

Dipartimento di Scienze Giuridiche
dell'Università degli Studi di Ferrara

4

I DIRITTI DEI LAVORATORI NELLE CARTE EUROPEE DEI DIRITTI FONDAMENTALI

A CURA DI

SILVIA BORELLI – ANDREA GUAZZAROTTI – SARA LORENZON



Jovene editore
2012

Il volume raccoglie le riflessioni sviluppate a partire dal Convegno «I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali», organizzato dal Dipartimento di Economia Istituzioni e Territorio e dal Dipartimento di Scienze giuridiche dell'Università degli studi di Ferrara, il 25 e 26 novembre 2011.

DIRITTI D'AUTORE RISERVATI

© Copyright 2012

ISBN 978-88-243-2141-9

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA

Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87

web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

I diritti di riproduzione e di adattamento anche parziale della presente opera (compresi i microfilm, i CD e le fotocopie) sono riservati per tutti i Paesi. Le riproduzioni totali, o parziali che superino il 15% del volume, verranno perseguite in sede civile e in sede penale presso i produttori, i rivenditori, i distributori, nonché presso i singoli acquirenti, ai sensi della L. 18 agosto 2000 n. 248. È consentita la fotocopiatura ad uso personale di non oltre il 15% del volume successivamente al versamento alla SIAE di un compenso pari a quanto previsto dall'art. 68, co. 4, L. 22 aprile 1941 n. 633.

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

SILVIA BORELLI, ANDREA GUAZZAROTTI, SARA LORENZON	
Il tema	p. 1

RELAZIONI

GIUSEPPE BRONZINI	
I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali: il ruolo della Corte di giustizia	» 3
DAVID THÓR BJÖRGVINSSON	
The European Convention on Human Rights and Trade Union Rights	» 27

INTERVENTI

FABRIZIO BANO	
Il diritto del lavoro in 3d. Lo spazio giuridico dei diritti sociali dopo <i>Laval</i>	» 43
SARAH BARUTTI	
Diritti sociali fondamentali, servizi e mercato in Ue: quale bilanciamento?	» 53
SILVIA BORELLI	
Esiste un principio di non discriminazione per ragioni sindacali nel diritto dell'Unione europea?	» 63
VANIA BRINO	
La giurisprudenza degli organi di controllo <i>Oil</i> e il dialogo virtuoso con la Corte di Strasburgo	» 73
ALESSIA COZZI	
La Carta di Nizza nella giurisprudenza italiana del lavoro	» 83
MARCO DANI	
I diritti dei lavoratori tra costituzionalismo statale e diritto del mercato unico europeo	» 95

PIETRO FARAGUNA	
<i>Viking-Laval-Rüffert</i> un mosaico di conflitti di difficile (ri)composizione	p. 107
STEFANO GUADAGNO	
Conseguenze nazionali delle sentenze CGE e sviluppi nell'ambito del conflitto industriale nell'Unione Europea	» 117
ANDREA GUAZZAROTTI	
La Corte EDU come contrappeso: alla ricerca di sinergie tra Convenzione, Carta Sociale Europea e OIL	» 127
SARA LORENZON	
I diritti sociali secondo la Corte europea di giustizia: l'ermeneutica incide sul costo dei diritti?	» 137
ALBERTO MATTEI	
Possibili tecniche di tutela dei diritti fondamentali per il lavoro transnazionale	» 151
GIOVANNI ORLANDINI	
La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona	» 157
ALESSIO PAPA	
Economia come politica sociale? Indicatori di sviluppo possibile	» 183
SILVIA SPINACI	
La tutela del lavoratore nella giurisprudenza della Corte di giustizia, tra libertà economiche e diritti sociali	» 197
VOLKER TELLJOHANN, ISABEL DA COSTA, TORSTEN MÜLLER, UDO REHFELDT, REINGARD ZIMMER	
Accordi Quadro Europei - un passo verso l'europeizzazione delle relazioni industriali?	» 205
SERENA ZITTI	
Crisi: ...e poi? Considerazioni per una proposta	» 217

TAVOLA ROTONDA

MARZIA BARBERA	
Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo	» 229
FRANCESCO DENOZZA	
<i>Viking & Laval</i> : un bilanciamento «mostruoso»?	» 241

CESARE PINELLI

Il lavoro, la Costituzione e il «mostro» europeo p. 247

SERGIO BARTOLE

Riflessioni conclusive » 253

Elenco degli autori » 259

SILVIA BORELLI, ANDREA GUAZZAROTTI, SARA LORENZON

IL TEMA

Le ormai note sentenze della Corte di giustizia *Viking*, *Laval*, *Rüffert* hanno aperto la strada a un dibattito europeo in tema di conflitto tra diritti fondamentali dei lavoratori e libertà economiche, giungendo a toccare elementi cruciali delle relazioni industriali: il diritto di sciopero e le libertà sindacali. In termini da più parte giudicati contrari alle tradizioni costituzionali nazionali, la Corte di giustizia è dunque giunta dove la lettera del Trattato sembrava finora scongiurare qualsiasi interferenza dell'Unione, escludendone le competenze legislative (art. 153.5 TFUE). Parallelamente, la Corte europea dei diritti dell'uomo è anch'essa entrata nel nucleo più interno alle relazioni industriali attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 11 CEDU e del diritto ivi sancito di dar vita a sindacati e di farvi parte: riconoscendo i diritti di contrattazione collettiva e di sciopero Strasburgo ha smentito un pluridecennale orientamento che lasciava agli Stati un ampio margine d'apprezzamento circa strumenti e poteri da riconoscere alla tutela collettiva dei lavoratori (casi *Demir*, *Enerji Yapi*). Sebbene con esiti ben più favorevoli ai lavoratori, anche in ambito CEDU si assiste a un fenomeno analogo a quello dell'UE: lo spostamento a livello europeo della decisione «costituzionale» sulla tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Il fenomeno è l'ennesima prova della natura trasversale e potenzialmente illimitata delle competenze «economiche» enumerate dell'UE, la quale, dopo aver giocato a favore dei lavoratori (ad esempio nei casi relativi alla parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori in materia retributiva), gioca ora a loro sfavore; non si tratta solo della casistica giurisprudenziale del Lussemburgo ma anche delle politiche promosse dalla Commissione (v. «Strategia Europa 2020»): qual è l'approccio più efficace per correggere o influire sugli orientamenti della Corte di giustizia e, più in generale, sulle politiche dell'UE? Prendere atto dell'irreversibilità dello «*spill-over*» e cercare di ipotizzare nuovi «contropoteri» (come la stessa Corte EDU) che correggano i bilanciamenti «inequali» tra economia di mercato e lavoro, oppure invocare in radice il vizio di competenza dell'UE? Il problema delle competenze dell'UE, inoltre, gioca

come ostacolo alla diretta invocazione dei diritti sindacali dei lavoratori nell'ordinamento UE, i quali hanno prevalentemente rivestito soltanto un ruolo di limite alle libertà economiche garantite dai Trattati; potrebbe parlarsi di una asimmetria della *Drittwirkung* dei contrapposti diritti in gioco. Può un sistema così congegnato garantire effettivo equilibrio tra libertà economiche e diritti sindacali? La prospettiva della CEDU, almeno finora, sembra inversa, laddove i diritti sindacali fondati sull'art. 11 costituiscono il fuoco della tutela sovranazionale e le libertà economiche solo un limite.

E ancora, credere nella bontà di correttivi «tecnico-giuridizari» (includendo le «giurisprudenze» degli organi di controllo dell'OIL e della Carta sociale europea, valorizzate dal nuovo corso della Corte EDU), o valutare tale protagonismo dei giudici come la prova della debolezza degli attori politici nazionali ed europei? Quale poi il ruolo degli attori sindacali europei? La contrattazione transnazionale ed europea può (almeno in parte) sopperire all'assenza di una legislazione europea?

E infine, quali sono le ripercussioni interne generate dalla giurisprudenza della Corte di giustizia? In particolare, la disapplicazione delle regole a tutela dei lavoratori e l'illegittimità delle azioni collettive nei confronti degli operatori transnazionali potrebbero generare discriminazioni «a rovescio» ai danni degli imprenditori interni colpiti o minacciati da azioni collettive? Come incidono le pronunce delle Corti europee sulla portata della direttiva servizi (2006/123) e in generale sulle politiche del lavoro nazionali? Quale ruolo possono svolgere le Corti nazionali (specie costituzionali) per la difesa dei propri ordinamenti giuridici? L'identità costituzionale, espressamente menzionata nell'art. 4.2 TUE, può essere utilizzata come scudo difensivo contro l'attacco ai diritti dei lavoratori condotto con le pronunce *Viking*, *Laval*, *Rüffert*?

