del 27 giugno 2006, Causa C-540/03, *Parlamento europeo contro Consiglio dell'Unione europea*, paragrafo 38.

¹²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 13 marzo 2007, C-432/05, *Unibet (London) Ltd, Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern*, si vedano i paragrafi 37 e 38.

raffronto dei singoli diritti con riferimento alle sentenze della Corte di giustizia¹²². Da tale confronto, come si avrà modo di evidenziare nel capitolo seguente, emerge che il ruolo svolto dalla Corte è indubbiamente cruciale, perché ad essa spetta l'interpretazione di ultima istanza della *higher law* sovranazionale.¹²³

¹²² Le sentenze della Corte di giustizia che hanno richiamato la Carta esplicitamente sono circa 70 oltre alle decisioni emesse dal Tribunale di prima istanza e le conclusioni degli Avvocati generali. Per maggiori approfondimenti in tal senso si rinvia a G. Bronzini, *Happy birthday: il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in W.P., Massimo D'Antona, Collective volumes n. 1/2011 (a cura di B. Caruso e M. Militello), *I diritti sociali tra costituzione italiana e ordinamento europeo: il ruolo della giurisprudenza multilivello*.

¹²³ Cfr. G. Bronzini, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine "costituzionale" per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, Atti del I Workshop in Diritto dell'Unione europea e internazionale, E. Falletti, V. Piccone (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Aracne, Roma, cit., pag. 35 e segg.

CAPITOLO III

I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali

1 - Il principio di uguaglianza e di non discriminazione. 2 - La libertà sindacale, il diritto di sciopero e la negoziazione collettiva. 2.1- La proposta di regolamento Monti II. 3 - Il diritto al lavoro. 3.1 - La tutela contro il licenziamento ingiustificato. 3.2 - Il contratto a termine. 4 - I diritti di assistenza e sicurezza sociale.

1 - Il principio di uguaglianza e di non discriminazione

La nostra analisi, finora, ha portato ad evidenziare il ruolo fondamentale che ha svolto, e continua a svolgere, la Corte di giustizia nell'implementazione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea; tuttavia, ora, allo scopo di chiarire la loro portata effettiva, occorre effettuare un raffronto tra i diritti tutelati dalla Carta, mettendoli in relazione con il riconoscimento effettivo che hanno avuto nell'ordinamento interno e comunitario.

Uno dei principi fondamentali nell'ambito del diritto comunitario delle origini è sicuramente il principio di

uguaglianza quale principio polisemantico¹²⁴ che, in mancanza di espliciti riferimenti normativi e costituzionali, ha trovato diffusione grazie all'opera "creativa" della Corte di giustizia e che ha, successivamente alimentato i trattati successivi secondo un percorso inverso rispetto agli ordinamenti nazionali. Si tratta, inoltre, di uno degli ambiti ove la protezione giurisprudenziale multilivello dei diritti fondamentali è di maggiore evidenza rappresentando, come vedremo, uno dei fulcri su cui si basa la tutela dei diritti sociali dei lavoratori all'interno dell'Unione europea.

La codificazione del principio di uguaglianza in ambito europeo, a differenza del nostro ordinamento, è avvenuto abbastanza tardi costituendo, in effetti, nient'altro che la trasposizione di un principio ormai acquisito dall'ordinamento grazie all'attività "creativa" della Corte. All'art. 20 della Carta, rubricato sotto il titolo III, dedicato appunto all'uguaglianza, si trova, infatti, dichiarato che tutte le persone sono uguali davanti alla legge e nelle spiegazioni della Carta si dice che questo articolo corrisponde al «*principio generale di diritto che figura in tutte le costituzioni europee*»¹²⁵; inoltre è

¹²⁴ Per maggiori approfondimenti si rinvia a: T. Vettor, *Uguaglianza e Diritto del lavoro*, e P. Caretti, *Uguaglianza e Diritto comunitario*, in "Le Ragioni dell'Uguaglianza", Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano Bicocca, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Giuffrè, 2009, pag.199 e segg.

¹²⁵ Il diritto ad essere tutelati contro le discriminazioni, in effetti, costituisce un diritto universale di tutti gli individui riconosciuto dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, dalla Convenzione delle Nazioni Unite

stato sancito dalla Corte come uno dei «*principi fondamentali del diritto comunitario*». In effetti tale concetto, inteso nel senso che è vietato trattare in maniera diversa situazioni analoghe e in maniera uguale situazioni diverse, senza una giustificazione obiettiva ed esteso a tutte le persone¹²⁶, è stato ritenuto dalla Corte di giustizia, già negli anni '70, come facente parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri; infatti esso era accolto dalla dottrina e giurisprudenza dei singoli stati membri, e, di conseguenza, veniva considerato principio del diritto comunitario.

Una delle prime affermazioni in tal senso, come già visto in precedenza, si può rinvenire nella sentenza *Stauder*¹²⁷ nella quale la Corte, dovendo decidere della legittimità di un'interpretazione di una decisione della Commissione che risulta non omogenea nei vari Stati a causa delle differenze terminologiche, ha affermato che una decisione, quando sia destinata a tutti gli Stati membri, debba essere applicata ed interpretata in maniera uniforme, utilizzando il

sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione nei confronti della donna, dai Patti delle Nazioni Unite relativi ai diritti civili e politici e ai diritti economici e sociali e, successivamente, dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali.

¹²⁶ È stato giustamente notato che l'eguaglianza, di cui all'art. 20, non riguarda i soli cittadini comunitari ma "tutte le persone", ampliando così l'estensione soggettiva del precetto rispetto quanto di solito previsto nelle costituzioni degli Stati membri. A tal proposito cfr. S. Borelli, *Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali*, Taranto, 2009, pag. 243 e segg.

¹²⁷ Si rinvia alla nota n. 26 del Cap. I.

canone della ragionevolezza applicato in base alla *ratio legis*.

Come abbiamo visto, poi, con le successive sentenze *Nold, Rutili e Washauf*, la Corte inizia, in materia di diritti fondamentali, a far riferimento alle tradizioni costituzionali comuni ed ai Trattati cui gli Stati membri hanno aderito, in particolare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

In effetti, prima degli anni '70, essa non aveva dato molta importanza alla tutela dei diritti fondamentali, poiché il suo cruccio, in quel determinato periodo storico, era quello di affermare l'unità dell'ordinamento comunitario, la sua autonomia e la sua superiorità rispetto agli ordinamenti nazionali; un eventuale riferimento alle costituzioni degli Stati membri avrebbe potuto essere percepito come un segnale di subordinazione del sistema comunitario a quello nazionale. Inoltre il ruolo di tutela, nell'ambito dei trattati originari, doveva essere affidato alle Costituzioni nazionali e ai rispettivi giudici, per cui «il vuoto *dei trattati* non era un vuoto di *tutela* [...]»¹²⁸.

Quando, però, le Corti nazionali cominciarono a rivolgersi alla Corte di giustizia per chiedere il riesame degli atti comunitari per violazione dei diritti fondamentali contenuti nelle Carte costituzionali dei singoli stati, allora la Corte cambiò decisamente parere.

¹²⁸ M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, Bologna, 2007, pag.18.

Il percorso della Corte di giustizia appena descritto, porta a far coincidere l'individuazione del principio di eguaglianza, come principio del diritto comunitario, con l'origine della tutela dei diritti fondamentali. Esso, infatti, è uno dei principi più importanti espressi dagli ordinamenti costituzionali nazionali e, quindi, è quello dotato di maggior forza.

Tale principio è stato utilizzato, soprattutto all'inizio, per garantire un sindacato minimo di ragionevolezza degli atti legislativi dell'allora comunità europea, costruito sulla base di principi interni e non ricavati dagli ordinamenti degli Stati membri; in tal modo il principio di eguaglianza è stato il "cavallo di Troia" attraverso il quale si è riusciti a far penetrare la tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'ordinamento europeo.

La via seguita, però, è stata inversa rispetto a quella dei singoli ordinamenti in quanto è dallo sviluppo della normativa antidiscriminatoria che si è dedotto il principio di eguaglianza «*come espressione di un principio generale del diritto comunitario, che esiste indipendentemente dalle direttive ed in particolare dai comportamenti attuativi e/o omissivi degli Stati membri*»¹²⁹. Nella sentenza *Mangold*¹³⁰, ad esempio, la Corte dice che «*il principio di non discriminazione in ragione dell'età deve pertanto essere considerato un principio generale del diritto comunitario [...]*», da cui sembra dedurre che i divieti di

¹²⁹ L. Curcio, A. Guariso, *Articolo 21. Non discriminazione*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti*, op. cit.

¹³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, C- 144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*.

discriminazione, in quanto specificazione di un principio di eguaglianza che esiste indipendentemente dalle direttive, vivono di una vita propria che prescinde dai comportamenti degli Stati e dall'assetto presente e futuro delle competenze¹³¹.

Anche nelle sentenze *EARL*¹³² e *Karlsson*¹³³ relative alla politica agricola comune, o, ad esempio, nella sentenza *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri*¹³⁴, relativa al divieto di discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori a tempo indeterminato (tra l'altro tali sentenze sono citate dalla Spiegazione della Carta di Nizza), i giudici comunitari hanno ribadito che i divieti contenuti nel Trattato e nella legislazione derivata sono l'espressione di un principio generale di uguaglianza per il quale situazioni analoghe vanno trattate allo stesso modo a meno che non sia "ragionevole" che vi sia una differenza di trattamento. Il riferimento fatto è ad un "principio generale di uguaglianza", utilizzato come "livello minimale" del sindacato di ragionevolezza, ma non vi si trova mai la spinta ulteriore, com'è stato giustamente evidenziato¹³⁵, ad

¹³¹ M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2002, pag. XLIII.

¹³² Sentenza della Corte di giustizia del 17 aprile 1997, causa C-15/95.

¹³³ Sentenza della Corte di giustizia del 13 aprile 2000, causa C-292/97.

¹³⁴ Sentenza della Corte di giustizia 15 aprile 2008, causa C-268/06.

¹³⁵ Secondo alcuni autori «*La tutela dei diritti fondamentali nella Comunità risulta fortemente condizionata dagli obiettivi generali dell'integrazione europea, e dunque in*

utilizzarlo per sindacare fino in fondo la razionalità e quindi la legittimità degli atti comunitari.

La Corte ritiene, cioè, che il principio generale di uguaglianza rientri nel novero dei diritti fondamentali che costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, ma che esso vincoli gli Stati membri allorché la situazione nazionale di cui trattasi nella causa principale rientri nell'ambito di applicazione del diritto comunitario¹³⁶.

In questo modo, è stato notato, che l'eguaglianza ha finito per favorire l'integrazione economica, più che avere funzione redistributiva, e ciò in ragione del fatto che il controllo di ragionevolezza viene influenzato «dai valori, dai principi e dagli scopi fondamentali dell'ordinamento all'interno del quale esso si compie (che forniscono i parametri di giudizio ai quali il giudice ancora le sue decisioni) [...]».¹³⁷

Come si può notare emergono anche in questo campo quelle asimmetrie economiche che fin dalle origini hanno caratterizzato la comunità europea.

Infatti, il principio di uguaglianza, aveva sì trovato un primo riconoscimento nel Trattato di Roma del 1957

*primo luogo a quelle connesse alla realizzazione del mercato comune. L'impressione è che nelle valutazioni assiologiche della Corte di giustizia le esigenze della integrazione economica europea predominino su quelle dei diritti fondamentali»; cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, pag. 42.*

¹³⁶ Cfr. Sentenza Corte di giustizia, 11 luglio 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA*.

¹³⁷ M. Barbera, *Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, fasc. 99-100, pag. 406 e segg.

con il divieto di discriminazione per nazionalità e l'obbligo di parità retributiva uomo-donna a parità di lavoro (art. 119 Trattato CEE)¹³⁸, ma con una finalità economica, quale strumento per soddisfare la necessità di buon funzionamento del mercato; l'esigenza sottesa, era, in realtà, quella di eliminare le distorsioni della concorrenza in un mercato che ambiva ad essere integrato, mentre non era previsto alcun intervento positivo che avesse come obiettivo l'eliminazione delle diseguaglianze. Si tratta quindi, dell'enunciazione di un principio di uguaglianza formale, anche se tale articolo viene considerato un' "oasi sociale"¹³⁹ poiché si tratta dell'unica norma in materia sociale che, a differenza delle altre che indicano solo degli impegni da assumere, rivestiva un carattere imperativo.

Solo a partire dalla direttiva n. 76/207/CEE sul divieto di discriminazione fondata sul sesso, si

¹³⁸ La Corte di giustizia, nella sentenza dell'8 aprile 1976, *Defrenne c. Sabena*, causa 43/75 aveva dichiarato, tuttavia, che «l'art. 119 rientrava, a pieno titolo, negli scopi sociali della Comunità dato che questo non si limitava soltanto a realizzare un'unità economica ma doveva garantire, al tempo stesso, mediante un'azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei popoli europei»; inoltre aveva chiarito che tale articolo ha effetti diretti, pertanto può essere fatto valere dinanzi ai giudici nazionali dai singoli, nel caso di discriminazioni che traggono direttamente origine da norme di legge o da contratti collettivi di lavoro, come pure nel caso di retribuzione diversa di lavoratrici e lavoratori per lo stesso lavoro svolto nella stessa azienda o ufficio, privato o pubblico.

¹³⁹ M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità Europea*, Padova, 2002, pag. 203 e seg.

registra un orientamento della Corte di giustizia favorevole verso le azioni destinate a ristabilire l'uguaglianza delle opportunità. Ma una vera e propria novità è stato l'inserimento nel Trattato dell'art. 13 (ora art. 19 TFUE)¹⁴⁰ poiché esso ha rappresentato un'espansione del principio di eguaglianza attraverso il rafforzamento degli strumenti che la Comunità possiede per promuovere e garantire i diritti fondamentali. Grazie a tale articolo sono state emanate, nel 2000, sia la direttiva n.43 che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, che la direttiva n. 78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro attraverso la previsione del divieto di discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.

Con Amsterdam, il principio di parità è stato introdotto, all'art.2 TCE, tra le missioni della Comunità europea venendo ad assumere una dimensione trasversale, applicabile a tutte le politiche comunitarie (art. 3 par. 2 TCE) ed, inoltre, è stata prevista una base giuridica per l'adozione, da parte delle istituzioni comunitarie, di provvedimenti diretti

¹⁴⁰ L'articolo 13 (ora art. 19 TFUE) stabilisce che «*Fatte salve le altre disposizioni del presente trattato e nell'ambito delle competenze da esso conferite alla Comunità, il Consiglio, deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali*».

a combattere le discriminazioni fondate sul sesso (art. 19 TCE). La norma sulla parità di retribuzione è stata, poi, integrata con la previsione di azioni positive volte a garantire un'eguaglianza reale introdotta nell'art. 141, dal co. 4, secondo il quale *«allo scopo di assicurare l'effettiva e completa parità tra uomini e donne nella vita lavorativa, il principio della parità di trattamento non osta a che uno Stato membro mantenga o adotti misure che prevedano vantaggi specifici diretti a facilitare l'esercizio di un'attività professionale da parte del sesso sottorappresentato ovvero a evitare o compensare svantaggi nelle carriere professionali»*.

Successivamente, con la riforma di Lisbona, la parità tra donne e uomini è stata considerata come uno dei cinque valori su cui si fonda l'Unione europea (art. 2 TUE), e che la stessa Unione promuove nelle sue azioni (art. 3 TUE e art. 8 TFUE).

La Commissione europea, come previsto dal Trattato di Amsterdam, ha adottato una strategia basata, da un lato sull'integrazione della dimensione di genere in tutte le politiche ed azioni comunitarie, dall'altro prevedendo misure specifiche a favore delle donne per eliminare le ineguaglianze strutturali. Ad essa è seguita la Strategia per l'uguaglianza tra donne e uomini (2010-2015) che ha confermato le cinque priorità tematiche: pari indipendenza economica, pari retribuzione per lo stesso lavoro o per un lavoro di pari valore, parità nel processo decisionale, dignità, integrità e fine della violenza sulla donne, parità tra donne e uomini nelle azioni esterne. Inoltre con il Patto europeo per l'uguaglianza di genere del Consiglio per il periodo 2011-2020 gli Stati membri si sono impegnati a ridurre la differenza tra i sessi nel

lavoro, nell'educazione e nella protezione sociale, a conciliare la vita lavorativa con quella familiare, migliorando l'offerta di servizi per l'infanzia e introducendo modalità di lavoro flessibili, a promuovere la partecipazione delle donne ai processi decisionali e, soprattutto, a lottare contro ogni forma di violenza contro le donne.

Nella Carta di Nizza, il principio di uguaglianza è codificato all'art.20¹⁴¹, mentre il divieto di discriminazione è contenuto nell'art. 21¹⁴² e riguarda la discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, oltre che la discriminazione fondata sulla cittadinanza. Tale norma si ispira sia all'art.13 del Trattato della

¹⁴¹ L'art. 20, rubricato "Uguaglianza davanti alla legge", stabilisce che «*Tutte le persone sono uguali davanti alla legge*».

¹⁴² L'art. 21 sotto il titolo di "Non discriminazione", recita: «1. *È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali.* 2. *Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea è vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi*».

Comunità Europea (oggi art. 19TFUE) che all'art.14 della CEDU.

Tuttavia, com'è stato evidenziato¹⁴³, la disposizione della Carta di Nizza, è profondamente diversa da quella del Trattato poiché essa prevede un divieto di discriminazione che pone “un obbligo negativo incondizionato e generalizzato”. Nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, inoltre, è stato esplicitamente recepito, l'articolo 14 CEDU; tuttavia, mentre quest'ultimo contiene un'elencazione che riveste un carattere esemplificativo, in quanto vi è il riferimento a “ogni altra condizione” che si potrebbe riferire non soltanto alle altre condizioni personali, ma estendersi anche alle condizioni sociali, dando vita in tal modo ad un divieto di discriminazione generale, nella Carta, invece, è stato aggiunto solo l'inciso “in particolare”. D'altro canto, come è stato sostenuto, «*dal momento che la Convenzione è stata definita come strumento vivente, è probabile che, con il passare del tempo, altri fattori di discriminazione acquistino rilevanza e siano [...] ricompresi nella tutela offerta dall'art. 14*»¹⁴⁴. D'altra parte, fino a poco tempo fa, la Corte europea dei diritti dell'uomo era considerata la sola detentrica dell' “*human rights jurisdiction*”, mentre solo successivamente si è affiancata ad essa la Corte di giustizia.