GIUSEPPE BRONZINI

I DIRITTI DEI LAVORATORI
NELLE CARTE EUROPEE DEI DIRITTI FONDAMENTALI:
IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

«la nozione di cittadinanza, che implica uno status giuridico del singolo, impone agli Stati membri di prestare un'attenzione specifica alla situazione giuridica del singolo. A tal fine i diritti fondamentali svolgono un ruolo essenziale. Come parte integrante dello status di cittadino, i diritti fondamentali rafforzano la posizione giuridica della persona, introducendovi una dimensione determinante ai fini della giustizia sostanziale del caso».

Conclusioni avv.to Generale Colomer 15 maggio 2008
in causa C-228/07, *Petersen*¹

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Il «Progetto Carta»: dalla giurisprudenza «pretoria» alla giurisprudenza «costituzionale». – 3. La Carta di Nizza *in action*: la Corte di giustizia e la sfera di efficacia del *Bill of rights* dell'Unione. – 4. Le tecniche di bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali: verso un superamento del «*Laval quartet*»? – 5. La Carta come fonte di interpretazione.

1. *Premessa*

In questo contributo il tema della protezione dei *social rights* ad opera della Corte di giustizia verrà, anche per questioni di spazio, esaminato sotto il più limitato angolo visuale della promozione nella giurisprudenza della Corte, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, della Carta di Nizza, che – come diremo – rappresenta sotto questo profilo il punto di conclusione di un lento processo di tutela in «via pretoria» di tali diritti e, auspicabilmente e in prospettiva, la piattaforma normativa di un più incisivo e convinto intervento in materia sociale dei giudici dell'Unione e dello stesso rafforzamento della dimensione propriamente normativa del capitolo sociale dell'Unione.

¹ Citato in S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, 210.

In quest'ottica le questioni di efficacia e di implementazione della Carta, pur di ordine generale, dovrebbero avere un rilievo più significativo in questo settore che in altri, se si condivide l'idea, peraltro molto diffusa, che nell'ambito del diritto sovranazionale le questioni sociali siano ancora troppo spesso riservate alla discrezionalità ed all'autonomia dei *member states*, che rimangono, nella sostanza, «signori» della solidarietà, non solo dei Trattati².

Per consolidata tradizione le sentenze della Corte di giustizia sono commentate da accademici e molto raramente da magistrati; questo approccio squisitamente dottrinario alle decisioni dei giudici del Lussemburgo può forse dipendere dalla natura di «fonte del diritto», immediatamente applicabile negli ordinamenti interni, delle decisioni della Corte che incentiva una disamina ricostruttiva di tipo oggettivo, «normativa in senso stretto» che ama autodescrivere libera da contaminazioni ideologiche, tipica della cosiddetta scienza del diritto, mentre, in genere, l'interprete giudiziario risulta maggiormente condizionato ed influenzato, anche per la maggiore responsabilità istituzionale, nel suo *ius dicere* quotidiano da istanze di giustizia che provengono da quell'ambiente sociale cui la regola, la norma o la sentenza dovrebbe dare una risposta persuasiva e credibile³. Tuttavia l'esame degli orientamenti (ancora in corso di stabilizzazione, ma di estremo rilievo) della Corte di giustizia in merito all'efficacia ed al rilievo della Carta di Nizza nella tutela dei diritti fondamentali dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, può essere a stento separata da questioni sostanziali, di ordine «valoriale» più che formale, che riguardano gli scopi ultimi del «sogno europeo», l'orizzonte di una «integrazione attraverso i diritti» che proprio la Corte di giustizia ha, con straordinaria efficacia, perseguito ignorando – se non violando – la lettera dei Trattati, sin dall'inizio degli anni 70, disegno che si è finalmente completato, facendosi più ordinato e razionale, con il processo di codificazione della materia dei *fundamental rights* avutosi con la stesura, decisa al Consiglio di Colonia nel 1999, della Carta dei diritti Ue⁴. Si cercherà in questo intervento di esaminare il più possibile obiettivamente quanto emerge sul punto dalla giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, ma è nostra convinzione che il *favor integrationis* che emerge da

² Cfr. M. FERRERA, S. SACCHI, Un'Europa più sociale?», in S. MICOSI, G.L. TOSATO (a cura di), *L'Unione europea nel XXI secolo. Nel dubbio per l'Europa*, Bologna, 2008, 47 ss.

³ Per una teoria dei diritti fondamentali post-positivista ed aperta al ruolo della giurisprudenza, in specie costituzionale cfr. R. ALEXY, *Teoria dei diritti fondamentali*, Bologna, 2012.

⁴ D. ANDERSON, C. MURPHY, *The Charter of fundamental rights: History and prospects in post-Lisbon agenda*, EUI W.P. n. 8/2011.

essa sia con pienezza afferrabile solo assumendo come precomprensione ermeneutica, per dirla con Hans Georg Gadamer, l'idea di una tutela europea dei *fundamental rights* in quanto asse più avanzato e meno problematico nella costruzione di un ordinamento federale, sia pure di tipo nuovo, nel vecchio continente. Questo resoconto certamente può essere a tratti influenzato dalla sensibilità di chi scrive (federalista convinto), tuttavia si tenterà con puntuali riferimenti a quanto asserito dalla Corte sulla base del *Bill of rights* di Nizza dal 1.12.2009, di spiegarne la plausibilità, di cercare di riscattare, sul piano dell'onere argomentativo, il pregiudizio (positivo) a partire dal quale verrà esaminata questa evoluzione, di affermarne la sua, continuando ad usare concetti gadameriani, «veridicità».

Il mio intento è, quindi, di mostrare (non uso deliberatamente il termine «dimostrare» molto inadatto per l'interpretazione di linee di tendenza giurisprudenziali) l'aspetto costituzionale dell'opera di codificazione condotta nel 2000 ed anche il rilievo che questa può avere, e che in parte sta già avendo, nel rafforzare in specifico la tutela dei diritti socio-economici e di quei «nuovi diritti» che con i primi mantengono un'aria di famiglia, sia per la loro morfologia e per il loro nucleo concettuale nel comportare obblighi di prestazioni in capo agli Stati, sia per la loro attitudine ad incidere sulla condizione sociale del destinatario⁵, che la Carta di Nizza integra con grande originalità tra le prerogative del «cittadino» europeo. È certamente difficile una riflessione oggi di questa natura, che riesca a tener conto anche dell'impatto che le decisioni della Corte di giustizia hanno o potrebbero avere nel medio periodo sugli ordinamenti

⁵ Tra i «nuovi diritti», in genere esclusi dal novero dei diritti del lavoro e della sicurezza sociale più tradizionali riconosciuti dalle Costituzioni interne vengono in considerazione innanzitutto il diritto al reddito minimo garantito chiaramente stilizzato all'art. 34 terzo comma; il diritto di accesso a servizi gratuiti di collocamento (art. 29) e quello alla formazione professionale e continua (art. 14 primo comma). Da notare come sia stata formulato un nuovo *fundamental right*, completamente estraneo alla trama costituzionale dei paesi membri, con l'art. 27 sui diritti dei lavoratori all'informazione e consultazione nei luoghi di lavoro, di derivazione squisitamente sopranazionale, almeno riguardo al suo *status* di pretesa di ordine costituzionale. Importanti per il loro rilievo sociale: la protezione dei consumatori (art. 38); il diritto di accesso ai servizi d'interesse economico generale (art. 36); il diritto di accesso a documenti dell'Unione (art. 42); la protezione dei dati di carattere personale (art. 8). Sul tema dei «nuovi diritti» cfr. G. BRONZINI, *Flexicurity e nuovi diritti sociali*, in *Diritti, lavori, mercati*, n. 3/2007, 509 ss. Sul reddito minimo come diritto fondamentale europeo cfr. G. BRONZINI, *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in *DRLI*, n. 2/2011, 225 ss. Sul diritto di consultazione ed informazione nei luoghi di lavoro cfr. S. LEONARDI (a cura di), *La partecipazione dei lavoratori nell'impresa*, Roma, 2010; G. BRONZINI, *Diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa*, in *Rassegna di diritto europeo*, n. 1/2010, 27 ss.

interni. Il cammino della Carta come Testo di natura vincolante avviene in una situazione di gravissima e drammatica crisi in cui versa lo stesso processo di integrazione, minato alla radice dai rischi di conflagrazione dell'euro e, sulla sua scia, dalla torsione in senso intergovernativo delle istituzioni Ue, costrette ad accettare per ragioni di emergenza l'approvazione in *extremis* di un Trattato internazionale il 3.3.2012 (*fiscal compact*), destinato ad essere paradossalmente implementato attraverso organi «comunitari» (cfr. il ruolo attribuito alla Corte di giustizia), nonostante il «*niet*» di Gran Bretagna e Repubblica Ceca⁶. Ad entrare in crisi è stata, peraltro, proprio la componente più squisitamente economica e funzionalista del processo di integrazione e, secondo un'interpretazione molto diffusa, in ragione della mancanza di elementi di coesione e solidarietà tra Stati membri, non risolti dal *fiscal compact* e, semmai accentuati, non essendo state predisposte politiche comuni economiche e sociali (oggi in parte solo quelle fiscali), accettando così il passaggio sia pure graduale ad un'Unione politica, necessario *pendant* di una moneta comune⁷. È chiaro che le terribili convulsioni istituzionali in atto (che peraltro hanno estromesso completamente il Parlamento europeo e creato una sorta di direttorio franco-tedesco) disgregano la «compattezza in generale» delle istituzioni Ue⁸ e non possono non avere conseguenze anche sull'autorità del suo organo giurisdizionale supremo, facendo dubitare dell'imparzialità e dell'efficacia del «diritto dell'Unione» complessivamente inteso. L'*empasse* del «sistema Ue» peraltro ha comportato dall'ottobre del 2008 («il quadriennio europeo maledetto», come è stato chiamato) l'interruzione di qualsiasi progettazione e rilancio del «modello sociale europeo», tanto da portare recentemente addirittura il Governatore della BCE ad ipotizzarne la «morte»⁹. Il dialogo sociale europeo appare inceppato ed inca-

⁶ L'Irlanda ha invece indetto un referendum, dall'esito piuttosto incerto.

⁷ Cfr. G. BRONZINI, *Solidarietà, coesione, diritti fondamentali nel calvario istituzionale dell'Unione*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, Bari, 2012, 129 ss.

⁸ Per una appassionata, quanto improbabile difesa del progetto europeo come separato dal destino dell'euro cfr. J.H.H. WEILER, *Destini separati per l'euro e la nuova Ue*, in *Isole24ore*, 27.12.2011.

⁹ Per capire il drastico cambiamento di umore a proposito dei destini dell'Unione europea basta confrontare due articoli del premio nobel per l'economia Paul Krugman usciti a distanza di circa un anno, entrambi sul New York Times. Nel primo, tradotto dalla rivista Internazionale (P. KRUGMAN, *Come salvare l'Europa*, in Internazionale 28.1.2011), l'insigne economista *liberal* si lancia in una appassionata difesa del «modello sociale europeo» e delle speranze federaliste coltivate negli oltre 50 anni che ci separano dal Trattato di Roma, attraverso le politiche d'integrazione economica e funzionale. Di fronte all'esplosione della crisi economica internazionale, certamente causata da mani americane, l'Unione è stata all'inizio molto più pronta e reattiva attraverso le scelte occupazionali e garantiste compiute dalla gran parte

pace non solo di provocare interventi legislativi analoghi a quelli adottati alla fine degli anni 90, ma anche solo di costringere ad una manutenzione ed ad una razionalizzazione delle vecchie direttive. Alla celeberrima «*Lisbon agenda*» è stata sostituita una scolorita «Agenda Europa 20-20», che della prima ha ribadito gli obiettivi, senza voler prendere in considerazione mezzi più efficaci per realizzarli¹⁰. Il *focus* dell'azione europea è ormai incentrato sull'*austerità* e sul contenimento del debito pubblico deciso negli ultimi Accordi, che volutamente ignorano la dimensione dei diritti sociali, o in ogni caso la riservano alla competenza nazionale, sempre più inadeguata a garantire solidarietà ed uguaglianza di opportunità in un contesto di un mercato unico con una moneta federale: la grande en-

degli Stati membri, ma condivise dagli organi di Bruxelles, che si sostanziano per il diritto del lavoro nel divieto del licenziamento ingiustificato ed a livello di *welfare* dell'attribuzione, almeno ai soggetti a rischio di esclusione sociale, di un reddito minimo garantito. Nel primo anno della crisi nell'Ue non si sono, anche grazie a tali scelte istituzionali, verificate le dilaceranti conseguenze avvenute in USA con milioni di senzatetto, privati persino della copertura sanitaria. Tuttavia la crisi ha mostrato un gravissimo problema di coesione e di solidarietà all'interno dell'inedito ordinamento sovra-nazionale in quanto la costruzione dell'euro è rimasta incompiuta e monca, difettando degli essenziali meccanismi di elaborazione di una comune politica fiscale, economica e sociale, in mancanza dei quali l'euro finisce con lo scatenare una guerra endo-europea distruttiva per i paesi più deboli, che non vengono aiutati a stare al passo dei più forti. L'esempio di quel che è accaduto con il fallimento del Comune di Los Angeles e quel che è occorso alla Grecia illumina la differenza tra un regime federale e una situazione ancora incerta di mera «sovra-nazionalità». Krugman non esita quindi nel prescrivere una vigorosa «cura»federalista, si tratta di completare il processo iniziato con la Dichiarazione Schuman che «fece imboccare all'Europa la strada dell'unità. Finora questo cammino, anche se lentamente, ha sempre seguito la strada giusta. Ma le cose cambieranno se il progetto dell'euro fallirà». Dopo un anno il nuovo intervento sembra provenire da un'altra penna (P. KRUGMAN, *Depression and democracy*, in *New York Times*, 11.12.2011): »first of all the crisis of euro is killing the european dream. The sharred currency, which was supposed to bind nations toghether, has instead created an atmosfere of bitter acrimony». Krugman vede ora solo politiche recessive che avvitano gli Stati europei in un destino di disoccupazione e privazioni che destabilizza i regimi politici, soprattutto quelli più fragili come l'Ungheria nella quale si sta rafforzando senza grandi contrasti, aiutato dall'ansia che monta di fronte ad una Unione che chiede solo *austerità* e sacrifici, un partito xenofobo di estrema destra. I leader europei dovrebbero ripensare con urgenza le loro fallimentari politiche economiche e il loro riflesso sulla tenuta democratica del continente (senza confidare troppo sul fatto che non ci sono nuovi Hitler all'orizzonte); si tratta di un'emergenza assoluta rispetto alla quale la stessa caduta della moneta unica appare secondaria. L'analisi, come si vede, si tinge di nero, ora l'Europa viene dipinta come quel male radicale che gli USA devono cercare di evitare, archiviata ormai l'idea del rilancio del progetto federale di Spinelli o Schuman. Nello stessa linea d'onda di quest'ultimo intervento P. KRUGMAN, *Greece*, in *New York Times*, 13.3.2012. Sulla vicenda in chiave più giuridica cfr. l'editoriale della *Common market law review* n. 6/2011, *The Greek sovereign debt tragedy: approaching the final act?*, 1777 ss.