¹⁴³ A. Celotto, *L'Europa dei diritti*, commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bologna, 2001.

¹⁴⁴ Cfr. C. Danisi, *Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza*, in forumquadernnicostituzionali.it

Il rapporto tra i diritti fondamentali previsti nella Carta di Nizza, e la Convenzione, è ben sintetizzato dal co. 3 dell'art. 52 della Carta il quale prevede che quando la stessa “[...] *contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione*”, ferma restando la possibilità che “il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”. Il che equivale a dire i diritti previsti dalla CEDU rappresentano il livello minimo di tutela del diritto fondamentale che anche l'Unione deve garantire.

In dottrina si è sostenuto che attraverso il rapporto tra le due Corti si potrebbe creare un «indebolimento della costruzione di quel diritto uniforme europeo dei diritti fondamentali [...] che, nell'Europa allargata di Strasburgo, poggia sulla Corte europea dei diritti dell'uomo»¹⁴⁵. Ciò in effetti è accaduto in alcuni casi in cui il maggiore livello di tutela offerto dalla Corte di Strasburgo ad un diritto fondamentale non sia stato confermato dalla Corte di giustizia, ma non si trattava mai di casi in cui era in discussione un divieto di discriminazione.

Il problema che si pone, dopo l'entrata in vigore della Carta riguarda gli effetti che tali principi possono comportare nell'assetto delle competenze comunitarie; stante l'applicazione degli artt. 51 e 52 della Carta; ci si chiede, cioè, se i due principi di

¹⁴⁵ B. Conforti, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 2000, n. 2, pag. 424.

uguaglianza e non discriminazione possano essere invocati solo in una delle aree di competenza della Comunità e alle condizioni e nei limiti definiti dai trattati stessi. Il problema nasce dal fatto che l'uguaglianza è un principio generale che si sviluppa in modo trasversale in tutto l'ordinamento comunitario e, pertanto, come ipotizzato già nella citata sentenza *Mangold*, esso darebbe fondamento giuridico autonomo alla proibizione di tutte le discriminazioni fondate sull'età; in tal modo «*il controllo d'eguaglianza finirebbe così per assumere nell'ordinamento comunitario una latitudine simile a quella che riveste negli ordinamenti costituzionali nazionali rispetto a qualsiasi differenziazione normativa (sub specie di controllo di legalità diffuso), a prescindere dall'esclusione o dall'inclusione del criterio impiegato nella lista dei fattori espressi di discriminazione, e senza che rilevino la fonte o la natura delle competenze nel cui esercizio l'atto*»¹⁴⁶.

Dopo tale sentenza, la giurisprudenza della Corte ha avuto un andamento oscillante e incerto, probabilmente conscia, dell'importanza e dei rischi connessi ad una simile interpretazione, così come rilevato dall'Avvocato Generale (d'ora in poi AG) Geelhoed nella causa *Chacon Navas*¹⁴⁷ secondo cui: «*Si sarebbe creato un punto di Archimede in base al quale i divieti di discriminazione enumerati nell'art. 13 potrebbero essere utilizzati per correggere, senza l'intervento degli autori del Trattato o del legislatore*

¹⁴⁶ M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, Lezioni Fondazione Basso consultabile su www.fondazionebasso.it

¹⁴⁷ Si rinvia alla nota n.136

comunitario, le valutazioni fatte dagli Stati membri nell'esercizio delle competenze di cui – tuttora – dispongono (punto 54)»; esaminando, più che le singole decisioni, le opinioni espresse dagli Avvocati Generali nei casi *Palacios de la Villa*¹⁴⁸, *Coleman*¹⁴⁹, *Bartsch*¹⁵⁰ e *Küçükdeveci*¹⁵¹ si nota che esiste disaccordo sull'interpretazione del principio d'eguaglianza. La Corte, tuttavia, a parte quel tentativo fatto nel caso *Mangold*, non spintosi neanche così in fondo come abbiamo già sottolineato, non interviene più direttamente sul punto, anzi l'unica preoccupazione sembra essere quella di chiarire i limiti che la stessa Corte incontra nell'esercizio della sua funzione interpretativa.

Nel caso *Küçükdeveci* la domanda pregiudiziale sottoposta alla Corte riguardava la compatibilità di una norma nazionale tedesca, secondo cui i periodi di lavoro compiuti dal dipendente prima del raggiungimento del venticinquesimo anno di età non erano presi in considerazione ai fini del calcolo del termine di preavviso di licenziamento, con il principio di parità di trattamento.

Il giudice nazionale remittente rivolgendosi alla Corte chiede se l'obbligo di rispettare unicamente un termine di preavviso minimo nel caso di

¹⁴⁸ Sentenza Corte di giustizia del 16 ottobre 2007, Causa C-411/05.

¹⁴⁹ Sentenza Corte di giustizia del 17 luglio 2008, Causa C-303/06.

¹⁵⁰ Sentenza Corte di giustizia del 23 settembre 2008 Causa C-427/06.

¹⁵¹ Sentenza Corte di giustizia del 19 gennaio 2010, Causa C-555/07.

licenziamento di giovani dipendenti potesse ritenersi giustificato, da un lato, dall'interesse dei datori di lavoro ad una gestione flessibile del personale, e, dall'altro, dalla presunzione che i lavoratori più giovani siano dotati di maggiore mobilità personale e professionale rispetto a quelli anziani.

Ciò induce la Corte a compiere un'operazione di qualificazione della fattispecie valutando se l'eventuale esistenza di una discriminazione diretta connessa all'età debba essere esaminata sulla base del diritto primario dell'Unione come affermato in *Mangold*, ovvero, in alternativa, sulla base della direttiva 2000/78.

Viene poi posta un'ulteriore questione relativa alla necessità o meno di porre una questione pregiudiziale alla Corte di giustizia prima di disapplicare la normativa nazionale.

Sul primo punto, secondo la Corte, la direttiva 2000/78 «*non sancisce essa stessa il principio della parità di trattamento in materia di occupazione e di lavoro, principio che trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri*», ma «*ha il solo obiettivo di stabilire, in dette materie, un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate su diversi motivi, tra i quali rientra l'età*»; quindi la stessa, nel verificare la compatibilità comunitaria della norma nazionale controversa sulla base del «*principio generale di diritto dell'Unione vietante qualsiasi discriminazione in base all'età, come specificato dalla direttiva 2000/78*» richiama l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea quale fondamento “costituzionale” del principio di non discriminazione nell'ambito

dell'Unione europea, ricordando che: «l'art. 6, n. 1, TUE enuncia che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ha lo stesso valore giuridico dei trattati».

La Corte, quindi, richiama «il principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso concretamente dalla direttiva 2000/78», ponendo un rapporto reciproco tra il principio e la direttiva: il principio generale espresso nella direttiva fa sì che le prescrizioni della direttiva diventino diritto primario nella gerarchia delle fonti, con la possibilità di farle valere nei rapporti fra i privati; inoltre il richiamo alla direttiva rende possibile il sindacato sulla normativa nazionale in quanto rientra nell'ambito di applicazione del diritto comunitario e, dunque, rende efficace il principio di eguaglianza, oltre ad agevolarne l'attuazione.

Per quanto riguarda la c.d. “invocabilità di esclusione” delle direttive, interessanti, sono le conclusioni dell'Avvocato generale Bot che riguardano i possibili effetti, sul sistema di tutela “multilivello” dei diritti fondamentali, causati dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La Corte, secondo Bolt, in futuro sarà costretta a confrontarsi con il problema dell'invocabilità di direttive che garantiscono i diritti fondamentali nell'ambito di controversie tra singoli; quindi essa dovrebbe «riflettere fin da oggi se l'identificazione di diritti garantiti da direttive come costituenti dei diritti fondamentali permetta o meno di rafforzare l'invocabilità di questi nell'ambito di controversie tra singoli».

Egli ha parlato di tre “palliativi” necessari per far fronte alla mancanza di effetti orizzontali delle

direttive volti a salvaguardare «*i singoli che si ritengono lesi dall'omessa o dall'errata trasposizione di una direttiva*»¹⁵²; sarebbero rispettivamente costituiti dall'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno alla luce dello scopo della direttiva, dall'obbligo per gli Stati membri di risarcire i danni causati ai singoli dalla mancata attuazione della direttiva, ed infine, dal riconoscimento della c.d. "invocabilità di esclusione" delle direttive. In particolare quest'ultima ipotesi aderirebbe ad una delle due tesi invocate dagli Avvocati generali, secondo cui «*se le direttive non possono sostituire il diritto nazionale assente o incompleto per imporre direttamente obblighi in capo ai singoli, esse possono tuttavia essere fatte valere per disapplicare il diritto nazionale incompatibile*», obbligando il giudice nazionale ad applicare il «*diritto nazionale espurgato dalle disposizioni contrastanti con la direttiva per risolvere una controversia tra singoli*»¹⁵³.

L'AG Bolt aveva chiesto alla Corte di «*seguire un percorso più ambizioso in termini di lotta contro le discriminazioni*», ammettendo che «*una direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere*

¹⁵² È noto, infatti, che le direttive, possono imporre obblighi solo sugli Stati membri.

¹⁵³ Conclusioni *Küçükdeveci*, par. 63; per completezza bisogna riportare l'altra tesi della c.d. "invocabilità di sostituzione", delineata nelle Conclusioni dell'AG Léger dell'11 gennaio 2000, nella causa C-287/98, *Granducato del Lussemburgo c. Berthe Linster, Aloyse Linster e Yvonne Linster*, la quale implicherebbe «*la facoltà di una parte di avvalersi di una direttiva dinanzi al giudice nazionale in vece e luogo di una norma nazionale inesistente o non conforme alla direttiva*».

invocata nell'ambito di una controversia tra singoli al fine di disapplicare una normativa nazionale con essa incompatibile».

Questo effetto, però, secondo Bolt, avrebbe potuto essere raggiunto anche in modo più “soft” facendolo derivare dalla forza che il principio di uguaglianza e non discriminazione riveste nell'ordinamento comunitario, mettendo in connessione, quindi, l'effetto di esclusione delle direttive con l'esigenza di tutela dei diritti fondamentali nelle controversie tra singoli¹⁵⁴.

La Corte, com'è noto, non ha seguito la strada indicata dall'AG preferendo ricorrere alla tesi dell'efficacia immediata del principio generale dell'ordinamento comunitario, derivante dall'art. 4 del TUE che disciplina il principio di leale collaborazione da parte delle autorità giudiziarie nazionali¹⁵⁵; di conseguenza il giudice nazionale nel dirimere una controversia tra privati ha il compito di garantire il rispetto del diritto dell'Unione disapplicando qualsiasi disposizione della normativa nazionale che risulti contraria ad esso.

La Corte, in linea di continuità con il nuovo corso della normativa antidiscriminatoria, con la sentenza Coleman¹⁵⁶, successivamente, si è spinta oltre dimostrando di adottare soluzioni coraggiose.

¹⁵⁴ Cfr. Conclusioni *Küçükdeveci*, par. 70.

¹⁵⁵ Ai sensi dell'art. 4 TUE, il principio di leale collaborazione prevede l'obbligo per le autorità nazionali di adottare «ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione».

¹⁵⁶ Sentenza Corte di giustizia del 17 luglio 2008, Causa C-303/06, *Coleman Contro Attridge Law e Steve Law*.

Tale sentenza trae origine da una controversia riguardante il licenziamento subito dalla signora Coleman per motivi riconducibili alla cura del figlio disabile, e riconosciuto ingiusto dallo stesso datore di lavoro il quale si era subito offerto di risarcire la lavoratrice, la quale, tuttavia, aveva adito la corte nazionale volendo godere della tutela più ampia riconosciuta dal *Disability Discrimination Act*. I giudici nazionali hanno sollevato la questione davanti alla Corte di giustizia chiedendo se è possibile considerare tale licenziamento come frutto di una discriminazione fondata sull'handicap. Secondo la Corte, «[...] anche se in una situazione come quella di cui alla causa principale la persona oggetto di una discriminazione diretta fondata sulla disabilità non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire [...] il motivo del trattamento meno favorevole [...]. La direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali, si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art. 1».¹⁵⁷

Quello che si ritrova di innovativo in tale sentenza è il percorso argomentativo fatto dall'AG Maduro, che riconduce la tutela contro le discriminazioni a quella della dignità umana, infatti «[...] attribuendo valore all'uguaglianza e impegnandoci nella realizzazione dell'uguaglianza attraverso la legge, miriamo a sostenere la possibilità per ciascuno di condurre una

¹⁵⁷ Cfr. Sentenza *Coleman*, punto 50.

vita autonoma» e che «[...] prendere di mira direttamente una persona avente una particolare caratteristica non è l'unico modo di discriminarla» perché la «[...] dignità della persona avente una caratteristica sospetta è lesa tanto nel momento in cui viene discriminata direttamente quanto nel momento in cui vede qualcun altro patire una discriminazione per il semplice fatto di essere in rapporto con lei».

Il ragionamento fatto dall'AG non menziona direttamente la Carta di Nizza, ma fa riferimento, come si è detto, alla dignità umana che è un diritto assoluto indicato nel Preambolo della Carta come uno dei valori indivisibili ed universali su cui si fonda l'Unione. In questo modo *«l'eguaglianza è diventata un bene complesso e ricco di implicazioni politiche e morali e questo arricchimento di significato è destinato a ripercuotersi a cascata sugli ordinamenti degli Stati membri e sul dialogo fra giudici comunitari e giudici nazionali»¹⁵⁸.*

Com'è stato autorevolmente rilevato, in tal modo *« il principio di eguaglianza finisce per giocare anche nel processo di integrazione europea il ruolo che esso gioca di norma in tutti i sistemi politici multilivello, che è quello di spostare i confini delle competenze (e dunque di potere) fra centro e periferia, trasformandoli in confini mobili, e di estendere la giurisdizione delle corti chiamate a darvi applicazione (così rafforzando anche il potere giudiziario rispetto al potere politico). Ciò accade perché, come è stato già osservato, il principio di eguaglianza, è una “non materia”, è un meta-principio che taglia trasversalmente le sfere di*

¹⁵⁸ M. Barbera, *Eguaglianza e differenza*, op. cit., pag. 417

*competenza dell'Unione europea e degli Stati membri»*¹⁵⁹.

Ed il caso *Küçükdeveci* attraverso il richiamo di cui all'art. 21 della Carta sembra confermare proprio ciò. Se ci si sposta su un piano di operatività interna, certamente non è possibile effettuare un paragone tra quanto previsto nella nostra Costituzione all'art.3 e i corrispondenti articoli 20 e 21 della Carta di Nizza; il divario, in termini di efficacia giuridica, genericità dei contenuti e gerarchia dei valori, è sicuramente ampio e richiede un'analisi molto approfondita che non rientra nella tematica oggetto di questo elaborato; tuttavia si può asserire che, come sostiene la dottrina maggioritaria,¹⁶⁰ ogni confronto tra la Carta di Nizza e le esperienze costituzionali dei paesi membri sarebbe del tutto improprio perché il processo costituente dell'Europa dei diritti è una sperimentazione priva di precedenti, basti pensare alla forma di governo che è del tutto nuova e non assimilabile ad alcuna forma finora adottata. Si deve, quindi, pensare all'Unione europea come a qualcosa di nuovo per nulla equiparabile ad un ordinamento costituzionale nazionale. Per tale motivo un confronto letterale tra le diverse enunciazioni del principio di eguaglianza, non è possibile poiché individuerrebbe certamente delle mancanze nella Carta di Nizza e nel diritto UE in generale e ci farebbe considerare il livello di protezione offerto dall'ordinamento

¹⁵⁹ M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo "multilivello"*, op. cit.

¹⁶⁰ U. Romagnoli, *Verso l'Europa dei diritti di libertà: quale libertà?*, in *Eguaglianza & Libertà*, Rivista di critica sociale, maggio 2009, consultabile su www.eguaglianzaeliberta.it/articolo

sovranazionale inferiore rispetto a quello conosciuto dalla nostra Costituzione; ma se, invece, prendiamo atto di queste differenze tra l'ordinamento dell'Unione e quello dei singoli stati, certamente possiamo tentare di cogliere quel processo che è stato definito di *cross fertilization* fra le Corti che finirà per determinare, a sua volta, la valorizzazione di un principio di eguaglianza non nazionale né europeo, ma “trasversale”¹⁶¹.

Il principio di eguaglianza nel diritto comunitario, dunque, si differenzia da quello sancito dalla Costituzione italiana in quanto né il legislatore comunitario né la Corte di giustizia sono riusciti a sviluppare un principio di eguaglianza sostanziale equiparabile a quello contenuto nella nostra legge fondamentale; non ci si poteva aspettare, quindi, che la Carta di Nizza incorporasse un precetto nuovo e sconosciuto nella sua portata generale al diritto comunitario.

Una parte della dottrina, infatti, ha evidenziato tale carenza¹⁶², anche se vi sono disposizioni «*che mirano a rimuovere possibili diseguaglianze di fatto e a tutelare specificamente alcune categorie “deboli”*». Tuttavia, non ci si può fermare ad una lettura formale

¹⁶¹ M.G. Militello, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 77/2010.

¹⁶² A. Celotto, *Art. 20*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto, *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001; L. Ferrajoli, *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, in A. Galasso (a cura di), *Il principio di eguaglianza nella Costituzione europea. Diritti fondamentali e rispetto della diversità*, Milano, 2007.

della Carta che non tenga conto delle altre disposizioni contenute nella stessa, nelle direttive di diritto antidiscriminatorio e nei principi di diritto enucleati dalla Corte di giustizia. L'interpretazione, suggerita da altri, infatti, considera l'art. 20 della Carta in senso sistematico, per cui «*il principio di uguaglianza-obiettivo disegnato dalla Carta [...] non si limita a garantire la parità nei diritti fondamentali ma, da un lato rispetta e valorizza le differenze (artt. 21-26), dall'altro si oppone alle disuguaglianze e impone "di lottare contro la povertà e l'esclusione sociale" (art. 34)*»¹⁶³.