¹⁰ Cfr. G. BRONZINI, *Le politiche europee di lotta alla povertà e di contrasto dell'esclusione sociale: un deficit di effettività*, in C. PINELLI (a cura di), *Esclusione sociale*, Roma, 2012.

fasi di questi anni sulla nozione di *flexicurity*¹¹ sembra ormai esaurita e della *catchword* che doveva indirizzare e guidare le politiche sociali dei *member states* non vi è neppure una traccia nelle Conclusioni degli ultimi vertici, pur cruciali per il destino del vecchio continente. Tuttavia è opportuno sottolineare ancora che, per quanto si dirà, ad entrare in crisi non è certo stata l'Europa dei diritti, malgrado l'ambizione ed anche la complessità della «codificazione» avutasi con la Carta di Nizza nella materia della tutela dei diritti fondamentali. Nonostante tutto le due Corti europee sembrano cooperare con una certa spontaneità, né dopo i noti casi *Viking* e *Laval*, sembrano essersi verificati momenti di frattura insanabile con alcune tradizioni costituzionali interne; la stessa Corte tedesca nel caso *Honewell*¹² è sembrata molto dialogica e comunque collaborativa con la Corte del Lussemburgo e la Carta, sia pure con qualche ritardo, sta penetrando nella mentalità dei giudici comuni. Il «progetto Carta di Nizza» si sta rivelando un successo in una prospettiva di rafforzamento delle istituzioni dell'Unione verso un necessario «salto federale», in quanto il *Bill of rights* di Nizza bene rappresenta e simboleggia il lato sostanziale e valoriale della rivoluzionaria nozione di cittadinanza europea¹³ che, varata con disinvoltura a Maastricht, rappresenta oggi l'unica via di uscita, come chiave di riforma dell'Unione, dalle attuali difficoltà in cui versa una costruzione di tipo funzionalistico, per dirla con Jürgen Habermas, che si trova a dover fronteggiare problemi di legittimità e di efficacia istituzionale non gestibili in base ai soli paradigmi dell'integrazione sistemica, ma istruibili e risolvibili solo attingendo alla dimensione dell'integrazione sociale, alla semantica dei diritti fondamentali, all'elaborazione di forme autentiche di solidarietà paneuropea¹⁴.

¹¹ Cfr. G. BRONZINI, *L'Europa ed il suo modello sociale: l'innovazione istituzionale alla prova*, in *RDSS*, n. 1/2008, 97 ss. e più recentemente L. ZOPPOLI, *La flexicurity in Europa: appunti per la riforma del mercato del lavoro in Italia*, in *WP Massimo D'Antona.IT*, n. 141/2012

¹² Cfr. R. CAPONI, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, in *www.astridonline.it*.

¹³ Cfr. E. PACIOTTI, *I diritti fondamentali, la cittadinanza europea, le prospettive dell'Europa* e L. MOCCIA, *La cittadinanza come «cuore federale» dell'Unione*, entrambi in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *Il nucleo gordiano...*, cit., rispettivamente 65 ss. e 55 ss. Su nesso tra diritti fondamentali e cittadinanza sovranazionale v. M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al trattato di Lisbona. Edizione riveduta e aggiornata*, a cura di F. Bassanini, G. Tiberi, Bologna, 2010, 99 ss. Dal punto di vista sociale cfr. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003.

¹⁴ Sul punto si condividono le conclusioni del volume di GIUBBONI, *Diritti e solidarietà...*, cit. Si vedano le critiche dal punto di vista «democratico» di J. HABERMAS al *Trattato fiscal compact*, in *L'Europa dei cittadini, più democrazia, meno mercati finanziari*, in *Repub-*

2. *Il «Progetto Carta»: dalla giurisprudenza «pretoria» alla giurisprudenza «costituzionale»*

Il «tempo della scrittura» della Carta¹⁵ ha coinciso con un momento altissimo, forse il più alto nei sessant'anni di storia dell'integrazione europea del dibattito costituzionale continentale¹⁶. Dall'esperienza fortuntissima della sua stesura in soli sei mesi e con il metodo del «consenso» (quindi senza votazioni) ad opera della prima Convenzione si passò ben presto alla più ambiziosa e complessiva progettazione di un Trattato costituzionale i cui elementi essenziali, nonostante i fallimenti referendari del 2005 e il progressivo indebolimento della tensione e partecipazione *pro-europee*, sono stati poi recepiti dal Trattato di Lisbona¹⁷. È quindi indubitabile come agli stessi «signori dei Trattati» fosse evidente, già al Consiglio di Colonia che decise nel 1999 il varo della prima Convenzione, il contenuto costituzionale di tale operazione capace, anche solo dal punto di vista simbolico, di sprigionare una dinamica di forte accelerazione nella strutturazione di un soggetto politico-istituzionale «sovranazionale», se si considera che nella «modernità» la legittimazione dei corpi politici avviene con il doppio canale della delegazione verticale della volontà attraverso i meccanismi di rappresentanza, nonché via garanzia dei diritti fondamentali¹⁸. Tuttavia è possibile, cercando di isolare la «codificazione» dal contesto storico-istituzionale in cui è stata avviata, fermare alcuni obiettivi «minimi» di questa, posti a base della complessa

blica, 12.3.2011 e in una versione più ampia in www.resetonline.it: il filosofo di Francoforte distingue tra l'integrazione tra Stati che regola il riparto di competenze e la sfera di potere delle istituzioni sopranazionali e l'integrazione dei cittadini che riguarda la qualità democratica di questo crescente potere comune, ossia la misura in cui i cittadini possono partecipare e decidere i problemi dell'Europa. Per la prima volta dall'istituzione del P.E. l'intensificazione della prima integrazione non ha coinciso con una corrispondente crescita dell'integrazione civica dei cittadini.

¹⁵ Si richiama il titolo del volume di C. PINELLI, *Il tempo della scrittura*, Bologna, 2002

¹⁶ Cfr. AA.VV., *Sfera pubblica e costruzione europea*, Annali 2001, Fondazione Basso, Roma, 2001; *What kind of constitution for what kind of polity? Responses to Joschka Fischer*, a cura di J. Joerges Y. Meny, H.H. Weiler, Firenze 2001; *Diritti e costituzione nell'Unione europea*, a cura di Zagrebelsky, Bari, 2003; A. MANZELLA, P. MELOGRANI, E. PACIOTTI, S. RODOTÀ, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, 2001; G. BRONZINI, *La Carta dei diritti fondamentali: dal progetto di un modello sociale europeo alla costituzionalizzazione dell'Unione*, in *Europa politica. Ragioni di una necessità*, a cura di H. Friese, A. Negri, P. Wagner, Roma, 2002, 187 ss.

¹⁷ Sulla reale portata del Trattato di Lisbona, in rapporto al Progetto di Trattato costituzionale cfr. F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, cit.; G. BRONZINI, F. GUARRIELLO, V. PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell'Europa. Diritti istituzioni, politiche*, Roma, 2009.

¹⁸ Sul punto cfr. J. HABERMAS, *Fatti e norme. Contributi ad una teoria discorsiva del diritto e della democrazia*, Napoli, 1996.

operazione attivata con la convocazione della prima Convezione (formula del tutto inedita in contesti sovra-nazionali) nella storia dell'integrazione europea. Senza dover insistere su di un passaggio del processo di costruzione di un'«Europa dei diritti» oggetto di ampie ricostruzioni¹⁹ e servendoci come riferimento dello studio che ne costituisce la premessa, il Rapporto della «Commissione Simitis» del 1999 (ripreso poi dalla Commissione Dehaene, poco prima di Colonia) le finalità istituzionali della Carta risiedevano non solo nella necessità di dare certezza e visibilità ai *fundamental rights* protetti in linea di principio dell'ordinamento europeo e conferire una solida legittimazione all'operato della Corte di giustizia²⁰, ma anche nell'equiparazione dello *status* dei *social rights* a quello goduto dai diritti e dalle libertà già riconosciute dalla Cedu sin dal 1950. Sebbene la Corte avesse da tempo incluso nell'alveo della sua tutela «pretoria» anche diritti di natura sociale, si è nel tempo fatto notare la discutibile connessione su cui si fondava questa protezione: i diritti di tipo socio-economici non venivano tutelati in sé e per sé, come *fundamental rights* (come avviene in genere nella giurisprudenza costituzionale nazionale), ma solo in vista del raggiungimento degli obiettivi della Comunità, ancora di tipo prevalentemente economico. Si trattava di una tutela di tipo «occasionalistica» o «derivata» per la quale solo il pericolo di *dumping* sociale o la distorsione della concorrenza in un mercato unificato dava luogo all'intervento garantista della Corte di giustizia. Insomma il meccanismo voluto dalla Corte la «sovraesponneva» rendendola, in mancanza di un chiara fonte ricognitiva dei diritti degli «europei», più simile ad un legislatore, che ad un giudice (ancorché di rango elevatissimo). Inoltre i diritti di natura sociale finivano per essere «sotto-dimensionati»; pur essendo state approvate ben due Carte sociali europee (quella comunitaria del 1989 e quella del Consiglio d'Europa del '96) e pur richiamando il Trattato di Amsterdam tali Carte, si era finito per assegnare ad esse un mero valore simbolico, mentre il Consiglio d'Europa ha progressivamente reso sempre più stringenti gli obblighi di rispetto delle norme della Cedu. L'Unione finiva così per disconoscere nella aule

¹⁹ Rimando al mio, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, in corso di pubblicazione nel volume, R. COSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle Corti; sull'integrazione attraverso i diritti ed il ruolo della Corte*. Cfr. L. AZZENA, *L'integrazione attraverso i diritti. Dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1998; R. Calvano, *La Corte di giustizia e la costituzione europea*, Padova, 2004, *La Carta e le Corti: I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, a cura di G. Bronzini, V. Piccone, Taranto, 2007, *I costituzionalisti e la tutela dei diritti nelle Corti europee*, a cura di S. Panunzio, Padova, 2007.

²⁰ Non bastando il riferimento equivoco e generico alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri prevista nella vecchia formulazione dell'art. 6 TUE, soprattutto in una Unione così affollata ed eterogenea.

di giustizia il suo carattere sociale, pur rafforzato con importanti norme del Trattato di Amsterdam e con il varo della strategia europea dell'occupazione. Pertanto il Consiglio di Colonia demandò alla Convenzione il compito di elaborare una Carta dei diritti, attingendo come fonti dai Trattati, dalle principali direttive, dalla giurisprudenza delle due Corti europee sovra-nazionali, dai documenti di matrice internazionale, dalle due Carte sociali e, ovviamente, dalla Cedu. La Convenzione ha puntualmente recepito il mandato, non solo affermando il principio di «indivisibilità» tra i diritti protetti nel Preambolo della Carta, ma anche strutturando il solenne Elenco per valori e non per rapporti o settori, proprio al fine di evitare che, diversamente, si potesse arrivare ad una nuova gerarchizzazione tra pretese soggettive: l'unico diritto che, nel sistema disegnato dalla Carta sembra godere di uno *status* privilegiato, è quello alla dignità in quanto come affermato dalle *explanations* alla stessa: «la dignità della persona non è soltanto un diritto fondamentale in sé, ma costituisce la base stessa dei diritti fondamentali», seguendosi così l'orientamento del Tribunale costituzionale tedesco.

Pertanto volendo sintetizzare questi obiettivi, logicamente separabili dal più ampio progetto di riforma e razionalizzazione dell'ordinamento Ue, fallito in seguito ai due «no» referendari nel giugno del 2005 di Francia ed Olanda, si mirava ad introdurre nel contesto ordinamentale europeo ed a catena in quelli interni collegati al primo, un punto di vista interno di natura costituzionale, legato ad una *higher law*, certamente prodotto delle tradizioni costituzionali, ma filtrate, sublimite e condotte a «sistema» nella complessa opera di «codificazione» della materia. Si tratta del progetto e del disegno che soprattutto le opere di Ingolf Pernice e di Armin von Bogdandy ci restituiscono in termini di *multilevel constitutionalism*²¹ o di *founding principles*²², un costituzionalismo europeo, ovvia-

²¹ Cfr., I. PERNICE, R. KANITZ, *Fundamental rights and multilevel constitutionalism in Europe*, in *WHI paper*, n. 7, 2004 e i più recenti I. PERNICE *The Treaty of Lisbon and fundamental rights*, *WHI paper*, n. 7/2008 e dello stesso Autore, *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, *WHI paper*, n. 2/2009. Per una riflessione, a più voci, sul nuovo sistema multilaterale cfr., *Law and democracy in the post-national Union*, a cura di O. Eriksen, C. Joerges, F. Rödl, *Arena Report*, n. 1/2006

²² Cfr. *Principles of european constitutional law*, a cura di J. Bast, A. Von Bogdandy, Oxford, 2010; cfr. il numero monografico sui principi costituzionali europei della rivista *European law Journal*, n. 16/2010, e da ultimo A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo*, Napoli, 2011. Cfr. A. STONE SWEET, *The european Court of Justice and the judicialization of EU governance*, *Living Reviews in european governance*, n. 2/2010; certamente nel 2000 si nutrivano ambizioni più alte connesse all'elaborazione della Carta, come una *constitutional review* (sulla base della Carta) su ogni atto interno, a prescindere dalle ripartizioni di competenza ad opera della Corte di giustizia ed un sindacato della stessa anche «per omissione», ma tali obiettivi non

mente, che integra a pieno titolo e secondo criteri di eguaglianza di *status* tra diritti di diversa generazione la dimensione sociale e quella dei «nuovi diritti» di cittadinanza; una diversa opzione oltraggerebbe, peraltro, il nucleo normativo più profondo delle Costituzioni dei paesi fondatori e di molti altri *member states*²³.

3. *La Carta di Nizza in action: la Corte di giustizia e la sfera di efficacia del Bill of rights dell'Unione*

Certamente emerge dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dopo l'entrata in vigore del *Lisbon Treaty*, un uso sistematico e molto diffuso delle disposizioni della Carta comprovato se non altro dal mero dato numerico delle sentenze che la richiamano ormai circa 80, cui si aggiungono decine di decisioni del Tribunale di prima istanza ed innumerevoli conclusioni degli avvocati generali²⁴. Tuttavia non si tratta di un mero incremento quantitativo, ma – ci pare – di un salto qualitativo. L'entrare in scena della Carta come parametro di legittimità costituzionale del diritto dell'Unione può seguire due strade, di cui la prima è certamente più spettacolare in quanto porta all'annullamento dell'atto, operazione già praticabile per contrasto con i diritti fondamentali dal Trattato di Nizza, ma rilanciata con forza sulla base di una *higher law* scritta e formulata con tale solennità: come esempio altamente simbolico di un controllo le-

sembrano allo stato alla portata della giurisprudenza: cfr. A. KNOOK, *The Court, the Charter and the vertical division of powers in Eu*, in *Common Market Law Rev.*, 2005, 385 ss. Cfr. anche, se vuoi, G. BRONZINI, *Il rilievo della Carta di Nizza nella crisi del processo costituzionale europeo*, in AA.VV., *Per un'Europa costituzionale*, Ediesse, Roma, 2006, 37 ss.; ID., *Il nuovo costituzionalismo europeo nella crisi istituzionale dell'Unione*, in S. CINGARI (a cura di), *Europa, cittadinanza confini, Dialogando con Etienne Balibar*, Pensa Multimedia, Lecce, 2006, 275 ss.

²³ Per la dottrina italiana cfr. M. LUCIANI, *Diritti sociali e costituzione europea*, in *Associazione italiana dei costituzionalisti, Annuario 1999. La Costituzione europea*, 2000, 507 ss.

²⁴ Certamente le decisioni in cui le norme della Carta hanno svolto un ruolo importante sono molte di più, in quanto spesso la Corte nella prima sentenza richiama espressamente la disposizione del testo di Nizza (ad esempio in Corte di giustizia, 15 luglio 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania* si richiama l'art. 28, mentre in Corte di giustizia, 12 ottobre 2010, causa C-45/09, *Rosenbladt* solo quanto stabilito dalla prima decisione sul medesimo diritto fondamentale) o si indicano talvolta i *fundamental rights* in gioco, senza ricordare che sono protetti dalla Carta come nella *El Didri* del 28.4.2011, C-61/11 PPU. Nella celebre sentenza *Kadi* (C-402/05) del 3 settembre 2008 la Corte ha fatto uso della Carta (all'epoca non vincolante); nelle numerosissime decisioni che applicano i «principi Kadi» questa non sempre è citata. Per un elenco dettagliato delle sentenze pronunciate dai Giudici del Lussemburgo che richiamano la Carta, con l'indicazione del diritto in questione dal 1.12.2009 rinvio al mio, *Il plusvalore della Carta di Nizza*, cit.