Se è vero, infatti, che l'assenza nella Carta di Nizza di un esplicito precetto di eguaglianza sostanziale è frutto di una precisa scelta, coerente con l'impostazione classica del Trattato e con le successive evoluzioni legislative che hanno sempre attribuito maggior peso all'eguaglianza formale attraverso i divieti di discriminazione, è pur vero che andando a leggere, ad esempio, l'art. 23, co. 2, secondo cui «*il principio della parità non osta al mantenimento o all'adozione di misure che prevedano vantaggi specifici a favore del sesso sottorappresentato*» oppure le altre disposizioni di cui all'art. 22, dedicate alla diversità culturale, religiosa e linguistica o, ancora, l'art. 25 sui diritti degli anziani ed il 26 sull'inserimento dei disabili, vi si riscontra comunque un approccio di tipo sostanziale e non soltanto formale.

¹⁶³ L. Ferrajoli, *Uguaglianza e non discriminazione nella Costituzione europea*, op. cit.; S. Borelli, *Art. 20. Uguaglianza di fronte alla legge*, op. cit.

2 - La libertà sindacale, il diritto di sciopero e la negoziazione collettiva.

Uno dei punti nevralgici della costruzione comunitaria è costituito dal rapporto esistente tra la regolazione statale del diritto di libertà sindacale e le norme che regolano la competenza e la libera circolazione all'interno dell'Unione europea.

Nella normazione primaria il Trattato, all'art. 137, n. 5, prevede che *«le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata»*; in tal modo si riconosce che la disciplina di tale materia risulta sottratta alla competenza del diritto comunitario.

Con il Trattato di Lisbona, pur mantenendo immutato l'art. 137, n. 5, tramite il rinvio operato dall'art.6 del TUE alla Carta dei diritti fondamentali, sembrava essersi realizzato un notevole passo avanti facendo acquisire all'art.28 della stessa Carta efficacia vincolante.

Secondo tale disposizione *«i lavoratori e i datori di lavoro, o le rispettive organizzazioni, hanno, conformemente al diritto dell'Unione 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»*.

Il diritto di negoziazione collettiva, così come lo sciopero, è quindi, formalmente garantito dal diritto

primario dell'U.E., tuttavia esso si trova a confrontarsi con le altre libertà fondamentali di natura economica, in particolare con la tutela della concorrenza (artt. 101 e segg. TFUE) e la libertà di circolazione (artt. 49 e 56 TFUE).

È quanto è emerso, ancor prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, nelle note vicende *Viking*¹⁶⁴ e *Laval*¹⁶⁵ portate all'attenzione della Corte di giustizia.

Nel primo caso, l'impresa finlandese Viking Line, esercente servizio di trasporto sulla rotta tra la Finlandia e l'Estonia, per non subire la concorrenza estone che riusciva, grazie a costi del lavoro inferiori, ad essere più competitiva, aveva tentato di immatricolare in Estonia uno dei propri traghetti al fine di poter concludere un contratto collettivo con il sindacato estone che implicasse l'opportunità di applicare retribuzioni e condizioni di lavoro inferiori rispetto a quelle garantite ai lavoratori finlandesi.

Dal canto loro tali lavoratori, che, oltre ad un peggioramento del loro trattamento economico e normativo, temevano di essere licenziati, avevano intrapreso un'azione di boicottaggio promossa dal sindacato finlandese che era riuscita a bloccare l'iniziativa della Viking Line, costringendola a raggiungere un accordo. Tuttavia per impedire che in futuro altre azioni di boicottaggio avrebbero potuto ostacolarla, la compagnia aveva promosso un'azione giudiziaria contro la Federazione internazionale dei

¹⁶⁴ Corte di giustizia, sentenza dell' 11 dicembre 2007, Causa C-438/05.

¹⁶⁵ Corte di giustizia sentenza del 18 dicembre 2007, Causa C-341/05.

lavoratori dei trasporti che aveva appoggiato il sindacato finlandese nell'opera di boicottaggio.

La Corte nel rispondere alle domande poste dal giudice inglese nel rinvio pregiudiziale, in primis, pur ammettendo che l'art. 137.5 TCE escluda espressamente la competenza dell'UE in materia di «diritto di sciopero» (oltre che di retribuzione, libertà di associazione sindacale e serrata), ne chiarisce il contenuto ritenendo che la norma ha lo scopo di impedire alle istituzioni comunitarie di legiferare in materia, ma ciò non significa che negli ordinamenti nazionali sia legittimo regolare ed esercitare il diritto di sciopero in maniera da violare i principi del diritto comunitario, che gli Stati devono sempre rispettare anche quando esercitano la loro sovranità.

Il problema della competenza, che anche la dottrina italiana ha evidenziato¹⁶⁶, viene superato dalla Corte sposando la tesi dell'A.G. Mengozzi, secondo cui *«anche accettando un'interpretazione dell'art. 137, n. 5, CE secondo la quale quest'ultimo comprenderebbe una riserva di competenza esclusiva degli Stati membri per quanto riguarda la disciplina del diritto di ricorre all'azione collettiva, tale disposizione non comporterebbe che, nell'ambito dell'esercizio di tale competenza, gli stati membri non debbano garantire il rispetto, sul loro territorio, delle libertà fondamentali di circolazione previste dal Trattato»*(punto n. 59) .

¹⁶⁶ In dottrina tale eccezione di incompetenza era stata efficacemente sostenuta da U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.117, 2008, pag. 148 e segg.

La Corte, anzi, non solo accoglie l'argomento dell'A.G., ma fa ricorso all'analogia (e seguirà lo stesso ragionamento anche nel caso *Laval* al punto n. 87) citando una serie di sentenze, nell'ambito della previdenza sociale, in cui essa aveva dato un'interpretazione simile; senonché, com'è stato rilevato da Carabelli se si va «*ad esaminare le sentenze richiamate dalla Corte «per analogia», ci si accorgerà che si era in presenza, in tutti i casi, di materie che non rientravano nella «competenza comunitaria» in applicazione del generale principio secondo cui «la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato» (art. 5, co. 1), e dunque per il semplice fatto che per esse non vi era stata espressa devoluzione di competenze alla Comunità. La situazione, invece, in relazione al diritto di sciopero, appare assai diversa, dato che in questo caso l'esclusione di competenza non deriva dal silenzio del Trattato, bensì dalla presenza di una chiara previsione del Trattato stesso, appunto l'art. 137, par. 5, che esplicitamente lo esclude dalla competenza regolativa della Comunità»¹⁶⁷.*

Nel successivo passaggio la Corte, andando ad applicare il suo giudizio di legittimità, non solo ammette che le norme del Trattato relative al funzionamento del mercato interno hanno un'«efficacia diretta orizzontale» e non esclusivamente «verticale», ma riconosce come diritto fondamentale dei lavoratori europei il diritto di azione sindacale, che comprende anche lo sciopero.

¹⁶⁷ U. Carabelli, op. cit

Tuttavia, successivamente, mutuando l'espressione di Zoppoli,¹⁶⁸ il ragionamento seguito dalla Corte compie, dopo un importante passo avanti, due radicali passi indietro: in presenza, infatti, di un ostacolo alla libertà d'impresa, la Corte di giustizia va a valutare se esistano eventuali giustificazioni addotte dai soggetti che l'hanno creata. In effetti qui l'esigenza di tutelare i lavoratori rientra tra le giustificazioni ammesse dall'ordinamento comunitario, in quanto «interesse generale» meritevole di tutela, ma attraverso il c.d. test di necessità o di adeguatezza, occorre valutare se l'ostacolo posto alla libertà dell'impresa sia effettivamente necessario per perseguire tale interesse e se esso sia idoneo al perseguimento dell'obiettivo non oltre lo stretto necessario per il suo raggiungimento.

Infatti secondo la giurisprudenza della Corte *«una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. È tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo»*(punto 75).

Ora se, secondo il ragionamento della Corte, la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato, tuttavia occorre che l'azione collettiva sia

¹⁶⁸ A. Zoppoli, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in *Diritti Lavori Mercati*, 2008, 1, pag. 151 e segg.

effettivamente connessa all'obiettivo di tutela dei lavoratori; al contrario *«se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati»* l'azione collettiva non avrebbe un obiettivo legittimo.

Il giudice deve quindi *«valutare in particolare, da un lato, se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, la Fsu non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione»*.

Dunque, secondo la Corte, l'azione collettiva, per essere proporzionata alla realizzazione di un obiettivo legittimo, deve costituire l'*extrema ratio* a cui ricorrere; pertanto, pur ammettendo *«che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto»* (punto 44) *«rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali»* e pertanto *«il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da escludere le azioni collettive [...] dall'ambito di applicazione dell'art. 43 Ce»*. Di conseguenza ciò comporta la possibilità di attuare il bilanciamento tra un diritto sociale e una libertà economica, da cui il primo esce "ridimensionato".

Nel caso Laval, la Corte, ha, invece, ritenuto che l'azione collettiva intrapresa dai sindacati dei lavoratori edili svedesi violasse il disposto dell'art.49 TCE secondo il quale le «restrizioni alla libera prestazione di servizi » sono vietate «nei confronti dei cittadini degli stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione».

Si trattava di un'azione collettiva intrapresa allo scopo di indurre l'impresa lettone Laval, che aveva distaccato alcuni lavoratori in un cantiere edile svedese, a sottoscrivere il contratto collettivo applicato ai dipendenti della impresa svedese per far applicare anche ai lavoratori lettoni, ivi distaccati, le condizioni di lavoro e di occupazione assicurate dal contratto collettivo svedese. Anche in questo caso l'azione collettiva aveva raggiunto lo scopo di indurre la Laval a rinunciare all'esecuzione del contratto di appalto stipulato.

La premessa da cui la Corte di giustizia è partita, in sede di rinvio pregiudiziale, è stata la stessa del caso precedente: l'efficacia diretta orizzontale delle norme del Trattato per cui le organizzazioni sindacali sarebbero direttamente vincolate dalle disposizioni del Trattato relative alla libertà di circolazione dei beni, delle persone e dei servizi.

Anzi, in quest'ultimo caso, non solo le organizzazioni sindacali, ma anche ogni individuo o associazione privata potrebbe essere ritenuto responsabile per la violazione delle libertà del mercato interno.

L'errata interpretazione della Corte si basa sul presupposto che i sindacati esercitino funzioni regolamentari nell'intraprendere un'azione collettiva, ora se è possibile che tali funzioni vengano esercitate

in alcune situazioni, ciò sicuramente non avviene nell'azione collettiva che intraprendono, anzi lo scopo di tali azioni è proprio quello di far valere gli interessi dei propri iscritti attraverso strumenti di lotta sindacale.

Come conseguenza essi dovranno, in tale sistema, dimostrare di volta in volta che la loro azione ha uno scopo che serve ad un obiettivo di ordine pubblico più ampio e *«ciò sembra confliggere con l'impegno costituzionale europeo a garantire il principio "ad armi pari" tra i lavoratori e i datori di lavoro, e le loro rispettive organizzazioni. Tale principio è sancito non solo nell'art. 28 della Carta europea dei diritti fondamentali, divenuta vincolante a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, ma anche in diverse disposizioni concernenti il «dialogo sociale» contenute nel titolo relativo alle politica sociale del TFUE. La priorità data dalla Corte di giustizia nella sua pronuncia alle libertà relative al mercato interno mette in pericolo non solo la tutela del diritto fondamentale di sciopero ma anche il dialogo sociale, che è stato descritto come "il fondamento del modello sociale europeo"»*¹⁶⁹.

La sentenza *Laval*, inoltre, ha portato conseguenze ulteriori; la Corte del lavoro svedese, infatti, portando avanti la giurisprudenza della Corte di giustizia, ha continuato in questa avventurosa interpretazione, aprendo scenari che potrebbero diffondersi anche in altri ambiti nazionali condannando i sindacati svedesi

¹⁶⁹ B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 87/2011.

coinvolti nel caso *Laval* al pagamento di ingenti danni punitivi.

Un altro aspetto critico di queste sentenze è costituito dall'idea che lo sciopero debba essere considerato come *extrema ratio*¹⁷⁰ attuabile, cioè, solo quando siano stati esperiti tutti gli altri strumenti di tutela sindacale.

Ciò implica, quindi, la necessità per il giudice interno di andare a verificare, caso per caso, che tutti gli altri mezzi siano stati preventivamente azionati.

Insomma, secondo la dottrina italiana, tutta l'argomentazione della Corte nelle due sentenze è basata su *«una inaccettabile concezione dello sciopero. Quest'ultimo è concepito dai giudici comunitari come uno strumento di lotta attraverso cui un operatore economico viene forzato, costretto, all'assunzione di vincoli contrattuali; vincoli che, non risultando, appunto, per ciò solo, assunti «volontariamente», si configurerebbero come limitazioni delle libertà di stabilimento e di circolazioni dei servizi. Ne consegue che anche il contenuto delle stesse rivendicazioni contrattuali può e deve essere valutato sulla base del test di proporzionalità, rendendo di conseguenza eventualmente illegittimo lo stesso sciopero che persegua quegli obiettivi contrattuali di miglioramento delle condizioni di lavoro»* con una visione *«paternalistica delle relazioni economico-contrattuali, intesa a negare la perenne immanenza*

¹⁷⁰ Nell'ordinamento italiano, l'obbligo di un preventivo esperimento delle procedure di conciliazione del conflitto è imposto dalla legge 12 giugno 1990, n. 146 solo relativamente allo sciopero nei servizi pubblici essenziali

del conflitto tra capitale e lavoro tanto nei mercati nazionali quanto in quello comunitario (per non parlare di quello globale), e dunque, al di là delle affermazioni di rito, sostanzialmente ostile al conflitto sociale per un'equa redistribuzione della ricchezza.»¹⁷¹.

Anzi, paradossalmente, prima del Trattato di Lisbona, la Corte di Lussemburgo con il caso *Albany*¹⁷² aveva concesso il massimo di riconoscimento, in termini d'immunità, alla contrattazione collettiva, affermando che non vi è incompatibilità tra il sostegno normativo alla contrattazione collettiva e i principi europei sulla concorrenza. La contrattazione collettiva nazionale, infatti, “per sua natura e per gli scopi perseguiti” godrebbe di una condizione di immunità che la renderebbe, comunque, legittima.

A questo scenario si sono successivamente aggiunte le sentenze *Rüffert*¹⁷³, *Commissione c. Lussemburgo*¹⁷⁴ e *Commissione c. Germania*¹⁷⁵.

In particolare quest'ultima, riguarda il caso di violazione, da parte della Repubblica tedesca, della

¹⁷¹ U. Carabelli, op. cit., pag. 163 e segg.

¹⁷² Corte di giustizia, sentenza 21 settembre 1999, C- 67/96, *Albany v. Stichting*

¹⁷³ Corte di giustizia, sentenza 3 aprile 2008, C-346/06. Con questa decisione la Corte ha censurato la normativa di un Land tedesco che prevedeva come condizione per l'aggiudicazione di un appalto pubblico il rispetto delle tariffe salariali previste dai contratti collettivi territoriali applicabili nel luogo di esecuzione dell'appalto.

¹⁷⁴ Corte di giustizia, sentenza del 19 giugno 2008, Causa C-319/06.

¹⁷⁵ Corte di giustizia, sentenza del 15 luglio 2010, Causa C-271/08.

direttiva in materia di appalti pubblici per aver consentito ad alcune amministrazioni e aziende comunali di stipulare accordi quadro con enti previdenziali individuati da un contratto collettivo anziché scelti con gara d'appalto a livello europeo, al fine di garantire ai propri dipendenti servizi di previdenza complementare. Secondo la Commissione europea, che si è avvalsa di un procedimento precontenzioso e poi ha proposto ricorso per inadempimento, il punto critico consisterebbe proprio nella scelta, da parte degli enti previdenziali, di avvalersi di un contratto collettivo comprimendo il pieno esercizio delle libertà economiche di cui sono espressione le direttive sugli appalti pubblici.

La Corte, nelle sue motivazioni, ha ricordato che il diritto di negoziazione collettiva, che le parti hanno esercitato nella fattispecie, è riconosciuto, tra l'altro dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ma esso, letto in combinato disposto con l'art. 52, n. 6, deve tener conto anche delle legislazioni e delle prassi nazionali. Se è pacifico, infatti, che il contratto collettivo risponda, in via generale, ad una finalità sociale, tuttavia, la natura di diritto fondamentale non può, in quanto tale, comportare l'automatico esonero delle amministrazioni e aziende comunali datrici di lavoro dal rispetto degli obblighi imposti dalle direttive 92/50 e 2004/18, le quali danno attuazione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi nel settore degli appalti pubblici.

A questo punto la Corte, richiamando le sentenze Viking e Laval, ha ribadito che *«le clausole dei contratti collettivi non sono escluse dall'ambito applicativo delle disposizioni relative alla libera*

circolazione delle persone e che l'esercizio di un diritto fondamentale, come il diritto di negoziazione collettiva, può essere sottoposto a talune restrizioni» ed anche se in Germania il diritto di negoziazione collettiva goda della tutela costituzionale, «ciò non toglie che, ai sensi dell'art. 28 della Carta, tale diritto debba essere esercitato in conformità alle norme dell'Unione».

Nel successivo passaggio la Corte ha affermato *«che, a differenza dell'obiettivo, concordato fra le parti sociali, di migliorare il livello delle pensioni dei lavoratori del comparto dei comuni e degli enti comunali, la designazione di organismi ed imprese nell'ambito di un contratto collettivo quale quello in questione nella fattispecie non attiene all'essenza del diritto di negoziazione collettiva».* Ancora una volta, come nelle sentenze *Viking* e *Laval*, si prende l'avvio da un formale riconoscimento del diritto di contrattazione collettiva come diritto sociale fondamentale per poi vederlo comprimere a favore del mercato unico europeo. Come rilevava Ballestrero *«l'ingresso del diritto di azione collettiva nel diritto comunitario porta con sé la conseguenza che la Cgce 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. L'inclusione del diritto di azione collettiva nel diritto comunitario determina dunque, come logica conseguenza, la necessità di "bilanciare" questo diritto sociale fondamentale con la libertà economica (nella specie*

libertà di stabilimento), certo non meno fondamentale nel diritto comunitario»¹⁷⁶.