gittimità «sostanziale» delle norme sovra-nazionali, che assume finalmente la semantica dei diritti fondamentali come codice privilegiato di riferimento, si può citare la decisione del 1° marzo 2011, causa C-236/09, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL*²⁵, in cui viene in parte annullata una direttiva parità uomo/donna proprio per la lesione ingiustificata del principio costituzionale europeo di parità tra i sessi, stilizzato all'art. 23 della Carta. Appare però cruciale anche il ruolo del *Bill of rights* Ue nel consentire una interpretazione garantista ed evolutiva della normativa comunitaria. Nell'importante decisione del 22 novembre 2011, *Scarlet Extended SA* (causa C-70/10)²⁶, la Corte, ad es., arriva ad escludere che vi sia un obbligo per un fornitore di accesso ad Internet di predisporre un sistema di filtraggio di tutte le comunicazioni che transitano per i suoi servizi, in particolare mediante programmi *peer to peer* (per tutta la clientela, a titolo preventivo, a sue spese e senza limiti nel tempo), perché tale obbligo porterebbe a mortificare i diritti fondamentali europei del rispetto della *privacy* e della libertà di informazione (artt. 8 e 11), anche se tale esenzione può comportare la lesione sia del diritto di proprietà che di impresa (che sono diritti economici tutelati dalla stessa Carta). La Corte giunge a tale conclusione in quanto osserva che «le direttive 2000/31, 2001/29, 2004/48, 95/46 e 2002/58, vanno lette in combinato disposto ed interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili» (punto 54). È evidente che, nel caso in esame, si è realizzato un bilanciamento ragionevole tra libertà economiche ed altre pretese soggettive primarie (anche di interesse pubblico, come la libertà di informazione) ed inoltre che, anche se non attraverso la tecnica dell'annullamento, la Corte perviene ad una interpretazione costituzionalmente orientata, alla luce della Carta, della legislazione sovra-nazionale, la quale, come insieme di provvedimenti con finalità prevalentemente di natura economica strettamente connesse al mercato unico continentale, viene indirizzata verso il rispetto di finalità più ampie e comprensive²⁷. Tuttavia l'efficacia della Carta in campo sociale si gioca soprattutto nell'impatto che avrà sulla legislazione nazionale e nell'orientamento dei Giudici comuni, in considerazione della limitatezza della legislazione dell'Unione nel settore e, spesso della sua *ratio*, diretta non tanto ad accordare diritti fondamentali ai singoli, ma ad

²⁵ Non ancora pubblicata in *Racc.*

²⁶ Non ancora pubblicata in *Racc.*

²⁷ Per il rispetto degli artt. 7 e 8 della Carta in rapporto al trattamento dei dati personali cfr. anche la sentenza della Corte di giustizia, 24 novembre 2011, cause C-468/10 e C-469/10, *Asociación nacional de establecimientos financieros de crédito*, non ancora pubblicata in *Racc.*

armonizzare le prassi nazionali in modo da evitare il devastante fenomeno del *social dumping* tra Stati membri. Se la Carta non dovesse riuscire ad imporre, almeno per le questioni di fondo attinenti al rapporto di lavoro, una dimensione protettiva di fonte europea anche nel campo interno, i *social rights* verrebbero ad essere riservati nei fatti ad una protezione nazionale, sempre più manifestamente inadeguata a conferire agli stessi effettività e pienezza contenutistica.

Il codice costituzionale dei diritti fondamentali di rilievo europeo, saldato con l'approvazione della Carta di Nizza, implica che si dia, pertanto, un'interpretazione ragionevole dell'art. 6 del TUE e della connessa «clausola orizzontale» (e delle altre clausole pretese dalla Gran Bretagna per limitare l'impatto della «svolta» del 2000) sull'applicazione della Carta di cui all'art. 51 della stessa²⁸, che disciplinano l'impatto della Carta negli ordinamenti interni consentendo ad essa di permeare, attraverso un controllo «diffuso» di legittimità ogni ambito giuridico investito dal diritto dell'Unione e quindi ai cittadini europei di ricorrere, più come regola che come eccezione, ad un comune Testo di garanzie, forgiando, in tendenza, una condivisa cultura dei diritti, leva potente per ulteriori passaggi di tipo federale²⁹. Ora ci sembra di poter dire che la Corte dal 1.12.2009 solo in casi eccezionali e indubitabili di mancanza di qualsiasi rapporto, anche molto indiretto, con norme dell'Unione ha dichiarato l'inapplicabilità della Carta (e quindi anche la propria incompetenza); non solo per l'esistenza di una consolidata giurisprudenza della Corte per cui la questione va considerata come di diritto comunitario (la Carta è oggi in virtù dell'art. 6 TUE è diritto dell'Unione con rango primario) ogni qualvolta la fattispecie interna cada in qualche modo nel cono d'ombra³⁰

²⁸ Si ricorda sul punto l'art. 6 del Trattato Ue: «Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati» e l'art. 51 cpv. della Carta: «La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati»; tale ultima clausola va interpretata in connessione con il primo capoverso dell'art. 51 secondo cui: «Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi ed organismi dell'Unione (...) come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione»; sul punto le *Spiegazioni* alla Carta più estensivamente parlano di applicazione della Carta quando gli Stati agiscano «nell'ambito di applicazione» del diritto sovranazionale.

²⁹ Cfr. B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. SCIARRA, B. CARUSO, *Il lavoro subordinato*, vol. V *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* (diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO), Giappichelli, Torino, 2010, 707 ss.

³⁰ Come si afferma nel primo Report (leggibile a: http://www.oppic.it/index2.php?option=com_docman&task=doc_view&gid=310&Itemid=60) è sufficiente un mero *link* tra diritto dell'Unione e norma interna (non si vede quale possa essere un termine più generico ed onnicomprensivo del termine utilizzato) sull'applicazione della Carta del 2010, strumento in-

di questo, anche in modo parziale o in via del tutto indiretta, ma anche per l'affidamento che i Giudici del Lussemburgo fanno sull'interpretazione della questione *prima facie* fatta dal giudice di rinvio in chiave di cooperazione tra organi giudiziari diversi nel sistema multilivello europeo (anche alla luce dell'art. 4 TUE). Nella recente sentenza del 15 marzo 2012, *Sibilio*, C-157/2011, a proposito della molto contestata in sede interna possibilità di ricondurre la fattispecie dei «lavori socialmente utili» nell'alveo di protezione della direttiva sui contratti a termine, la Corte di giustizia ha precisato con forza questo orientamento: «in proposito occorre ricordare che, secondo una costante giurisprudenza, nel contesto della cooperazione tra la Corte e i giudici nazionali prevista dall'articolo 267 TFUE, spetta esclusivamente al giudice nazionale, cui è stata sottoposta la controversia e che deve assumersi la responsabilità dell'emananda decisione giurisdizionale, valutare, alla luce delle particolari circostanze di ciascuna causa, sia la necessità di una pronuncia pregiudiziale per essere in grado di pronunciare la propria sentenza sia la pertinenza delle questioni che sottopone alla Corte. Pertanto, dal momento che le questioni poste riguardano l'interpretazione del diritto dell'Unione, la Corte è, in via di principio, tenuta a statuire (v., segnatamente, sentenze del 13 marzo 2001, *PreussenElektra*, C-379/98, *Racc.*, p. I-2099, punto 38; del 22 maggio 2003, *Korhonen e a.*, C-18/01, *Racc.*, p. I-5321, punto 19, nonché del 19 aprile 2007, *Asemfo*, C-295/05, *Racc.*, p. I-2999, punto 30). Ne consegue che la presunzione di rilevanza inerente alle questioni proposte in via pregiudiziale dai giudici nazionali può essere esclusa solo in casi eccezionali e, segnatamente, qualora risulti manifestamente che la sollecitata interpretazione delle disposizioni del diritto dell'Unione considerate in tali questioni non abbia alcun rapporto con la realtà o con l'oggetto del procedimento principale (v., segnatamente, sentenze del 15 dicembre 1995, *Bosman*, C-415/93, *Racc.*, p. I-4921, punto 61, nonché del 1° aprile 2008, *Governo della Comunità francese e governo vallone*, C-212/06, *Racc.*, p. I-1683, punto 29). Tenuto conto dell'oggetto del ricorso principale e delle informazioni fornite dalla decisione di rinvio, è giocoforza constatare che le questioni sottoposte non sembrano meramente ipotetiche e che la Corte dispone degli elementi di fatto e di diritto necessari a fornire una risposta utile a tali questioni. Va altresì constatato che il fatto che il giudice del rinvio non abbia ancora effettuato il confronto, richiesto dalla clausola 4, punto 1, dell'accordo quadro, tra le at-

trodotto per monitorare gli effetti della Carta, accanto alla valutazione di impatto all'inizio del processo legislativo. La precedente Comunicazione della Commissione sull'*enforcement* della Carta è leggibile a: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0573:FIN:EN:PDF>.