Com'è stato giustamente notato, nel momento in cui viene applicato il giudizio di legittimità, da parte della Corte di giustizia, ai diritti sociali collettivi si stabilisce comunque un ordine gerarchico tra libertà economiche e diritti sociali; tra l'altro anche volendo prevedere una piena equivalenza gerarchica tra libertà fondamentali e diritti sociali collettivi, la valorizzazione di questi ultimi non può che passare attraverso la loro prevalenza rispetto alle libertà economiche¹⁷⁷.

Intorno a tale argomento si individuano due diversi orientamenti: da un lato c'è chi vorrebbe ricostruire tali diritti sulla base delle tradizioni costituzionali nazionali, e, poiché negli ordinamenti interni la libertà sindacale è considerata svincolata da ogni intervento esterno, essa viene collocata in una scala gerarchica in posizione superiore rispetto alle libertà economiche di circolazione e la libertà di concorrenza.

Dall'altro lato, vi è chi ritiene che le libertà economiche di circolazione ed il principio di concorrenza siano gli unici presupposti per la costruzione del mercato unico. Anzi, poiché

¹⁷⁶ M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT-55/2007.

¹⁷⁷ U. Carabelli, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in Studi sull'integrazione europea, 2011, pag. 228 e segg.

l'integrazione economica e politica sono obiettivi primari, le libertà economiche si collocherebbero in un gradino più alto della scala gerarchica rispetto alla libertà sindacale.

In effetti oggi, nel nuovo assetto giuridico determinato dal Trattato di Lisbona le libertà economiche ed i diritti sociali, sono sicuramente equiordinati, ma con un riconoscimento esplicito della negoziazione come diritto. Quindi il loro bilanciamento diventa una questione pratica e politica; sicuramente non si può paragonare tale assetto a quello interno dei singoli stati.

La nostra Costituzione, ad esempio, non solo riconosce, ma promuove il conflitto sociale attraverso gli artt.39 e 40, e, sebbene essa contenga una pluralità di principi non strutturati gerarchicamente, quando si pongono a confronto le istanze di sviluppo economico con le esigenze di carattere sociale, in virtù dell'«ineguale bilanciamento» tra le ragioni economiche e quelle sociali dovrebbero prevalere queste ultime. Inoltre il capoverso dell'art. 3 della Costituzione, portando avanti il concetto di uguaglianza sostanziale, fa sì che gli strumenti di azione collettiva siano considerati come funzionali al superamento delle disuguaglianze economiche e sociali presenti nella società.

Inoltre, il diritto di sciopero, per la sua natura ed il ruolo storico si pone, rispetto alla libertà di iniziativa economica di cui all'art.41 Cost., in una posizione di preminenza poiché tali libertà «costituiscono proprio le situazioni soggettive che lo sciopero ha l'obiettivo di condizionare, sicché esse si trovano, nei suoi

confronti, in posizione di logica soggezione»¹⁷⁸; ed infatti la giurisprudenza italiana¹⁷⁹ ha posto come unico limite a tale diritto di sciopero il c.d. danno alla produttività, secondo cui il “nocciolo duro” della libertà di iniziativa economica è rappresentato unicamente dalla capacità produttiva, ovvero dalla possibilità di riprendere l’attività economica al termine dello sciopero.

A livello europeo, invece, come abbiamo già visto le libertà fondamentali e i diritti sociali collettivi sono posti, in termini di «conflitto sbilanciato», in cui non si effettua un reale contemperamento tra diritti pari ordinati; ma se tali sentenze hanno rafforzato l’opinione di che era scettico rispetto alla portata innovativa della Carta di Nizza, un piccolo spiraglio può essere intravisto da chi pone in evidenza che l’articolo 6 del TUE non si limita a dare uno statuto forte e definitivo (di diritto primario dell’Unione) ai diritti sociali sanciti nella Carta di Nizza e alle tradizioni costituzionali comuni, ma sancisce anche l’adesione dell’Unione alla CEDU. Di conseguenza ciò comporterà la possibilità di sanzionare, da parte della Corte di Lussemburgo, direttamente la violazione dei diritti sociali. Inoltre poiché in virtù dell’art. 6, comma 3, del Trattato i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU entrano a far parte dei principi generali di diritto europeo, la stessa Corte di giustizia, nelle sue sentenze dovrebbe prenderli in considerazione, anzi, poiché la tecnica di

¹⁷⁸ M. Luciani, *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo*, in Arg. dir. lav., 2009, I, pag.16.

¹⁷⁹ Cass. 30 gennaio 1980, n. 711, in Giur. it., 1980, Parte 1, I, pag. 1022 e segg.

bilanciamento utilizzata dalla Corte di Strasburgo è diversa è più adeguata rispetto a quella della Corte di giustizia¹⁸⁰ anche la giurisprudenza di quest'ultima ne risulterebbe condizionata.

«L'approccio della Corte di giustizia non solo appare, dunque, come un'errata operazione di bilanciamento con le tradizioni costituzionali nazionali, ma finisce per essere pure in contrasto con una fonte (la Cedu) che deve essere rispettata dal diritto europeo primario come sovraordinata, per volontà stessa dei trattati, nell'interpretazione che ne da la Corte di Strasburgo»¹⁸¹.

2.1 - La proposta di regolamento Monti II

Nel periodo che ci separa dalle due famose sentenze *Viking e Laval*, grazie all'intervento della Corte di Strasburgo che con la sentenza *Enveryi Yapi* ha ricondotto il diritto all'azione sindacale nell'ambito della libertà di associazione sancita dall'art.11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, si può pensare che qualcosa potrebbe cambiare nel riconoscimento delle basi giuridiche del diritto di sciopero nell'ambito dell'ordinamento europeo. Secondo alcuni, infatti *« la Corte di giustizia, dunque,*

¹⁸⁰ Si fa riferimento alle sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo 34503/97, *Demir and Baykara v. Turkey* del 12 novembre 2008 e 68959/01 *Eneryi Yapi – Yol Sen v. Turkey* del 21 aprile 2009.

¹⁸¹ B. Caruso, A. Alaimo, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, op. cit.

qualora fosse chiamata di nuovo ad operare un giudizio di bilanciamento tra libertà economiche e diritto di sciopero, non potrebbe prescindere dal fatto che i lavoratori europei (ai sensi dell'art.28 della Carta) hanno "il diritto [...] di ricorrere, in caso di conflitto di interessi, ad azioni collettive a difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero" e che non sono ammesse limitazioni di tale diritto incompatibili con quanto prescrive l'art.11 della CEDU, come interpretato dalla Corte dei diritti dell'uomo»¹⁸². Inoltre a maggior conferma di ciò, con l'“Atto per il mercato Unico” dell'aprile 2011 la Commissione Europea,¹⁸³ ha annunciato due proposte di regolamento presentate a Barroso dall'ex Commissario Mario Monti nel suo rapporto del maggio 2010; si tratta innanzitutto di una proposta di direttiva che dovrebbe avere nelle sue intenzioni quelle di superare le lacune che la direttiva 96/71/CE, relativa al distacco transnazionale di lavoratori, ha presentato nella sua applicazione. La seconda proposta è un regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi (il cosiddetto regolamento Monti II). Essa si articola in due parti, nella prima, vengono definiti i principi generali sui quali si basa il rapporto tra azione sindacale e libertà di mercato nell'UE e le

¹⁸² A tal proposito si veda G. Orlandini, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona* su www.europeanrights.eu/public/comments/Monti_II_final.pdf

¹⁸³ Comunicazione del 13.4.2011, *L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita"*, COM(2011)206 def.

competenze dei giudici nazionali chiamati a recepirli. È da citare, a tal proposito, la cd. “clausola di salvaguardia”, tesa a garantire che l’adozione del regolamento non comporti limiti all’esercizio dei diritti fondamentali, in particolare a quello sindacale, come riconosciuto dagli Stati membri; nella seconda parte, almeno nell’ultima stesura, si prevede che in caso di conflitti transnazionali gli Stati siano tenuti a permettere l’accesso a condizioni di parità alle procedure di composizione preventiva delle controversie sindacali già esistenti nei rispettivi ordinamenti.

Tuttavia la proposta, già prima di una sua adozione ha ricevuto molte critiche incentrate soprattutto sul rilievo che proprio la questione centrale del bilanciamento tra l’esercizio delle libertà economiche ed il diritto di sciopero viene risolto in un’ottica di consequenzialità con gli stessi principi enunciati dalla Corte di giustizia nelle famose sentenze *Viking* e *Laval*.

Nell’art.2, infatti, si legge che “*The exercise of the fundamental right to take collective action, including the right or freedom to strike, shall respect the freedom of establishment and the freedom to provide services enshrined in the Treaty, and conversely, the exercise of these economic freedoms shall respect fundamental rights*”

In tal modo com’è stato evidenziato, con tale regolamento si attribuirebbe efficacia diretta a principi giurisprudenziali già di per sé discutibili.

Ed infatti il 12 settembre 2012, la Commissione UE ha ritirato la proposta di regolamento (cd. Monti II) sull’esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e

della libera prestazione dei servizi, prendendo atto del fatto che “è improbabile che la proposta possa trovare il consenso politico sufficiente per la sua approvazione in Parlamento ed in Consiglio europeo”. Il ritiro della proposta Monti II non muta però il quadro dei principi che ad essa hanno fatto da sfondo e che sono frutto di una giurisprudenza della Corte di giustizia basata sulle norme scritte nel Trattato sul funzionamento dell’Ue. Il sindacato europeo (la CES), ha chiesto alla Commissione di presentare una proposta di “Protocollo di progresso sociale” da inserire negli stessi Trattati costitutivi dell’Ue, volto a garantire un riequilibrio tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali nonché una revisione della Direttiva 96/71 sul distacco dei lavoratori, volta a riaffermarne il valore anti-dumping.

3 - Il diritto al lavoro

Sotto la rubrica “*Libertà professionale e diritto di lavorare*”, l’art. 15 della Carta, sancisce che «*Ogni persona ha diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata*»; se questa persona è cittadino dell’Unione ha «*la libertà di cercare un lavoro, di lavorare, di stabilirsi e di prestare servizio in qualunque Stato membro*», mentre se questa persona è cittadino di paese terzo è «*autorizzato a lavorare nel territorio degli Stati membri*» ed in tal caso ha «*diritto a condizioni di lavoro equivalenti a quelle di cui godono i cittadini dell’Unione*».

Rispetto alla Carta Sociale, in cui il diritto al lavoro assumeva una dimensione positiva, nel senso cioè di diritto alla realizzazione e al mantenimento della piena occupazione e del diritto a servizi per l'impiego gratuiti, nella Carta di Nizza, invece, viene dato risalto alla dimensione negativa, più che altro come specificazione del principio generale della libertà di circolazione e di soggiorno attribuita a tutti dei cittadini dell'Unione dall'art. 45 TCE¹⁸⁴ nonché come norma complementare alle disposizioni del TCE che riguardano la libera circolazione dei lavoratori, il diritto di stabilimento dei cittadini e la libertà di prestazione dei servizi all'interno della Comunità.¹⁸⁵

Alcuni autori pongono l'accento, comunque, su un'altra interpretazione della disposizione della Carta «imperniata sulla enfaticizzazione del diritto-libertà della persona di svolgere un lavoro *adeguato* alle proprie qualificazioni ed attitudini; un lavoro che le consenta, per questa via, di costruire un proprio personale progetto di vita»¹⁸⁶.

Secondo tale tesi non ci si dovrebbe fermare ad un'interpretazione dell'art.15 solo formale mettendo in risalto la sola dimensione negativa del «diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata»; ponendo in relazione, invece, l'art.15 con l'art. 29, secondo cui è garantito ad ogni

¹⁸⁴ R. Del Punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, pag. 340.

¹⁸⁵ S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2007.

¹⁸⁶ A. Alaimo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 60/2008*.

individuo il diritto di accedere a servizi di collocamento gratuito, nonché con la disposizione di cui all'art. 30 sul diritto alla «tutela in caso di licenziamento ingiustificato», si potrebbe arrivare ad ipotizzare il riconoscimento di una ulteriore dimensione del diritto al lavoro: quella, appunto, del diritto a non subire licenziamenti ingiustificati.

In tal caso, quindi, non vi sarebbe una «irrimediabile regressione», ma piuttosto la valorizzazione del diritto-libertà di svolgere un lavoro adeguato alle qualificazioni e alle attitudini personali, nonché il diritto a servizi per l'impiego gratuiti e il diritto a non subire licenziamenti ingiustificati.

3.1 - La tutela contro il licenziamento ingiustificato

La Carta, come abbiamo visto, riconosce all'art. 30¹⁸⁷ il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato prevedendo quello che, a prima vista, appare un diritto “nuovo” rispetto a quelli presenti nelle costituzioni nazionali. Anche nel nostro ordinamento, infatti, residuano ipotesi di recesso c.d. “*ad nutum*” in cui, cioè, non è prevista la necessità per il datore di lavoro di motivare il licenziamento intimato al lavoratore; si tratta delle ipotesi del rapporto di lavoro domestico, dei lavoratori

¹⁸⁷ L'art.30 della Carta di Nizza prevede sotto il titolo “Tutela in caso di licenziamento ingiustificato” che «*Ogni lavoratore ha il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato, conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali*».

ultrasessantacinquenni con diritto al trattamento pensionistico, ma soprattutto della norma che consente al datore di lavoro di recedere dal rapporto di lavoro al termine del periodo formativo dell'apprendistato¹⁸⁸. Il rapporto di apprendistato nel nostro ordinamento ha trovato la sua prima disciplina nella legge n.25/55 che, attraverso varie modifiche, oggi è confluita nel d.lgs.167/2011, il c.d. TU sull'apprendistato¹⁸⁹.

Tale tipologia contrattuale è considerata¹⁹⁰ in rapporto di genere a specie rispetto alla disciplina più generale prevista nell'art.2094 cod. civ. caratterizzandosi per la coesistenza della finalità formativa insieme al rapporto di lavoro subordinato; è rimasta inalterata nel tempo, invece, la previsione che consente al

¹⁸⁸ In effetti, il nostro ordinamento prevede un'altra ipotesi di recesso *ad nutum*: quella relativa al licenziamento del dirigente; tuttavia si tratta di una disciplina regolata a livello di contrattazione collettiva ed individuale in relazione al rapporto di fiducia che lega il dirigente al datore di lavoro.

¹⁸⁹ Una prima embrionale disciplina si trova negli articoli 2130 e segg. del codice civile, mentre tra gli interventi successivi alla legge n.25/55, si possono citare la legge 2 aprile 1968 n.424, la legge 28 febbraio 1987 n.56, la legge 24 giugno 1997 n. 196 c.d. legge Treu che ne ha modificato la disciplina sia relativamente al campo di applicazione, che all'età dell'apprendista, alla durata dello stesso ed all'obbligo formativo. Anche il d.lgs. 276/03 ha apportato delle modifiche alla materia prevedendo tre tipologie contrattuali, liberalizzandolo per tutti i settori ed elevando l'età degli apprendisti, infine il d.l. 25 giugno 2008 n. 112 ha contemplato la possibilità di stipulare un contratto di tipo stagionale e di impartire una formazione soltanto aziendale.

¹⁹⁰ Vedasi per tutte Cass. civ. Sez. lav. dell'11 dicembre 1991 n. 13364, in Mass. giur.it.

datore di lavoro di recedere dal contratto, al termine del periodo formativo, mediante disdetta ai sensi dell'art.2118 Cod. civ. anche senza giusta causa o giustificato motivo, mentre fino alla cessazione dell'obbligo formativo vige il divieto di licenziamento individuale di cui alla legge n.604/1966¹⁹¹. La facoltà del recesso *ad nutum* risulta, quindi, limitata alla fase in cui il periodo formativo risulta terminato ed il rapporto di lavoro può essere convertito in un normale contratto a tempo indeterminato. In tale fase, tuttavia, non si giustificerebbe tale facoltà concessa al datore di lavoro in quanto il rapporto non sarebbe assimilabile ad un periodo di prova, in quanto non vi è necessità di verificare le capacità del lavoratore, che anzi, è stato assunto proprio per ricevere la formazione né può essere assimilato ad un rapporto di lavoro a termine in quanto qui la durata massima del rapporto è posta a tutela dell'apprendista.

La nostra Corte Costituzionale, con la già citata sentenza n. 169/1973, ha ribadito quanto già in precedenza affermato (sent. n. 14 del 1970) in merito alla natura del contratto di apprendistato quale *«rapporto complesso nel quale l'imprenditore non ha soltanto nei confronti dell'apprendista la funzione di datore di lavoro, ma anche quella di fornire al lavoratore apprendista l'insegnamento necessario perché possa conseguire la capacità per diventare lavoratore qualificato. Il rapporto di apprendistato, pertanto, non soltanto è assimilabile al rapporto ordinario di lavoro, ma in esso vi è anche un*

¹⁹¹ In tal senso si è pronunciata anche la Corte Costituzionale con la sentenza n.169/1973.

rapporto vincolato fra docente e discente in forza del quale l'imprenditore è obbligato ad impartire o a far impartire, nella sua impresa, all'apprendista assunto alle sue dipendenze». Quindi, sempre secondo la Corte, «non sarebbe pertanto razionale che l'imprenditore potesse troncare ad libitum e senza un giustificato motivo inerente alla natura dell'apprendistato o anche a condizioni e situazioni personali del datore di lavoro o dell'apprendista, questo rapporto vincolativo», ma questa tutela sarebbe limitata «al solo licenziamento adottato nel corso del rapporto di apprendistato, giacché, una volta che questo si sia esaurito, il datore di lavoro resta libero di assumere o meno l'ex apprendista e di stringere con lui un normale rapporto di lavoro o di dare disdetta»¹⁹².

La prospettiva aperta dal Trattato di Lisbona induce a confrontare e coordinare tale normativa nazionale con l'art.30 e, facendo riferimento alla formulazione delle rispettive norme, si potrebbe giungere ad ipotizzare un problema di compatibilità delle due disposizioni, nazionale e comunitaria; mentre quest'ultima, infatti, non sembra consentire eccezioni al principio, la nostra Corte Costituzionale invece, come illustrato, ha lasciato spazi alla libera recedibilità, anche perché il testo del nostro art. 4 cost. tutela sì il diritto al lavoro, ma non specifica in cosa questa tutela vada a concretarsi: manca proprio l'espressa affermazione

¹⁹² In senso conforme si è espressa la successiva giurisprudenza di Cassazione ; si vedano tra le altre: Cass. 17 aprile 1982, n. 2358; Cass. 6 luglio 1983, n. 4553; Cass. 22 novembre 1984, n. 6034; Cass. 28 marzo 1986, n. 2213; Cass. 21 ottobre 1986, n. 6180; Cass. 19 dicembre 1986, n. 7757; Cass. 11 maggio 1987, n. 4334.

del principio della necessaria giustificatezza del licenziamento.

La Carta di Nizza, prevedendo “il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato” rende più difficile preservare margini alla libera recedibilità, anzi, essendo una norma dal contenuto preciso, se ne è ipotizzata un’efficacia diretta anche nei rapporti interprivati¹⁹³. Tuttavia il diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato non reca in sé alcuna indicazione quanto alla tipologia di tutela da predisporre, anzi il suo riconoscimento deve avvenire in conformità alle legislazioni e prassi nazionali, non essendo imposto alcun vincolo sanzionatorio in caso di licenziamento illegittimo. A tal proposito una parte della dottrina¹⁹⁴ ritenendo che una norma così formulata non possa prevedere ipotesi di libero recesso arriva anche a chiedersi se lo stesso debba valere per i lavoratori assunti con contratti di lavoro flessibile.

Il problema verte sulla portata che il riferimento fatto dall’art.30 della Carta alla conformità agli ordinamenti e prassi nazionali. «Se si ritiene che quel riferimento valga per la forma della tutela e non per la sua sussistenza, dovrebbe ritenersi che l’ambito di applicazione della tutela non possa essere rimesso al legislatore nazionale»¹⁹⁵ e che se pur possano esservi

¹⁹³ M.V. Ballestrero, *Il valore e il costo della stabilità*, in *Lavoro e Diritto*, XXI, n.3, 2007.

¹⁹⁴ L. Zoppoli, *Licenziabilità e occupabilità, dove va l’Europa?*, *Diritto Lavori e Mercati*, 2006, pag. 499 e segg.

¹⁹⁵ L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto* in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", *INT* – 58/2008.

delle eccezioni, esse debbano essere limitate e, soprattutto, giustificabili in base ad una logica compatibile con i valori costituzionali.

L'art 30 si presenta quindi, come un diritto che è enunciato in via di principio, ma che poi, deve ricostruirsi, caso per caso, sulla base della singola legislazione nazionale poiché la forma della tutela resterebbe affidata alle valutazioni del legislatore ordinario nazionale.

A tal proposito, potrebbe soccorrere proprio la giurisprudenza della Corte di giustizia che, nel caso *Seda Küçükdeveci*¹⁹⁶, ha ipotizzato la diretta efficacia orizzontale del principio di non discriminazione; infatti applicando tale interpretazione si potrebbe, leggendo l'art.30 in combinato disposto con l'art.21 della Carta, arrivare ad affermare, da parte del giudice nazionale, la non applicabilità del recesso *ad nutum* al rapporto di lavoro in oggetto in quanto gli apprendisti, in relazione alla loro giovane età risulterebbero discriminati rispetto alla generalità dei lavoratori per cui vige l'obbligo di motivazione del licenziamento.

In questo modo l'art.30 può costituire «un esempio assai significativo di come l'emergere di un diritto sociale nel diritto primario europeo [...] possa avere ripercussioni impreviste e possa saldarsi con tematiche finora rimaste tra loro slegate, quale il contrasto alla precarietà attraverso i meccanismi sanzionatori più efficaci»¹⁹⁷.

¹⁹⁶ Ved. Cap. II, nota n. 113.

¹⁹⁷ L. Zoppoli, op. cit.

3.2 Il contratto a termine

A livello comunitario il contratto a tempo determinato è regolato dalla Direttiva 1999/70/CE che, emanata sulla base di un Accordo quadro stipulato dalle parti sociali, richiama le conclusioni del Consiglio europeo di Essen in cui si evidenziava la necessità di “incrementare l’intensità occupazionale della crescita, in particolare mediante un’organizzazione più flessibile del lavoro, che risponda sia ai desideri dei lavoratori che alle esigenze della competitività”. Il Preambolo afferma il principio dell’eccezionalità del lavoro a termine rispetto al lavoro a tempo indeterminato, considerato la “forma comune dei rapporti di lavoro” mentre nei “considerando” si richiamano l’oggettività delle ragioni per accedere a questa tipologia contrattuale, in modo da prevenire abusi, la maggiore rilevanza della stessa in alcuni settori occupazionali, l’alta percentuale di donne assunte con contratto a termine e l’impatto che tale disciplina porta nel miglioramento delle pari opportunità fra uomini e donne. Infatti il rispetto del principio di non discriminazione è ‘obiettivo’ dell’accordo (clausola 1) e criterio ordinatore dell’intera disciplina (clausola 4), poiché il confronto con i lavoratori comparabili a tempo indeterminato riguarda solo ‘le condizioni di impiego.’ Tra le disposizioni di attuazione, si trova, poi, inserita la c. d. clausola di non regresso secondo la quale l’applicazione dell’Accordo quadro non costituisce giustificazione valida per ridurre il livello generale di tutela dei lavoratori nell’ambito dell’Accordo stesso. Intorno a questa clausola si è sviluppata una

giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, a partire dalla sentenza *Mangold*¹⁹⁸, ha precisato la portata della clausola di non regresso, ritenendola quasi una regola di “trasparenza”, secondo la quale gli Stati membri devono astenersi dall’introdurre disposizioni peggiorative rispetto al livello di tutela esistente nel proprio ordinamento in occasione dell’adozione della direttiva comunitaria, anche se non sono obbligati a mantenere immutato detto livello per sempre.

Tale orientamento è stato successivamente confermato anche nella recente ordinanza della Corte dell’11 novembre 2010¹⁹⁹, in cui, anche dopo l’entrata in vigore della Carta di Nizza, secondo la Corte, *«una normativa nazionale non può essere considerata contraria a detta clausola nel caso in cui la reformatio in peius che essa comporta non sia in alcun modo collegata con l’applicazione dell’accordo quadro. Ciò potrebbe avvenire qualora detta reformatio in peius fosse giustificata non già dalla necessità di applicare l’accordo quadro, bensì da quella di promuovere un altro obiettivo, distinto da detta applicazione (v. citate sentenze Mangold, punti*

¹⁹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, Causa C-144/04 *Werner Mangold v Rüdiger Helm*.

¹⁹⁹ Ordinanza della Corte di giustizia dell’11 novembre 2010, C-20/10, *Cosimo Damiano Vito contro Poste Italiane SpA.*, ma in tal senso ved. anche la sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2005, C- 144/04, in cui essa afferma che *«una riforma peggiorativa della protezione offerta ai lavoratori nel settore dei contratti a tempo determinato non è, in quanto tale, vietata dall’accordo quadro quando non è in alcun modo collegata con l’applicazione di questo»*.

52 e 53, e Angelidaki e a., punto 133, nonché ordinanza Koukou, cit., punto 117)».

In tal modo gli Stati membri non sarebbero neppure tenuti a motivare l'abbassamento del livello di tutela con una ragione riconducibile alle finalità sociali dell'UE consacrate nell'art 136 TCE (ora art. 151 TFUE)²⁰⁰.

Altri due punti meritano, al riguardo, una precisazione; il primo riguarda il significato attribuito all'espressione "livello generale di tutela", utilizzato dalla Corte per accertare la violazione o meno, da parte dello Stato membro, della clausola di non regresso. Anche in questo caso con una recente sentenza²⁰¹, pur ricordando che la clausola di non regresso non può essere interpretata in senso restrittivo, la Corte ha evidenziato che la riduzione del livello di tutela deve essere tale da «*influenzare complessivamente la normativa nazionale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato*», con la conseguenza che le modifiche «*che riguardino una categoria circoscritta di lavoratori con un contratto di lavoro a tempo determinato oppure siano idonee ad essere compensate dall'adozione di misure equivalenti*» non comportano una riduzione del livello di tutela.

Altro punto "dolente" della questione è quello relativo all'obbligo di prevedere misure volte a scoraggiare gli abusi nell'utilizzo del contratto a

²⁰⁰ M. Delfino, *Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale* in Dir. rel. ind, 2002, 3.

²⁰¹ Sentenza della Corte di giustizia del 24 giugno 2010, C-98/09, *Sorge*, in *DRI*, 2010, p. 1224 ss., con nota di L. Corazza.

tempo determinato; in questo ambito, se le misure di cui all'art. 5 dell'accordo quadro allegato alla direttiva 99/70/CE²⁰² potrebbero essere utili a prevenire effettivamente l'utilizzo abusivo del contratto a termine, di fatto, la giurisprudenza della Corte si è mossa nel senso di ridurne effettivamente la portata²⁰³.

In particolar modo il problema si potrebbe porre in Italia, a seguito dell'approvazione della Legge n. 92/2012 che consente la stipulazione di un primo contratto a tempo determinato senza necessità di giustificazione obiettiva.

La Corte, infatti, ha affermato a chiare lettere che *«l'accordo quadro non impone agli Stati membri di adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato con tali ragioni obiettive. Invero, come la Corte ha già affermato, questo tipo di contratti di*

²⁰² La clausola 5 enuncia quanto segue: *«1. Per prevenire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato, gli Stati membri, (...) dovranno introdurre, in assenza di norme equivalenti per la prevenzione degli abusi e in un modo che tenga conto delle esigenze di settori e/o categorie specifici di lavoratori, una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti. 2. Gli Stati membri (...) dovranno, se del caso, stabilire a quali condizioni i contratti e i rapporti di lavoro a tempo determinato: a) (...); b) devono essere ritenuti contratti a tempo indeterminato».*

²⁰³ Sentenza Corte di giustizia del 23 aprile 2009, Cause riunite C-378/07, C-379/07 e C-380/07 *Angelidaki et al. contro Dimos Geropotamou*.

lavoro a tempo determinato non rientra nell'ambito di applicazione della clausola 5, n. 1, dell'accordo quadro, la quale verte unicamente sulla prevenzione dell'utilizzo abusivo di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato successivi, dato che le ragioni obiettive enunciate al n. 1, lett. a), di tale clausola vertono unicamente sul rinnovo di detti contratti o rapporti (v. sentenza Mangold, cit., punti 41-43)»²⁰⁴.

Se è vero, tuttavia, che, come ritiene la Corte, l'accordo quadro «*non obbliga gli Stati membri ad adottare una misura che imponga di giustificare ogni primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato*»²⁰⁵, tuttavia da ciò non può ricavarsi di conseguenza che vi sia piena libertà di disciplinare il primo contratto a termine. Da un lato, infatti, la Corte, nelle sopraindicate sentenze ha affermato che l'accordo-quadro si applica anche al primo contratto a termine, ma la definizione di “lavoratore a tempo determinato” di cui all'art 3 dell'accordo, nonché l'affermazione circa la centralità del rapporto di lavoro a tempo indeterminato, potrebbero far considerare il lavoro a termine non un'alternativa al lavoro a tempo indeterminato, ma una circostanza eccezionale rispetto al contratto a tempo indeterminato.

In tal modo, la previsione contenuta nella Legge 92/2012 circa la possibilità di stipulare il primo contratto a termine senza necessità di indicazione

²⁰⁴ V. punto 90 della sentenza *Angelidaki*.

²⁰⁵ Ordinanza della Corte di giustizia dell'11 novembre 2010, C-20/10, *Cosimo Damiano Vino contro Poste Italiane SpA.*, punti 41 e 58 della motivazione .

della ragione giustificativa non può considerarsi in linea con le previsioni della direttiva, in quanto un'attenta lettura della direttiva induce a pensare che il contratto a termine debba essere ricondotto a un'esigenza non ordinaria di incremento dell'attività di impresa, anche per prevenire il verificarsi di abusi. Il 7° considerando dell'accordo-quadro, dice, infatti, che "l'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato basati su ragioni oggettive è un modo di prevenire gli abusi".

Nella Causa *Marrosu*²⁰⁶ la Corte ha ritenuto che «l'accordo quadro deve essere interpretato nel senso che esso non osta, in linea di principio, ad una normativa nazionale che esclude, in caso di abuso derivante dall'utilizzo di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico, che questi siano trasformati in contratti o in rapporti di lavoro a tempo indeterminato, mentre tale trasformazione è prevista per i contratti e i rapporti di lavoro conclusi con un datore di lavoro appartenente al settore privato, qualora tale normativa contenga un'altra misura effettiva destinata ad evitare e, se del caso, a sanzionare un utilizzo abusivo di una successione di contratti a tempo determinato da parte di un datore di lavoro rientrante nel settore pubblico » e che «spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono

²⁰⁶Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, Causa C-53/04, *Cristiano Marrosu, Gianluca Sardino/ Azienda Ospedaliera Ospedale San Martino di Genova e Cliniche Universitarie Convenzionate*.

rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma altresì sufficientemente effettivo e dissuasivo per garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro (sentenza Adeneler e a., cit., punto 94) », tali norme, inoltre non devono essere meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività).

In tal senso potrebbe venire in soccorso il richiamo alla Carta di Nizza già utilizzato dal giudice italiano in varie sentenze, nonché in ordinanze di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per quanto riguarda il principio di uguaglianza di cui all'art.20 della Carta di Nizza.

Nelle sentenze citate²⁰⁷ si lamenta la mancata conversione di contratti a termine in contratti a tempo determinato ritenendo, quindi, che si tratti di abusi compiuti dal datore di lavoro nel fare ricorso a tale tipologia contrattuale.

L'Avvocato Generale Poiares Maduro nelle conclusioni ritiene che, anche se per quanto riguarda la conversione dei contratti a termine gli Stati possono discrezionalmente escludere alcuni settori dall'applicazione della Direttiva, essi devono farlo osservando il principio di uguaglianza, che è principio dell'ordinamento comunitario, mentre la nostra Corte costituzionale si è pronunciata in direzione opposta alle sue argomentazioni discostandosi da un principio

²⁰⁷ Vedasi anche Sentenza della Corte di giustizia del 7 settembre 2006, Causa C-180/04, *Vassallo*.

di diritto comunitario che oggi, a maggior ragione deve ritenersi fondamentale e suscettibile di efficacia diretta orizzontale.

A tal proposito si mette in rilievo che anche i giudici nazionali stanno utilizzando il riferimento alla Carta; ad esempio il Tribunale di Napoli, con ordinanza del 16 novembre 2011, a proposito dell'art.32, comma 7 della legge 183/2010 ritiene che tale norma sia posta in violazione dell'art. 47, Carta di Nizza, art. II-47, Trattato di Lisbona, art. 47, Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e all'art. 6 della Convenzione EDU.²⁰⁸

4 - I diritti di assistenza e sicurezza sociale

La Carta dei diritti fondamentali dell'unione europea, all'art.34, rubricato sotto il titolo "Sicurezza sociale e assistenza sociale", prevede il riconoscimento ed il rispetto del *«diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che assicurano protezione in casi quali la maternità, la malattia, gli infortuni sul lavoro, la dipendenza o la vecchiaia, oltre che in caso di perdita del posto di lavoro»*.

Tale comma presenta, tuttavia, il limite di essere un'affermazione per lo più di natura programmatica, poiché non presenta delle indicazioni sullo standard di tutela da offrire, rimanendo essa sostanzialmente

²⁰⁸ Per maggiori approfondimenti si rinvia a T. Vettor, *Lavoro a termine e impiego privato: regime delle decadenze e sanzioni dopo la Legge n. 183 del 2010 al vaglio dei giudici*, in ADL, n.3,2012, pag. 749 e segg.

affidata agli Stati membri. Resta forte, in questo campo, la tendenza dei singoli stati a preservare da interventi invasivi della comunità questa particolare sfera di competenza, che comporterebbe un'interferenza nella gestione della finanza pubblica, che è da sempre uno dei settori che gli Stati membri custodiscono più gelosamente dalle infiltrazioni del diritto sovranazionale. Infatti si stabilisce che chiunque risieda o si sposti legalmente negli stati dell'Unione ha diritto ai benefici ed alle prestazioni sociali il tutto secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e dalle legislazioni e prassi nazionali", secondo il principio di sussidiarietà; infatti, secondo quanto previsto dall'art. 51 della medesima Carta, essa "non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati". Pertanto la competenza europea in materia di sicurezza sociale rimane limitata a quanto previsto nel TFUE; in particolare l'art.153, annovera, tra i settori nei quali "l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati membri" la sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori, sia in forma di coordinamento che sotto forma di direttive.

Il terzo paragrafo dell'art. 34 rappresenta un obiettivo politico dell'Unione, la quale riconoscendo e rispettando il diritto all'assistenza sociale e abitativa necessarie a garantire un'esistenza dignitosa a tutti coloro che non dispongono i risorse sufficienti, assume un impegno politico nella lotta contro la povertà e l'esclusione sociale. La disposizione costituisce, infatti, un importante stimolo ad implementare, sia a livello comunitario che delle legislazioni nazionali, politiche sociali adeguate alla

liberazione dalla povertà e dal bisogno. E questi obiettivi assumono un significato particolarmente decisivo perché per la prima volta a livello comunitario vengono configurati come diritti fondamentali.

Storicamente è questo uno dei settori che per primo ha visto un intervento dell'allora Comunità europea; infatti uno dei suoi primi atti fu, nel 1958, proprio l'emanazione del regolamento n. 3/1958 dedicato alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti. Ovviamente l'esigenza dell'epoca non assumeva un carattere sociale, ma si trattava solo di munire una delle quattro libertà di circolazione - quella dei lavoratori subordinati - dei mezzi necessari per spostarsi a lavorare in un qualunque paese comunitario senza esserne svantaggiato dal punto di vista della protezione previdenziale.