tività svolte dai lavoratori socialmente utili e dagli altri lavoratori dipendenti assunti dal Comune non comporta che le questioni sollevate da detto giudice siano meramente ipotetiche. Infatti, la scelta del momento più idoneo per interrogare la Corte in via pregiudiziale è di competenza esclusiva del giudice nazionale (v., in particolare, sentenze del 30 marzo 2000, JämO, C-236/98, *Racc.*, p. I-2189, punti 30 e 31, nonché del 7 gennaio 2004, X, C-60/02, *Racc.*, p. I-651, punto 28 e la giurisprudenza ivi citata). Nel caso di specie, il Tribunale di Napoli ha deciso di esaminare preliminarmente la questione se la direttiva 1999/70 e l'accordo quadro si applichino ad un rapporto, come quello di cui al procedimento principale, tra un lavoratore socialmente utile e l'amministrazione pubblica per la quale svolge determinate attività, dato che un siffatto rapporto non è qualificato come rapporto di lavoro nel diritto nazionale. Se così fosse, detto Tribunale chiede altresì se una normativa nazionale come quella che ha dato origine alla controversia sottopostagli violi il principio di non discriminazione sancito dalla clausola 4 dell'accordo quadro. Pertanto, è gioco-forza constatare che non risulta in modo manifesto che l'interpretazione della direttiva 1999/70 e dell'accordo quadro chiesta dal giudice del rinvio sia irrilevante rispetto alla decisione che quest'ultimo è chiamato ad emettere. Di conseguenza, la domanda di pronuncia pregiudiziale deve essere dichiarata ricevibile».

Ed ancora: gli ostacoli frapposti su iniziativa britannica all'applicazione della Carta, e cioè il richiamo alle *Spiegazioni*³¹ come limite all'interpretazione e la distinzione tra diritti e principi, non sono mai stati utilizzati in questa prospettiva. La Corte ha sempre considerato le prerogative richiamate della Carta come diritti in senso proprio; anzi nel caso del principio di non discriminazione l'ha implementato come diritto ed al tempo stesso come principio, in quanto sottratto ai quei criteri di pre-determinazione e precisione definitiva, tipici dei diritti. Ed ancora le *Spiegazioni* sono state utilizzate solo per verificare la corrispondenza tra le

³¹ Si tratta delle spiegazioni alla Carta redatte a cura dal Praesidium della prima Convenzione e revisionate marginalmente, sempre dallo stesso organo e senza alcuna votazione – neppure per acclamazione, in vista dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. In sede di negoziati per l'approvazione del detto Trattato la Gran Bretagna ha imposto un «rafforzamento» del valore di tali *explanations*, onde mitigare la creatività giurisprudenziale attraverso i richiami alla Carta attraverso il terzo comma dell'art. 6 TUE che così recita «I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni». La dottrina in genere ritiene che la norma obblighi solo il giudice a tenerle in considerazione, come nel caso dei lavori preparatori di una legge, ma certamente il valore di queste spiegazioni non eccede il piano meramente indicativo.

norme della Carta e quelle della Cedu (*ex art. 52, comma 3*), mai come orizzonte intrascendibile di interpretazione³². La Corte, anche attraverso questo uso «costruttivo» delle *Spiegazioni* ha saputo saldare la propria giurisprudenza con quella della Corte cugina di Strasburgo, in sostanza ampliando lo spettro delle proprie *chance* interpretative e quindi offrendo una lettura propositiva, dal punto di vista «euro-unitario», del rapporto tra Carta e Cedu³³.

La Corte si è lasciata così le mani libere: posto che i diritti delle due Carte si corrispondevano, sono stati valorizzati gli orientamenti di Strasburgo, ma lasciando impregiudicata la possibilità³⁴ – secondo la lettera dell'art. 52, comma 3³⁵ – di un trattamento di miglior favore del diritto dell'Unione, nel quale rientra, e con rango primario equiparato ai Trattati, la stessa Carta. Dopo Lisbona, infatti, non può più revocarsi in dubbio che per «diritto dell'Unione» si debbano intendere i *fundamental rights* così come ricostruiti dai giudici di Lussemburgo³⁶. Questi, in buona sostanza, possono con tale opzione scegliere i migliori precedenti nel repertorio proprio ed in quello della Corte Edu, visto che si è evitato (con l'aiuto in verità della formulazione della stessa Carta) il *cul de sac* nel quale si è «autocostretta» la nostra Corte costituzionale attraverso troppo rigide e nette affermazioni sul privilegio interpretativo riservato alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo in relazione ai diritti protetti nella Cedu³⁷. Ma v'è molto di più. Un'ulteriore via di espansione dei casi di applicazione della Carta sembra aprirsi con la sentenza nel caso *JMcB*³⁸,

³² Viceversa, la nostra Corte costituzionale, nella sentenza n. 138/2010 sulle nozze *gay*, ha utilizzato le *Spiegazioni* come limite al riconoscimento del diritto, dando alle stesse un rilievo in genere escluso dalla migliore dottrina ed anche, nei fatti, dalla stessa Corte di giustizia.

³³ Sulla Cedu, sul dialogo tra le Corti in materia di diritti fondamentali, sulle tecniche di bilanciamento, cfr. R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, 2011.

³⁴ Come si evince chiaramente da Corte di giustizia, 5 ottobre 2010, *JMcB*, cit., punti 53 ss.

³⁵ La norma così recita: «Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa»: se si considera, come ormai appare scontato, che la Carta – *ex art. 6 TUE* – sia da considerarsi diritto dell'Unione, allora la norma sopra citata consente alla Corte di giustizia di offrire, via Carta di Nizza, una tutela più ampia. Va anche ricordato che, secondo la prevalente dottrina, tutti i diritti della Cedu sono riportabili a diritti della Carta.

³⁶ Cfr. V. SCIARABBA, *Tra fonti e Corti*, Padova, 2008.

³⁷ Cfr. soprattutto le sentenze della Corte nn. 311 e 317 del 2010.

³⁸ Corte di giustizia, 5 ottobre 2010, causa C-400/10 PPU, non ancora pubblicata in *Racc.*

con cui una decisione pacificamente adottata con criteri interni in tema di diritti genitoriali su minori è stata sottoposta, essendo stata fatta valere in altro Stato (come da regolamento n. 2201/2003/CE), al vaglio del rispetto dei diritti della Carta, in particolare dell'art. 7 e del «rivoluzionario» art. 24³⁹. È verissimo che la Corte si mantiene bene attenta a proclamare che non si intende esaminare nel merito una decisione che certamente non ha legami con il diritto dell'Unione, tuttavia il *link* viene rinvenuto proprio nella richiesta di far valere in altro Stato quanto accertato in determinato Stato membro, attraverso un regolamento comunitario, e quindi sia pur sommariamente, viene eseguito quantomeno un controllo di coerenza sostanziale tra i principi costituzionali espressi nella Carta ed il *decisum* interno.

Altri due vettori di grande importanza nell'applicazione della Carta sono: quello già ricordato dell'art. 47, diritto assunto quasi come una norma di chiusura per imporre comunque la salvaguardia sostanziale delle pretese azionate in chiave europea; ed ovviamente quello della non discriminazione, in cui le direttive a pioggia ed a maglie larghissime dell'Unione offrono quasi sempre spunti per inquadrare il caso come di «diritto dell'Unione».

La sentenza *Kücüdveci* del 19 gennaio 2010, C-555/07 (in *Racc.*, 2010, 365) ha poi ribadito, con qualche accortezza motivazionale in più, quanto affermato nella sentenza *Mangold*⁴⁰ circa l'attitudine del diritto alla non discriminazione (non è certamente casuale che si sia questa volta passati attraverso la Carta) ad attingere direttamente i rapporti interpretati, effetto peraltro già raggiunto con le note sentenze *Viking* e *Laval*, di cui parleremo più avanti. Si tratta di una dimensione difficilmente resistibile nel medio periodo⁴¹, vista la naturale tendenza dei *Bill of rights* ad imporre la loro coerenza nei rapporti interpretati⁴².

³⁹ L'unico Testo dal valore costituzionale in cui si riconosce il diritto dei bambini è la Carta di Nizza.

⁴⁰ Corte di giustizia, 22 novembre 2005, causa C-144/04, in *Racc.*, 2005, 9981, in *RGL*, 2006, II, p. 205, con nota di CALAFÀ.