Anche i successivi regolamenti prendevano in considerazione i soli lavoratori subordinati, e bisogna attendere fino agli anni ottanta perché essi fossero estesi anche al lavoro autonomo²⁰⁹;

Soltanto con il regolamento n. 883/2004, il singolo non viene preso in considerazione solo come lavoratore, ma anche quale cittadino anche se «in una logica compromissoria, nella quale entrambe le dinamiche di sviluppo del sistema[...] si

²⁰⁹ Regolamento (CEE) n. 1390/81 del Consiglio, del 12 maggio 1981, che estende ai lavoratori non salariati e ai loro familiari il regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità e Regolamento (CEE) n. 3795/81 del Consiglio, dell'8 dicembre 1981, che estende ai lavoratori non salariati e ai loro familiari il regolamento (CEE) n. 574/72.

intrecciano»²¹⁰ e le due dinamiche sono «quella originaria (e "funzionalista") del mercato e quella, più recente, (e "universalista") della cittadinanza comunitaria».

L'art. 2 dello stesso regolamento infatti recita:«*Il presente regolamento si applica ai cittadini di uno Stato membro, agli apolidi e ai rifugiati residenti in uno Stato membro che sono o sono stati soggetti alla legislazione di uno o più Stati membri, nonché ai loro familiari e superstiti*».

Anche la recente direttiva n. 38/2004²¹¹ fa riferimento alla cittadinanza facendo presente che il TCE, all'art. 18, (ora 21 TFUE) considera la libera circolazione un diritto fondamentale e personale²¹²; tuttavia tale direttiva pone un'evidente differenza di trattamento tra lavoratori e cittadini economicamente inattivi. Al decimo *considerando* si legge che occorre "evitare che coloro che esercitano il loro diritto di soggiorno diventino un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dello Stato membro ospitante". Pertanto si pone come condizione al diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi che il cittadino comunitario disponga "per se stesso e per i

²¹⁰ S. Giubboni, *Cittadinanza e mercato*, op. cit., pag. 228. Vedi anche S. Giubboni, *Libera circolazione delle persone e solidarietà europea*, in *Lavoro e Diritto*, 2006, n.4, pagg.611-638.

²¹¹ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, in *GUCE* n. 158 del 30 aprile 2004, trasposta nell'ordinamento italiano con il D. Lgs n. 30/2007.

²¹² S. Giubboni, *Cittadinanza e mercato*, op. cit., pag. 230.

propri familiari, di risorse economiche sufficienti, affinché non divenga un onere a carico dell'assistenza sociale dello Stato membro ospitante durante il periodo di soggiorno, e di un'assicurazione di malattia che copra tutti i rischi". E il "pericolo" che il cittadino comunitario diventi un onere eccessivo a carico dell'assistenza sociale dello Stato costituisce legittimo motivo di allontanamento, previa valutazione della situazione. L'esercizio di un diritto fondamentale viene considerato, così, alla stregua dei motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, come un comportamento che legittima l'allontanamento dal territorio dello Stato membro.

Oggi, tuttavia, con il secondo paragrafo dell'art. 34, che riconosce il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale e ai benefici sociali a "ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione", risulta ancora più evidente il passaggio dalla logica dei regolamenti n. 1408/1971 e 859/2003 a quella di "cittadinanza sociale" come garanzia dei diritti sociali fondamentali per qualsiasi individuo, indipendentemente dalla nazionalità, con un solo limite: il riconoscimento del diritto è subordinato al soggiorno regolare.

In tal senso la giurisprudenza della Corte di giustizia ha sicuramente contribuito in modo evidente; la sentenza *Zambrano*²¹³, ad esempio, ha ampliato la possibilità, per i cittadini europei non attivi, di accedere alle prestazioni previdenziali ed assistenziali aprendo la strada ad un concetto di solidarietà sociale europea.

²¹³ Si rinvia al Cap. II, nota n. 78.

Tuttavia quella che può sembrare una rivoluzione rispetto alle logiche che hanno ispirato la Corte nelle sentenze in materia di azioni collettive, a ben guardare, ricalca proprio la stessa dialettica. L'impronta ispiratrice di tali sentenze, è stato evidenziato²¹⁴, riproduce lo stesso iter logico su cui la Corte si è basata nelle sentenze *Viking* e *Laval* in quanto trattasi di un approccio basato sui diritti del singolo perdendo di vista la dimensione politica e collettiva della solidarietà. «*In questo modo, come è stato detto, “è la logica formale delle libertà economiche a nascondersi dietro le apparenze della logica sostanziale delle obbligazioni solidaristiche, che sono fondate su beni collettivi e non su diritti individuali, e che sono connotate da relazioni multilaterali complesse governate dai principi della giustizia distributiva e non da quelli della giustizia commutativa”*».

In effetti la Corte nella sua giurisprudenza tende a basarsi spesso sul principio di non discriminazione che garantisce sì l'accesso a tutto il sistema dei servizi anche sociali, ma in termini di “giustizia sostanziale” con la conseguenza, da un lato, di alterare i sistemi sociali nazionali, dall'altro di rischiare di favorire soggetti più avveduti nel districarsi nell'ambito della circolazione all'interno degli stati membri, ma meno bisognosi.

Con la decisione del 1° marzo 2011 resa nel caso *Association belge des Consommateurs Test-Achats*

²¹⁴ S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, in *Persona e mercato*, Saggi, n. 1/2011, pag.45 e segg. a cui si rinvia per i riferimenti bibliografici.

ASBL c. Consiglio dei ministri (C-236/09) la Corte, non a caso, ha annullato una direttiva europea per violazione della Carta dei diritti proprio basandosi sugli artt. 21 e 23, che prevedono il divieto di discriminazioni, nella specie in base al sesso, e la parità di trattamento tra uomini e donne sul mercato del lavoro.

Una novità potrà essere però costituita dalla formale adesione alla CEDU, così come prevista dal Trattato di Lisbona; questo comporterà l'intersezione dell'ordinamento comunitario con quello sovranazionale. Conciliare questi due punti di vista non sarà facile, bisognerà trovare un punto di equilibrio tra l'impostazione della CEDU, che riconosce un'operatività generalizzata del principio di uguaglianza nei confronti di tutti, e l'impostazione della Corte di giustizia che finora ha prospettato un'uguaglianza perfetta soltanto laddove il beneficiario sia un lavoratore comunitario, mentre al di fuori da quest'ipotesi si realizzano diversi livelli di *disparità* in relazione allo *status*, nazionalità e titolo di soggiorno del beneficiario.

I punti di vista delle due corti sono stati finora differenti nel riconoscere l'operatività del principio di non discriminazione in materia di sicurezza sociale, come dimostra il confronto tra le sentenze *Gaygusuz*²¹⁵, *Koua Poirrez* con la sentenza *Khalil*²¹⁶, in cui la tendenza della Corte di Strasburgo è quella di ritenere discriminatoria ogni differenziazione tra

²¹⁵ Sentenza Corte europea dei diritti dell'uomo, 19 settembre 1996, *Gaygusuz v. Austria*.

²¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia dell'11 ottobre 2001 - Cause riunite C-95/99, C-98/99 e C-180/99.

stranieri e cittadini che non sia fondata su giustificazioni obiettive e ragionevoli, mentre quella della Corte di giustizia prevede l'inapplicabilità del principio di parità di trattamento nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti che non siano entrati nel circuito del mercato del lavoro comunitario. Con il nuovo assetto già configurato dal Trattato di Lisbona queste differenziazioni, tuttavia, non sarebbero più giustificabili; si determinerebbe, infatti, la violazione dell'art. 14 della Convenzione in combinato disposto con l'art.1 Protocollo 1. Infatti l'obbligo per l'Unione di rispettare i diritti sanciti dalla Convenzione esigerebbe di recepire l'orientamento della Corte di Strasburgo e di riconoscere il diritto d'accesso alle prestazioni di assistenza sociale a chiunque sia nelle condizioni previste dalla legge per beneficiarne senza alcuna discriminazione. Anche se, in effetti, la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ha, in varie occasioni, sottolineato come la Convenzione non sancisca un obbligo per gli Stati membri di realizzare un sistema di protezione sociale o di assicurare un determinato livello delle prestazioni assistenziali; tuttavia, come la Corte costituzionale italiana ha rilevato, proprio rifacendosi alla giurisprudenza CEDU, nella sentenza n.187/2010 *«una volta che tali prestazioni siano state istituite e concesse, la relativa disciplina non potrà sottrarsi al giudizio di compatibilità con le norme della Convenzione e, in particolare, con l'art. 14 che vieta la previsione di trattamenti discriminatori (in tal senso, Stec ed altri contro Regno Unito, decisione sulla ricevibilità del 6 luglio 2005; Koua Poirrez contro Francia, sentenza del 30 settembre 2003; Gaygusuz contro Austria, sentenza del 16 settembre*

1996; *Salesi contro Italia*, sentenza del 26 febbraio 1993). Al tempo stesso, la Corte di Strasburgo ha anche sottolineato l'ampio margine di apprezzamento di cui i singoli Stati godono in materia di prestazioni sociali, in particolare rilevando come le singole autorità nazionali, in ragione della conoscenza diretta delle peculiarità che caratterizzano le rispettive società ed i correlativi bisogni, si trovino, in linea di principio, in una posizione privilegiata rispetto a quella del giudice internazionale per determinare quanto risulti di pubblica utilità in materia economica e sociale. Da qui l'assunto secondo il quale la Corte rispetta, in linea di massima, le scelte a tal proposito operate dal legislatore nazionale, salvo che la relativa valutazione si riveli manifestamente irragionevole (*Carson ed altri contro Regno Unito*, sentenza del 16 marzo 2010; *Luczak contro Polonia*, sentenza del 27 novembre 2007). A proposito, poi, dei limiti entro i quali opera il divieto di trattamenti discriminatori stabilito dall'art. 14 della Convenzione, la stessa Corte non ha mancato di segnalare il carattere relazionale che contraddistingue il principio, nel senso che lo stesso non assume un risalto autonomo, «ma gioca un importante ruolo di complemento rispetto alle altre disposizioni della Convenzione e dei suoi protocolli, perché protegge coloro che si trovano in situazioni analoghe da discriminazioni nel godimento dei diritti garantiti da altre disposizioni» (da ultimo, *Oršuš ed altri contro Croazia*, sentenza del 16 marzo 2010). Il trattamento diviene dunque discriminatorio – ha puntualizzato la giurisprudenza della Corte – ove esso non trovi una giustificazione oggettiva e ragionevole; non realizzi, cioè, un

*rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e l'obiettivo perseguito (ad es., Niedzwiecki contro Germania, sentenza del 25 ottobre 2005). Non senza l'ulteriore puntualizzazione secondo la quale soltanto «considerazioni molto forti potranno indurre a far ritenere compatibile con la Convenzione una differenza di trattamento fondata esclusivamente sulla nazionalità» (da ultimo, Si Amer contro Francia, sentenza del 29 ottobre 2009, ed i precedenti ivi citati)». Per tale motivo, quindi la nostra Corte Costituzionale ha ritenuto di dover condurre il suo scrutinio di legittimità proprio sulla base della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Questo potrebbe essere un esempio di quella famosa *cross fertilization* di cui parla Caruso a proposito della tutela multilivello dei diritti fondamentali.*

CAPITOLO IV

Conclusioni

1- L'effettività dei diritti sociali nella giurisprudenza multilivello. 2 - Implementazione o compressione dei diritti fondamentali? 3- Tirando le fila del discorso...le questioni ancora aperte.

1 - L'effettività dei diritti sociali nella giurisprudenza multilivello

Come abbiamo già in precedenza evidenziato, il Trattato di Lisbona non presenta considerevoli novità nel campo delle politiche occupazionali e sociali e delle relative competenze. Per tale motivo, il livello effettività dei diritti sociali può considerarsi, nel quadro istituzionale comunitario, sicuramente molto contenuto.

Infatti, all'art. 6 del TUE, si dichiara che le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati, pertanto l'unico criterio da seguire, ai nostri fini, rimane quello di esaminare la giurisprudenza che può concorrere alla concreta affermazione di diritti sociali attraverso la loro tutela.

L'unica novità a tal proposito può essere rappresentata dall'entrata in vigore della Carta di Nizza, che, con la sua forza vincolante, si va ad

inserire nel complesso sistema delle fonti nazionali e sovranazionali; quello che quindi è stato definito un sistema “multilevel” potrebbe produrre un innalzamento delle tutele o, come alcuni hanno considerato, un appiattimento dei livelli di protezione verso il basso.

Il problema riguarda, ovviamente, anche il modo in cui la vincolatività della Carta interagisce nei vari livelli ordinamentali non essendo concepibile più un sistema tipicamente gerarchico delle fonti. I rapporti tra le fonti, infatti, risultano, in questo modo, più complessi in quanto non risolvibili utilizzando i tradizionali criteri della gerarchia delle fonti o delle competenze di diverso livello, bensì ricorrendo ad un difficile coordinamento, caratterizzato da reciproche influenze e condizionamenti. Il sistema fondamentale di tutela dei diritti sociali, di conseguenza, si trova strutturato su tre livelli, ognuno difeso da un proprio organo giurisdizionale: quello costituzionale del nostro Stato, garantito dalla Corte Costituzionale, quello della CEDU preservato dalla Corte dei diritti dell'uomo di Strasburgo e quello dell'Unione Europea tutelato dalla Corte di Giustizia.

Il problema riguarda non solo l'interpretazione delle norme comunitarie, ma soprattutto i poteri del giudice nazionale di esercitare un controllo giurisdizionale diretto sulle norme comunitarie laddove esista un conflitto tra norma comunitaria e norma nazionale. In particolare se si tratta di norme ad efficacia diretta è possibile disapplicare la norma interna incompatibile; mentre se si tratta di norme non dotate di efficacia diretta occorre proporre ricorso alla Corte Costituzionale per valutare la legittimità costituzionale della norma nazionale. Tale

meccanismo opera pacificamente nel nostro ordinamento nei rapporti gerarchici tra fonti di diverso livello, ma viene in discussione laddove ci si trovi di fronte a norme dell'Unione; la Corte di giustizia nelle sue decisioni ha affermato che tale potere di disapplicazione sarebbe espressione del cosiddetto "primato" o "supremazia" del diritto comunitario sulla norma interna incompatibile. Questa teoria, nota come concezione "monista" dei rapporti tra il diritto comunitario ed il diritto interno degli Stati adottata dalla Corte di Lussemburgo, si basa sull'idea che l'Unione sia dotata di un ordinamento giuridico proprio, integrato con quelli nazionali.

A tale tesi si contrappone, però la teoria "dualista" propugnata dalla nostra, ma anche da altre corti costituzionali, che ritiene i due ordinamenti «autonomi e distinti, ancorché coordinati»²¹⁷.

Sulla scorta di tutto ciò, quindi, risulta più complessa l'indagine relativa alla portata che i principi generali, affermati nella Carta, hanno nell'ordinamento comunitario ed interno; sicuramente un ruolo importante è stato svolto dalla Corte di giustizia, che, già prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza, aveva dato enorme impulso all'applicazione dei principi generali del diritto dell'Unione. Significativa al riguardo la sopracitata sentenza *Mangold* in cui la Corte afferma che il principio di non discriminazione in ragione dell'età costituisce un principio generale del diritto dell'Unione e, pertanto, autorizza il giudice nazionale a disapplicare la normativa nazionale configgente con tale principio. Anche con la sentenza

²¹⁷ Cfr. Corte Costituzionale sentenze n. 170/84 e n. 168/91.

*Küçükdeveci*²¹⁸, vi è stato un richiamo, da parte della Corte di giustizia all'art. 21 della Carta di Nizza che prevede il divieto di discriminazione per età come diritto fondamentale di cui il giudice nazionale deve garantire la piena efficacia disapplicando la norma nazionale in contrasto, seppure il proprio diritto nazionale gli imporrebbe di adire prima la propria Corte Costituzionale. Il problema si pone allorquando, pur in presenza di un'avvenuta "comunitarizzazione" dei diritti fondamentali, ci si trovi in presenza di diritti che, seppur consentano una diretta applicazione, siano sovrapponibili con quelli riconosciuti dalle carte costituzionali interne, soprattutto allorquando l'interpretazione della Corte di giustizia confligga con quella garantita dai singoli ordinamenti.

Per evitare ciò la nostra Corte aveva già eretto delle barriere nella forma dei c.d. *controlimiti*, ritenendo che la supremazia delle norme comunitarie debba incontrare, comunque, il limite della intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili garantiti dalla Costituzione.²¹⁹

D'altra parte, lo stesso legislatore comunitario si è reso conto della necessità di raggiungere un

²¹⁸ Ved. nota n. 28 cap. III.

²¹⁹ Corte Costituzionale, sentenza n. 183 del 27 dicembre 1973; ord. n. 103 del 2008, sentenza n. 284 del 2007, ord. n. 454 del 2006, n. 284 del 2007, n. 125 del 2009 e n. 28 del 2010; va precisato che tale richiamo è stato fatto anche successivamente alla riformulazione dell'art. 6 che ha determinato l'equiparazione ai Trattati della c.d. Carta di Nizza e l'inserimento dei diritti fondamentali garantiti dalla CEDU nei principi generali del diritto dell'Unione, cfr. da ultimo sentenza n. 227 del 2010.

compromesso su tali posizioni, infatti all'art. 4, comma 2, del TUE l'Unione si impegna a rispettare l'identità nazionale degli Stati ed all'art. 6, ultimo comma, sono qualificati come principi generali dell'Unione anche i diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

Bisogna precisare, tuttavia, che l'atteggiamento delle corti nazionali è mutato nel tempo poiché si è intuito che l'unico rimedio per evitare uno svuotamento dei diritti fondamentali garantiti dai singoli ordinamenti è un dialogo circolare e "vivace" tra le corti.

Per esaminare i rapporti tra le corti interne e Corte di giustizia può essere opportuno, richiamare un caso relativo ad una questione di pregiudizialità, posta dalla Corte costituzionale belga²²⁰ per contrasto tra gli artt. 20, 21 e 23 della Carta di Nizza e l'art. 6, n.2, della Direttiva 2004/113/CE, che prevede la facoltà per i singoli stati di permettere differenziazioni legate al sesso riguardo ai premi e alla prestazioni assicurative, quando il sesso costituisca un fattore di rischio determinante e tale circostanza sia supportata da dati statistici e attuariali.

Già nelle sue conclusioni, l'avvocato generale ha detto che *«se è vero che l'Unione è un'unione di diritto, tuttavia né le sue istituzioni né i suoi stati membri sono sottratti al controllo dei loro atti "alla carta costituzionale fondamentale" dell'Unione, quale risultante dai Trattati²²¹»*; successivamente, il 1° marzo 2011, la Grande Sezione della Corte di

²²⁰ Corte di Giustizia causa C-236/09

²²¹ Conclusioni depositate in data 30 settembre 2010, punto 26.

giustizia nella Causa C-236/09, si riconosce ufficialmente Corte costituzionale del diritto dell'Unione europea, dichiarando illegittima e annullando la norma sottoposta al vaglio di legittimità. La Corte, quindi, definendosi come Corte costituzionale del diritto dell'Unione europea, si è attribuita la competenza a giudicare ed interpretare gli atti sovranazionali nel rinnovato quadro introdotto dal Trattato di Lisbona, addirittura estendendo la sua competenza al di là dell'art. 51 della Carta, ogni qual volta si tratti di diritti fondamentali dell'uomo, anche se la controversia è relativa a materia di competenza statale. Il rischio è che, dovendo, da un lato far valere i diritti fondamentali della Carta e, d'altra parte, rispettare le identità nazionali, com'è stato notato, i diritti fondamentali, finirebbero per risultare «svuotati», «sterilizzati» e «standardizzati» a livello comunitario, a tutto svantaggio delle diversità e del pluralismo che un ordinamento composito, in cui la protezione dei diritti fondamentali viene affidata alle Corti nazionali, è certamente meglio in grado di garantire²²².

Non a caso, infatti, il quadro comunitario che si è delineato dopo le decisioni della Corte di giustizia europea sui casi *Viking*, *Laval*²²³, ha destato sicuramente molte preoccupazioni in dottrina riguardo il futuro dell'Europa sociale.

²²² M. Cartabia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in AA.VV., *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona* (a cura di F. Bassanini e G. Tiberi), Bologna, 2010, pag.99 e segg.

²²³ Si rinvia alle note n.41 e 42 del Cap. III.

La posizione assunta dalla Corte di giustizia, non lascia molto spazio per i diritti sociali facendo riemergere al riguardo, il progetto iniziale della CEE che delineava l'Europa come un mercato comune. Com'è stato notato²²⁴ tali sentenze rappresentano proprio il picco di un'asimmetria, di una sorta di "contro-tempo", degli orientamenti della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo rispetto alla tutela dei diritti sociali.

2 - Implementazione o compressione dei diritti fondamentali?

A distanza di oltre tre anni dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, quindi, dell'obbligatorietà giuridica della Carta, occorre valutare se il riconoscimento dei diritti ivi previsti sia solo formale oppure se esso abbia concorso quanto meno ad una loro implementazione.

Dopo un primo momento di comprensibile "shock" iniziale seguito alle sentenze *Viking* e *Laval*, in dottrina si sono delineate due diverse posizioni: da un lato vi è chi suggerisce di valorizzare l'espressione contenuta nell'art. 3 TUE di "un'economia sociale e di mercato"²²⁵ attraverso una lettura congiunta degli

²²⁴ S. Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, op.cit., pag.41.

²²⁵ A. Alaimo , B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, op. cit.

artt. 11 TUE e 152 TFUE che si occupano di favorire il dialogo sociale con le “associazioni rappresentative e la società civile” tenendo conto delle diverse tradizioni nazionali nel rispetto della “autonomia” delle parti sociali.

Questa posizione, che potremmo definire “ottimista”, tende a riconoscere un “arricchimento di significato” nella trasposizione dei diritti sociali dal piano interno a quello dell’unione e viceversa, basandosi sulla considerazione del fatto che la Corte di giustizia, in alcune materie, avrebbe condizionato l’evoluzione dell’ordinamento dell’Unione anche andando al di là delle proprie competenze. Costoro, partendo da ciò confidano nel fatto che le storie degli stati federali «narrano di una forza di pressione considerevole che i diritti tendono ad esplicitare sul riparto della competenze, chiaramente a favore di un movimento centripeto»²²⁶.

Secondo, quindi, tale dottrina²²⁷ dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia, con la sua opera interpretativa, ha valorizzato i diritti previsti dalla Carta, anche in ambito sociale. La conclusione è tratta da una panoramica fatta su varie sentenze della Corte, tra cui, la più famosa è il caso *Zambrano*²²⁸, in cui la Carta avrebbe avuto il merito di «assegnare alla cittadinanza europea uno *status* anche “virtuale”, indipendentemente dall’esercizio in concreto delle sue prerogative, in modo da impedire

²²⁶ M. Cartabia, *L’ora dei diritti fondamentali nell’Unione europea*, op. cit.

²²⁷ Cfr. anche: G. Bronzini, *Happy birthday: il primo anno di “obbligatorietà” della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, op. cit.

²²⁸ Causa C-34/09, vedi Cap. III

forme di discriminazione alla rovescia»²²⁹. In effetti, nelle conclusioni dell'avvocato generale Sharpston del 30 settembre del 2010 si richiama l'art.2 del TUE per cercare di enucleare una competenza dell'Unione seppure non concretamente esercitata, anche se ciò, come lo stesso A.G. rileva, “comporterebbe l'introduzione di un elemento apertamente federale nella struttura del sistema giuridico e politico dell'Unione” (punto 172).

Tuttavia la Corte nella sentenza, pur tutelando in pieno il sig. Zambrano, non è ricorsa alla Carta di Nizza. Anche con la già citata sentenza *Küçüdüveci*, la Corte avrebbe implementato il principio di non discriminazione, sia come diritto che come principio, in quanto lo ha sottratto al criterio di predeterminazione tipico dei diritti. Pertanto secondo la Corte «*la Carta di Nizza occupa, attualmente, una posizione centrale nel sistema di tutela dei diritti fondamentali in seno all'Unione, essa deve costituire la norma di riferimento ogniqualvolta la Corte sia chiamata a pronunciarsi sulla conformità di un atto dell'Unione o di una disposizione nazionale con i diritti fondamentali tutelati dalla Carta stessa*»²³⁰.

Bisogna tuttavia precisare che la giurisprudenza a cui si fa riferimento riguarda solo il principio di eguaglianza che penetra trasversalmente in tutto l'ordinamento comunitario permettendo alla Corte di statuire anche laddove non vi sia un'attribuzione diretta di poteri. Com'è stato rilevato, in questo modo «*il principio di eguaglianza finisce per giocare anche*

²²⁹ G. Bronzini, op. cit.

²³⁰ Corte di giustizia, sentenza del 9 novembre 2010, cause C-92/09 e C-93/09, *Volker und Markus Schecke*.

nel processo di integrazione europea il ruolo che esso gioca di norma in tutti i sistemi politici multilivello, che è quello di spostare i confini delle competenze (e dunque di potere) fra centro e periferia, trasformandoli in confini mobili, e di estendere la giurisdizione delle corti chiamate a darvi applicazione (così rafforzando anche il potere giudiziario rispetto al potere politico). Ciò accade perché, come è stato già osservato, il principio di eguaglianza, è una “non materia”, è un meta-principio che taglia trasversalmente le sfere di competenza dell’Unione europea e degli Stati membri»²³¹.

Poiché tutto ciò è arrivato in un momento in cui vi è un problema politico di definizione dei rapporti tra l’Unione ed i singoli stati nazionali, il principio di eguaglianza e di non discriminazione potrebbe diventare «*il mezzo di una negoziazione sulla distribuzione di competenze normative e giurisdizionali fra istituzioni nazionali e sovranazionali, una negoziazione che è tuttora in atto perché manca una cornice costituzionale che integri e garantisca le differenze nel quadro di un sistema unitario*»²³².

A tale proposito si è parlato di una possibile “*incorporation strisciante*” intesa come «*un processo attraverso il quale i principi fondamentali costruiti inizialmente come limiti al potere federale si*

²³¹ M. Barbera, *Il principio di eguaglianza nel sistema europeo “multilivello”*, in Lezioni Fondazione Basso consultabile su www.fondazionebasso.it.

²³² M. Barbera, op. cit.

*impongono anche nei confronti dei singoli Stati, fino ad allora vincolati solo dalle loro Costituzioni.»*²³³

Questo processo, è stato osservato²³⁴, comporterebbe il rischio di un «colonialismo giurisdizionale» che, in nome di una battaglia di civilizzazione condotta con l'arma dei diritti fondamentali, potrebbe sacrificare i modelli culturali e sociali nazionali già esistenti.

Tuttavia bisogna evidenziare che l'Unione non è uno stato federale, ma è una forma di governo del tutto nuova e diversa da qualsiasi esperienza finora sperimentata, pertanto il pluralismo determinatosi a livello di fonti e di poteri, richiederebbe «*la creazione di canali procedurali che funzionino come strumenti di dialogo fra le alte corti nazionali e la Corte europea*»²³⁵.

Inoltre è stato posto il dubbio che l'utilizzo eccessivo della legislazione antidiscriminatoria possa arrivare ad essere, come negli Stati Uniti, l'unico baluardo per la protezione dei lavoratori. Se si prende in esame la recente giurisprudenza della Corte di giustizia, infatti, ci si accorge che la tutela dei diritti dei lavoratori passa quasi sempre attraverso il richiamo all'art. 21 della Carta di Nizza, divenendo, in tal modo, il principio di uguaglianza «*l'ultimo baluardo di garanzia in un regime giuridico che vede in un alto grado di competitività e di convergenza dei risultati economici altrettanti strumenti per assicurare una crescita economica*»²³⁶.

²³³ M. Barbera, op. cit.

²³⁴ Ancora M. Barbera, op. cit.

²³⁵ M. Barbera, op. cit.

²³⁶ F. Guarriello, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2003, n. 99-100, pag. 341 e segg.

Per i motivi sopra evidenziati un'effettiva implementazione dei diritti dei lavoratori, al di là del campo dei divieti di discriminazione, non si è finora avuta né a livello interno né comunitario, semmai il quadro interno di riferimento porta a considerazioni più pessimistiche.

Il problema della tutela *multilevel*, nell'ambito dell'ordinamento interno, si pone in tutta la sua drammaticità nel famoso caso del personale ATA²³⁷, dove viene in rilievo il *conflitto* tra le decisioni di varie corti riguardo la medesima questione; nel caso di specie uno stesso comportamento è stato considerato legittimo dalla nostra Corte costituzionale²³⁸, illegittimo dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo²³⁹ e parzialmente illegittimo dalla Corte di Giustizia²⁴⁰. La situazione che si è determinata è tale per cui due corti, la nostra Corte costituzionale e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, applicando lo stesso criterio di ragionevolezza, arrivano ad esiti opposti. D'altra parte la nostra corte ritiene di dover esercitare un controllo con riferimento alle norme CEDU. Nella sentenza n.303/2011 dice infatti che «*sui rapporti tra l'art. 117, primo comma, Cost. e le norme della CEDU, nella ricostruzione ermeneutica della Corte*

²³⁷ Per maggiori approfondimenti: N. Di Leo, *Le Corti Superiori nel sistema multilevel e opportunità di ulteriore dialogo nel caso ATA*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n.5, 2012, pag.434 e segg.

²³⁸ Cfr. sentenza Corte Costituzionale. n. 234 ed ord. n. 400 del 2007; ord. n. 212 del 2008; sent. n. 311 del 2009.

²³⁹ Sentenza CEDU, 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia.

²⁴⁰ Corte di Giustizia, sentenza 6 settembre 2011 Causa C-108/10.

europea dei diritti dell'uomo, questa Corte ha più volte ribadito i principi fissati con le sentenze n.348 e n.349 del 2007, che devono intendersi in questa sede richiamati. Alla stregua di tali principi, qualora il contrasto tra la disciplina censurata e le norme della CEDU non possa essere risolto in via interpretativa, questa Corte deve accertare se le disposizioni interne in questione siano compatibili con quelle della CEDU, come interpretate dalla Corte di Strasburgo ed assunte quali fonti integratrici dell'indicato parametro costituzionale e, nel contempo, verificare se le norme convenzionali interposte, sempre nell'interpretazione fornita dalla medesima Corte europea, non si pongano in conflitto con altre norme conferenti dell'ordinamento costituzionale italiano. Ma se questa Corte non può prescindere dall'interpretazione della Corte di Strasburgo di una disposizione della CEDU, essa può, nondimeno, interpretarla a sua volta, beninteso nel rispetto sostanziale della giurisprudenza europea formatasi al riguardo, ma "con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui la norma convenzionale è destinata a inserirsi (sentenza n. 311 del 2009)" (sentenza n. 236 del 2011)».

In tal modo, si evince chiaramente che, almeno fino all'adesione alla CEDU, la norma di cui al par. 2 dell'art. 6 del TUE, viene resa improduttiva di effetti, né la Corte ritiene che la qualificazione delle disposizioni della CEDU come principi generali del diritto comunitario possa farli rientrare nell'applicazione dell'art. 11 Cost. con il conseguente dovere del giudice nazionale di non applicare le

norme interne contrastanti con la predetta Convenzione (sentenza Corte Cost. n. 349/2007).

Anche la nostra Corte di Cassazione ha ribadito che laddove «*la materia oggetto di controversia sfugge all'ambito del diritto comunitario gli ulteriori principi in esso ora recepiti non possono avere un autonomo e diretto rilievo, tanto che non esiste spazio per devolvere agli organi di giustizia comunitari le questioni attinenti il rispetto dei principi CEDU*»²⁴¹, pertanto l'utilizzo dei principi richiamati dalla Carta, viene fatto dalla Suprema Corte solo in funzione interpretativa; in tal modo, ad esempio, la lesione del diritto all'onore ed alla reputazione viene configurato come la «*lesione di un diritto umano inviolabile, che riposa nell'art. 2 Cost. [...] ora in correlazione con il valore europeo della dignità umana, riconosciuto dall'art. 1 della Carta di Nizza, come precetto che esprime la tradizione costituzionale comune e recepita dal Trattato di Lisbona*»²⁴². Tutto ciò avvalorava la teoria di chi tende a considerare la norma di cui all'art.3 TUE, come una «formula descrittiva e non prescrittiva l'impulso che dovrebbe rimuovere gli ostacoli più consistenti verso un migliore equilibrio fra diritti sociali e libertà economiche»²⁴³.

²⁴¹ Cfr. fra tutte le sentenze della Corte di Cassazione n. 22871 del 10 novembre 2010, n. 23225 del 17 novembre 2010, n. 24217 del 30 novembre 2010 intervenute in occasione delle sentenze relative ai dipendenti A.T.A.

²⁴² Sentenza Cassazione n. 16387 del 13 luglio 2010.

²⁴³ S. Sciarra, *Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, op. cit.

Solo quindi, una legittimazione reciproca tra Corte di giustizia e le Corti Costituzionali, sulla base del rispetto dell'identità dei principi costituzionali europei e interni, potrà porre le basi per un'effettiva tutela dei diritti sociali. In tal modo la sfida multilivello consiste nell'elaborare parametri sempre più oggettivi, tali da permeare all'interno del diritto nazionale con una pratica di diritto uniforme all'interno dell'Unione²⁴⁴ sia a livello di sindacato giurisdizionale che a livello politico e di organismi sociali, affidando ad ogni soggetto, per la parte di sua competenza, il compito di rendere operativi i diritti fondamentali di natura sociale.

3 - Tirando le fila del discorso... le questioni ancora aperte.

Riallacciando le fila del discorso, possiamo sostenere, quindi che il quadro giuridico che si è delineato è basato sull'art. 6 TUE, che attribuisce formalmente alla c.d. Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei Trattati e nel contempo consente l'adesione dell'Unione alla CEDU, in modo che una volta compiuta, i diritti in essa previsti saranno utilizzabili quali «principi generali» al pari delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, oltre che sugli artt. 4 TUE, secondo cui l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati «insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale», e

²⁴⁴ S. Sciarra, op. cit.

l'art. 67, c. 1 del TFUE, il quale ribadisce il rispetto, al fine di realizzare uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia, dei diritti fondamentali.

I problemi, tuttavia nascono dal rapporto, in tema di diritti fondamentali di carattere sociale, tra il diritto nazionale e quello dell'Unione; il tutto è, inoltre, aggravato dalla posizione di "nomofilachia" che si è attribuita la Corte di giustizia, la quale comporta una eccessiva "europeizzazione"²⁴⁵ di tali diritti; infatti, com'è poi successo nel caso del diritto di sciopero, ma soprattutto per quei diritti di elaborazione giurisprudenziale costituzionale definiti di terza o quarta generazione, il rischio che si pone è che la Corte di giustizia non riesca a conoscere fino in fondo l'opera interpretativa della giurisprudenza nazionale che riesce ad essere più avanzata e sensibile alle istanze di carattere sociale dei lavoratori. Ancor di più per il fatto che ricorso pregiudiziale è configurato solo in termini «ascendenti» e non «discendenti», con un possibile arricchimento di significato solo verso le corti nazionali che, in virtù della loro storia, sono più attente alla tutela dei diritti fondamentali. Non a caso, infatti, proprio quando la Corte ha dovuto operare un bilanciamento con le libertà economiche fondamentali attraverso il criterio di ragionevolezza, sono emerse le maggiori criticità; e, dopo l'entrata in vigore della Carta di Nizza, non sembra, anche se c'è chi sostiene il contrario, che i diritti sociali abbiano assunto un «peso ponderale specifico». Come

²⁴⁵ A. Ruggeri *Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e «controlimiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.rivistaaic.it, 1/03/2011.

abbiamo chiarito, infatti, dallo stesso tenore della Carta non può sostenersi che essi siano dei “superprincipi”, ma sono posti sullo stesso piano in posizione di parità assiologica; infatti non è chiaro da dove si possa desumere una «primazia» di questi rispetto alle libertà economiche. In tal modo la tecnica del «bilanciamento tra valori» nella giurisprudenza della Corte di giustizia porterà sempre ad esiti per così dire “liberi” e non del tutto scontati, mentre la stessa tecnica utilizzata dalle Corti costituzionali nazionali per risolvere i conflitti tra diritti e principi costituzionalmente tutelati, trovando il suo «aggancio» nei testi costituzionali, vincolerà il giudice ai parametri di riferimento e gradazioni valoriali previste dalle norme «costituzionali».

Il problema si sposta, dunque, su un piano soprattutto di carattere politico, anche se la direzione presa dagli organismi istituzionali sembra ancora una volta andare nel senso opposto; a tal proposito, ad esempio, basti citare la Comunicazione della Commissione europea²⁴⁶ sulla “*flexicurity*”: essa considera gli uomini come “capitale umano” la cui “occupabilità” deve essere assicurata per rispondere alle esigenze di “creazione di valore” provenienti dai mercati finanziari. Occorre, invece, ripensare ad un diritto del lavoro ove viene in rilievo centrale il lavoratore come persona e sforzarsi di costruire un diritto e un’economia che gli permetta di esprimere la propria personalità e di soddisfare i propri bisogni, piuttosto che pensare di procurare alle imprese “risorse” umane che rispondano alle esigenze del mercato.

²⁴⁶ Comunicazione della Commissione del 27 giugno 2007, COM [2007] 359 final

A tale scopo molto interessante è stata la proposta di Alain Supiot²⁴⁷, secondo il quale uno dei modi di ridurre questo differente peso dato ai diritti economici rispetto a quelli sociali potrebbe essere quello di collegare le regole sociali a quelle commerciali attraverso la previsione, negli accordi commerciali delle c.d. *clausole sociali*²⁴⁸. Tuttavia, l'esperienza delle clausole sociali ha rivelato, nel tempo, i limiti di un criterio che si riduce a collegare le norme sociali e commerciali senza rimetterne in discussione il contenuto; quello che invece bisognerebbe attuare è sottoporre i contenuti delle norme di carattere economico al principio di giustizia sociale, e, quindi, ammettere la liberalizzazione dei capitali e delle merci solo nella misura in cui essi favoriscono effettivamente l'esercizio da parte di tutti gli esseri umani del «diritto di tendere al loro progresso materiale ed al loro sviluppo spirituale in condizioni di libertà, di dignità, di sicurezza economica, e con possibilità eguali». In questa angolazione andrebbe quindi letto l'art. 3 TUE, che parla di «*un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale*» poiché l'economia deve essere strettamente vincolata alla dimensione solidale e sociale che deve legare, ormai, in una visione globale, i lavoratori di tutto il mondo.

²⁴⁷ A. Supiot, *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, in *Lavoro e Diritto*, XXV, n. 3, 2011, pagg. 518 e segg.

²⁴⁸ Si tratta di clausole che consentono ad uno stato di subordinare l'apertura delle proprie frontiere al rispetto, da parte dei suoi partner commerciali, dei diritti fondamentali del lavoratore.

BIBLIOGRAFIA

Abignente A., Bronzini G., Caruso B., Militello M., Ricci G., Sciarra S., Zoppoli L., I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello (a cura di Bruno Caruso e Mariagrazia Militello) in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”, *Collective Volumes* - 1/2011.

Alaimo A., Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 60/2008.

Alaimo A. – Caruso B., 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.

Ales E., Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un’analisi «genealogica» in RDSS, anno IX, n. 3, 2009.

Arlotta A., La tutela dei diritti dell’uomo a seguito dell’entrata in vigore del Trattato di Lisbona: rapporti tra normativa interna e CEDU, in Giur. Merito, n.2, 2011.

Baldassarre A., Diritti sociali, Enciclopedia giuridica Treccani, vol. XI, Roma, 1989.

Ballestrero M.V., Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano in Lavoro e Diritto, n.4, 2000, pagg. 547-574.

Ballestrero M.V., Europa dei mercati e promozione dei diritti in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT – 55/2007, pag.12 e segg.

Ballestrero M.V., Il valore e il costo della stabilità, in Lavoro e Diritto, XXI, n.3, 2007.

Ballestrero M.V., Le sentenze Viking e Laval: la Corte di Giustizia «bilancia» il diritto di sciopero, in Lavoro e Diritto, 2008, n. 2, pag. 371 e segg.

Blanke T.- Europa sociale: un modello comune per evitare una corsa al ribasso? In Diritti Lavori Mercati, 2009.

Barbera M., Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità, in M. Barbera (a cura di), Il nuovo diritto antidiscriminatorio, Milano, 2002, pag. XLIII.

Barbera M., Eguaglianza e differenza nella nuova stagione del diritto antidiscriminatorio comunitario, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2003, fasc. 99-100, pag. 406 e segg.

Barbera M., Il principio di eguaglianza nel sistema europeo “multilivello”, Lezioni Fondazione Basso consultabile su www.fondazionebasso.it.

Besselink L.F.M., Entrapped by the Maximum Standard: On Fundamental Rights, Pluralism and Subsidiarity in the European Union, in CMLR, 1998, pag. 629 e segg.

Borelli S., Art. 20. Uguaglianza davanti alla legge, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), La Carta dei diritti dell’Unione Europea. Casi e materiali, Chimienti, Taranto, 2009, pag. 243 e segg.

Bronzini G., Flexicurity e nuovi diritti sociali in Diritti, lavori, mercati, n. 3/2007.

Bronzini G., I diritti fondamentali nell’ordinamento integrato e il ruolo della Corte di Giustizia, in D & L – Rivista critica di diritto del lavoro, n. 4/2009.

Bronzini G., Happy birthday: il primo anno di “obbligatorietà” della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia, in W.P., Massimo D’Antona, Collective volumes n. 1/2011 (a cura di B. Caruso e M. Militello), I diritti sociali tra costituzione italiana e ordinamento europeo: il ruolo della giurisprudenza multilivello.

Bronzini G., La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine “costituzionale” per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?, in . Atti del I Workshop in Diritto dell’Unione europea e internazionale , E. Falletti, V. Piccone (a cura di), L’integrazione

attraverso i diritti. L' Europa dopo Lisbona, Aracne, Roma, pag. 35 e segg.

Caponi R., Addio ai «controlimiti» (Per una tutela della identità nazionale degli Stati membri dell'Unione europea nella cooperazione tra le corti)-Relazione al II Workshop di diritto internazionale e dell'Unione- Venezia, 8-9 aprile 2011 in www.europeanrights.eu/.../2011-Caponi UE e Identit nazionale.doc.

Carabelli U., Note critiche a margine delle sentenze della Corte di Giustizia nei casi Laval e Viking, in Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, n.117, 2008, pag. 148 e segg.

Carabelli U., Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica, in Studi sull'integrazione europea, 2011.

Carinci F., Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un' "Europa" in cammino in Argomenti di Diritto del Lavoro, n.1/2011.

Cartabia M., Principi inviolabili e integrazione europea, Giuffrè, Milano, 1995, pag. 42.

Cartabia M., L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea, in M. Cartabia (a cura di), I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti

fondamentali nelle Corti europee, Il Mulino, Bologna, 2007, pag.18.

Cartabia M. (a cura di), I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee, Il Mulino, Bologna, 2007.

Cartabia M., Le sentenze gemelle: diritti fondamentali, fonti, giudici, in Giur. cost., 2008.

Cartabia M., I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. Verso nuovi equilibri? Giorn. dir. amm., 2010, pag. 22.

Caruso B., I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking) in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT – 61/2008.

Caruso B., Militello .G., La Carta di Nizza nel diritto vivente giurisprudenziale: una ricerca sulle motivazioni dei giudici (2000-2008) in Riv. it. dir. lav., 2009, III, pag. 147 e segg.

Caruso B., I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento costituzionale europeo, in Trattato di Diritto privato dell’Unione Europea, diretto da Ajani, Benacchio, Il lavoro subordinato, a cura di Caruso - Sciarra, Giappichelli, Torino, 2009.

Caruso B., I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve) in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” INT – 81/2010.

Caruso B., Alaimo A., 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.

Caruso B., Alaimo A., Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 87/2011.

Celotto A., L'Europa dei diritti, commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Il Mulino, Bologna, 2001.

Comanducci P., Assaggi di metaetica due, Giappichelli, Torino, pag. 42.

Conforti B., Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali, in Rivista internazionale dei diritti dell'uomo, n. 2, pag. 424.

Cosio R., Foglia R., Il diritto del lavoro nell'Unione Europea, Giuffrè, Milano, 2011.

Curcio L., Guariso A., Articolo 21. Non discriminazione, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), La Carta dei diritti dell'Unione Europea. Casi e materiali, Taranto, Chimienti, 2009.

Danisi C., Il principio di non discriminazione dalla CEDU alla Carta di Nizza, in: www.forumquadernicostituzionali.it

D'Antona M., Sistema giuridico comunitario, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra (a

cura di), Dizionario di diritto del lavoro comunitario, Il Mulino, Bologna, 1996, pag. 3 e segg.

D'Antona M., Il diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità, in RGL, I, 1998.

Deakin S., Wilkinson F., « Capabilities», ordine spontaneo del mercato e diritti sociali, in DML, n.2 2000.

Delfino M., Il principio di non regresso nelle direttive in materia di politica sociale, in Dir. rel. ind, n. 3, 2002.

Del Punta R., I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza, in Dir. rel. ind., 2001, pag. 340.

Di Leo N., Il Trattato di Lisbona, la disapplicazione e un ordine sistemico delle fonti nel sistema multilevel, in Il Lavoro nella giurisprudenza, n.8/2010.

Ferrajoli L., Dai diritti del cittadino ai diritti della persona, in Zolo D. (a cura di), La cittadinanza. Appartenenza, identità, diritti, Roma-Bari, Laterza, 1994.

Ferrajoli L., Diritti fondamentali, in Teoria Politica, n. 2/ 1998.

Ferrajoli L. Diritti fondamentali. Un dibattito teorico, Laterza, Roma-Bari, 2002, pag. 29.

Ferrante V., Codice Europeo del Lavoro. Le principali norme della Comunità europea in materia sociale, Franco Angeli, Milano, 2009.

Ferrante V., Dignità dell'uomo e diritto del lavoro, in Dignità e diritto nei rapporti economico-sociali, Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università Cattolica del Sacro Cuore, Quaderno 3, 2010, pag. 47 e segg.

Gaeta L., Sussidiarietà e sicurezza sociale: una prospettiva storica dell'approccio “ a più livelli” in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” INT – 32/2005.

Giubboni S., Diritti sociali e mercato, Il Mulino, Bologna, 2003, pag. 249 e segg.

Giubboni S., Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea, in Quaderni di diritto del lavoro, 2004.

Giubboni S., Libera circolazione delle persone e solidarietà europea, in Lavoro e Diritto, 2006, n.4, pagg.611-638.

Giubboni S., Orlandini G., La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea, Il Mulino, Bologna, 2007.

Giubboni S., Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze in RDSS, anno IX , n. 2, 2009.

Giubboni S., “Diritti e politiche sociali in Europa dopo il Trattato di Lisbona. Problemi e prospettive” in Atti del “Convegno in ricordo di Massimo Roccella - I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona”, Roma, 14 giugno 2011.

Giubboni S., I diritti sociali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità, in *Persona e mercato*, Saggi, n. 1/2011.

Jacobs G., Human Rights in the European Union: the Role of the Court of Justice, in *ELR*, 2001.

Kelsen H., La dottrina pura del diritto, Einaudi, Torino, 1966, pag. 159.

Lyon-Caen G., L’infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence, in *Droit ouvrier*, 1992.

Luciani M., Sui diritti sociali, in *Democrazia e Diritto*, n.4,1994-1, 1995.

Luciani M., Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo, in *Arg. dir. lav.*, 2009, I., pag.16.

Maestro Buelga G., I diritti sociali nella Costituzione europea, in *RSS*, 2006, pag. 89 e segg.

Mancini G.F., Principi fondamentali di diritto del lavoro nell’ordinamento delle Comunità europee, in *AA. VV.*, Il lavoro nel diritto comunitario e nell’ordinamento italiano, Cedam, Padova, 1988, pag. 26.

Mastroianni R., I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali, in *Diritto pubblico europeo e comparato*, n. IV/2010, p. XXI e segg.

Mazziotti F., Diritti fondamentali e solidarietà nei rapporti di lavoro, in *Il diritto del mercato del lavoro* n.3/2010.

Melloni M., Il Trattato di Lisbona e la Carta di Nizza- L'introduzione nel diritto comunitario dei principi e dei diritti fondamentali dell'Unione Europea e della C.E.D.U. – Le prime applicazioni da parte della Corte di Giustizia dell'UE in www.europeanrights.eu.

Militello M., Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (art. 3 Cost., art. 20 e art. 21 Carta di Nizza) in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT - 77/2010*.

Olivieri F., "La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività" in *RDSS*, anno VIII, n. 3, 2008, pag. 513 e segg.

Orlandini G., Riflessioni a margine del dibattito sui diritti sociali fondamentali nell'Unione europea, in *Diritti lavori mercati*, n.7, 2009.

Orlandini G., Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca

dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008.

Orlandini G., La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post Lisbona, consultabile su www.europeanrights.eu/public/commenti/Monti_II_final.pdf

Orlandini G., Libertà economiche e cittadinanza sociale europea, in www.fondazionebasso.it

Paciotti E., L'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali, Lezioni fondazione Basso in www.europeanright.it.

Peces-Barba Martinez G., Diritti sociali: origini e concetto, in *SD*, 2000, n.1, pag. 33.

Pergolesi F. Alcuni lineamenti dei diritti sociali, Giuffrè, Milano, 1958.

Pinelli C., “Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo” in *Europa e dir. priv.* 2011, n. 2, pag. 401.

Pistorio G., Le discriminazioni a rovescio derivanti dall'applicazione del diritto comunitario, in www.europeanrights.eu.

Raveraira M., L'ordinamento dell'Unione Europea, le identità costituzionali e i diritti fondamentali in *RDSS*, anno XI, n. 2, 2011, pagg. 325 e segg.

Roccella M., T. Treu, Diritto del lavoro della Comunità Europea, Cedam, Padova, 2002, pag. 203 e segg.

Roccella M., T. Treu, Diritto del lavoro della Comunità europea, Cedam, Padova, 2007, pag. 9 e segg.

Roccella M., Diritto del Lavoro della Comunità Europea, Cedam, Padova 2009.

Rodotà S., La Carta come atto politico e come documento giuridico, Riscrivere i diritti in Europa. Introduzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, Bologna, Il Mulino, 2001.

Romagnoli U., Verso l'Europa dei diritti di libertà: quale libertà?, in Eguaglianza & Libertà, Rivista di critica sociale, maggio 2009, consultabile su www.eguaglianzaeliberta.it/articolo.

Ruggeri A., Rapporti tra Corte costituzionale e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e «controlimiti» mobili, a garanzia dei diritti fondamentali, in www.rivistaaic.it, 1/03/2011.

Scharpf F.W., Joerges C., What is left of the European economic constitution? A melancholic eulogy, in European Law Review, 2004.

Sciarabba V., La tutela europea dei diritti fondamentali e il giudice italiano, Relazione al II Workshop in Diritto internazionale e dell'Unione, Venezia, 8 e 9 aprile 2011 in

www.forumcostituzionale.it/site/images/.../pdf/.../0276_sciarabba.pdf.

Sciarra S., Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali, in ADL, n. 2, 2001, pag. 391 e segg.

Sciarra S., Market Freedom and Fundamental Social Rights, EUI Working Papers, Law, n.3, 2002.

Sciarra S. - Caruso B. (a cura di) I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo, Il lavoro dipendente, tomo V, Torino, Giappichelli, in Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. Ajani e G. Benacchio, 2009.

Sciarra S., Il diritto di sciopero nel dialogo fra corti. Casi nazionali a confronto dopo *Laval*, in Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, n. 131, anno XXXIII, 2011, n. 3.

Serrano M. L., Sul carattere fondamentale dei Diritti sociali, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" INT – 70/2009.

Strozzi G., Il sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali dopo Lisbona: attualità e prospettive, in Dir. Un. Eur. 2011, 04, pag. 837 e segg.

Supiot A., *Giustizia sociale e liberalizzazione del commercio internazionale*, in Lavoro e Diritto, XXV, n. 3, 2011, pagg. 518 e segg.

Veneziani B., Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario, in RGL, I, 2000, pag. 719 e segg.

Veneziani B., La Corte di Giustizia e il trauma del cavallo di Troia, in Riv. giur. lav., II, 2008.

Vettor T., Uguaglianza e Diritto del lavoro, e P. Caretti, Uguaglianza e Diritto comunitario, in "Le Regioni dell'Uguaglianza", Atti del VI Convegno della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Milano Bicocca, a cura di M. Cartabia e T. Vettor, Giuffrè, Milano, 2009, pag.199 e segg.

Vettor T., Lavoro a termine e impiego privato: regime delle decadenze e sanzioni dopo la Legge n. 183 del 2010 al vaglio dei giudici, in ADL, n.3,2012, pag. 749 e segg.

Villani U., La politica sociale nel Trattato di Lisbona in Atti del Convegno in ricordo di Massimo Roccella, «I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona», Roma, 14 giugno 2011.

Zagrebelsky G., Il diritto mite. Legge, diritti, giustizia, Einaudi, Torino, 1992.

Zilio Grandi G., Diritti sociali e diritti nel lavoro, Giappichelli, Torino, 2006.

Ziller J.– Il Nuovo Trattato Europeo, Il Mulino, Bologna, 2007

Zoppoli L., Licenziabilità e occupabilità, dove va l'Europa?, *Diritto Lavori e Mercati*, 2006, pag. 499 e segg.

Zoppoli A., Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero l'autonomia collettiva negata), in *Diritti Lavori Mercati*, 2008, 1, pag. 151 e segg.