⁴¹ Un'interessante sentenza della Corte d'Appello di Torino dell'11 marzo 2011 in materia di orario di lavoro disapplica una disposizione del d.lgs. n. 66/2003 ritenendola contraria agli scopi della direttiva di recepimento n. 2003/88 sulla base dell'obbligo stabilito dalla sentenza nel caso *Kücüdveci* per il giudice nazionale di implementare comunque il diritto europeo, in sostanza dando rilievo a livello orizzontale alla direttiva (non nel settore pubblico), senza neppure passare per la Carta ed in una materia non afferente la non discriminazione.

⁴² B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona*, in *WP Massimo D'Antona.INT*, n. 80/2010, Sulla sentenza *Kücüdveci* cfr. V. SCJARABBA, *La sentenza Kücüdveci e le prospettive della giustizia costituzionale europea*, in *www.europeanrights.eu*; R. CONTI, *La prima volta della Corte di giustizia sulla Carta di Nizza «vincolante»*, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010,

4. *Le tecniche di bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali: verso un superamento del «Laval quartet»?*

Non è questa la sede per riaffrontare *funditus* il dibattito sul cosiddetto «Laval quartet» e cioè le quattro sentenze emesse in pochi mesi a partire dal dicembre del 2007 *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione/Lussemburgo*, nelle quali il diritto di sciopero è stato riconosciuto (con *reference* esplicita alla Carta nelle prime due) entro stretti limiti in rapporto all'esercizio della libertà di stabilimento e quello alla negoziazione collettiva non ha consentito di interpretare in senso estensivo la direttiva sui distacchi (che definirebbe per la Corte un massimo di tutele, non un minimo per i lavoratori distaccati). Emerge, secondo un diffuso orientamento, da tali decisioni (soprattutto dalle prime due) oggetto di una sterminata letteratura ed anche di un grande impatto mediatico, un problema strutturale davvero cruciale ed altamente drammatico, la cui risoluzione difficilmente poteva essere commissionata ad un organo giudiziario, sia pure di così alto prestigio ed *auctoritas*, come la Corte di giustizia, in difetto di significativi e chiari segnali di irrobustimento del capitolo sociale dell'Unione. La Corte ha difeso le regole essenziali del sistema economico europeo e cioè le libertà comunitarie e il diritto di concorrenza e di libera circolazione (anche dei capitali), ma lo ha fatto a scapito di diritti collettivi di primaria importanza come quello di azione collettiva e di sciopero⁴³. Sebbene, soprattutto nella *Viking*, ci sia preoccupati di affermare che tali diritti sono essenziali anche per l'ordinamento europeo per generare quella «crescita nel progresso» e per rispet-

11 ss.; C. FELIZIANI, *La tutela dei diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona. La Corte di giustizia prende atto della natura vincolante della Carta di Nizza*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, che mette in rilievo come l'orientamento della Corte di giustizia finisca per evitare il pericolo di creare altre discriminazioni, ad es. quelle tra lavoratori del settore pubblico e del settore privato, problema sottolineato anche da G. TESAURO, *Diritto dell'unione europea*, Padova, 2001. Del resto, sin dai primi commenti alla Carta, subito dopo la sua iniziale «proclamazione», si era avanzata questa tesi: cfr. M. BALBONI, *Il contributo della Carta al rafforzamento della protezione giurisdizionale dei diritti umani in ambito comunitario*, in L.S. ROSSI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali e costruzione dell'Unione europea*, Milano, 2002, 139 ss.; più recentemente F. GUARRIELLO, F. MONOLFI, *Da cenerentola a leading case: discriminazioni per età e Carta dei diritti fondamentali*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2011, 89 ss.; O. BONARDI, *La nuova linfa dell'uguaglianza dopo il Trattato di Lisbona*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2011, 848 ss.

⁴³ In passato non erano mancate decisioni più equilibrate come quella del 2003, la *Schmidberger*, nella quale uno sciopero con blocco della circolazione nel Brennero non era stato ritenuto contrario al diritto dell'Unione o come la sentenza *Albany* nella quale si era stabilita una certa immunità della contrattazione collettiva dal sindacato di legittimità comunitaria, in quanto frutto di un accordo diretto della parti sociali.

tare i principi di quell'economia «sociale di mercato» di cui parlano gli stessi Trattati, i diritti di natura collettiva, nonostante la Carta di Nizza, sono sembrati in parte cedere di fonte alle prerogative di ordine economico, in modo molto più accentuato di quanto non accada nei sistemi interni di regolazione dei conflitti sociali, mostrando una divaricazione tra disciplina Ue e tradizioni costituzionali comuni; nel caso della *Laval*, dopo la sentenza della Corte di giustizia, il giudice di rinvio svedese ha condannato il sindacato al pagamento di una somma per violazione del diritto dell'Unione⁴⁴. I più attenti commentatori, pur continuando ad auspicare il progetto di costruzione di un'Europa sociale all'altezza delle dinamiche contemporanee che scuotono i mercati, hanno osservato che il tentato bilanciamento tra diritti collettivi e libertà economiche è, anche nella *Viking*, molto imperfetto e sbilanciato a favore di quest'ultime che sono costruite come «la regola» mentre i primi solo come «eccezioni» che nel rispetto del principio di proporzionalità possono essere opposte ai primi⁴⁵. Uno degli scopi prioritari del processo di codificazione dei diritti fondamentali di matrice europea attuato con l'elaborazione della Carta di Nizza è proprio il conferimento di eguale rango e *status* ai diritti sociali (ed ai diritti di nuova generazione come il reddito minimo garantito) rispetto ai diritti della tradizione liberal-democratica, per cui non ha molto senso, con la conferita obbligatorietà della Carta, continuare a considerare quest'ultimi delle regole costitutive del sistema (come sono certamente state nei primi decenni del processo d'integrazione) cui, se del caso e nel rispetto del principio di proporzionalità, si possono opporre legittime deroghe giustificate da ragioni di natura sociale. Nei sistemi costituzionali interni il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali viene operato tra «valori» di pari grado⁴⁶. È certamente vero che nel 2007 la Carta non aveva ancora valore obbligatorio e si può legittimamente prevedere che nel futuro la Corte sia più attenta nel trovare un punto di mediazione meno punitivo per le istanze sociali e collettive ma rimane irrisolta la vera questione sottostante gli scioperi e le proteste stigmatizzate dalla Corte di giustizia, cui non può essere data una compiuta risposta sul piano giudiziario. Ci riferiamo alla *vexata quaestio* della mancata costruzione di un *welfare* europeo che preveda quanto meno trattamenti minimi omogenei per tutti gli Stati e che quindi sia capace di

⁴⁴ Sulla sentenza di condanna del sindacato cfr. il numero n. 3/2011 del DLRI.

⁴⁵ Cfr. B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. SCIARRA e B. CARUSO (a cura di), *Il Lavoro subordinato*, cit.

⁴⁶ G. BRONZINI, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine «costituzionale» per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, in E. FALLETTI e V. PICCONE (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma, 2010.

limitate *ab origine* i pericoli di *social dumping* tra paesi membri, evitando che – come accaduto proprio nei casi giudiziari prima ricordati – le imprese siano indotte a spostarsi verso i paesi membri a più bassa protezione sociale (anche distaccando lavoratori da quelle zone verso situazioni più avanzate). Senza tale ancora di salvataggio per la classe lavoratrice europea nel suo complesso la piena operatività delle libertà comunitarie (a cominciare dalla libertà di stabilimento) e del principio di piena ed aperta concorrenza finisce con il compromettere la tenuta degli stessi *welfare* nazionali non solo perché visti dalla Corte di giustizia come ostacoli al mercato europeo⁴⁷ ma perché quelli più avanzati e generosi finirebbero per respingere investimenti stranieri o per far espatriare le aziende come dimostra emblematicamente anche il «caso Fiat»⁴⁸.

Rimane ora da verificare se, effettivamente, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, vi sia stato un qualche mutamento di giurisprudenza nel settore, vista la conferita obbligatorietà alla Carta di Nizza. Su tale fonte sindacale e collettivo sono emersi in effetti spunti comunque importanti che marcano un qualche disagio della Corte rispetto alle 4 sentenze del *Laval quartet*⁴⁹. Nella sentenza *Commissione/ Germania* del 8 novembre 2010 (C-409/06) in tema di aggiudicazione di appalti relativi alla previdenza integrativa aziendale per dipendenti di enti locali, la Corte esamina molto accuratamente il diritto di azione collettiva di cui all'art. 28 ed il problema del bilanciamento con altri interessi di ordine generale e sembra evitare scorciatoie motivazionali come quelle della tanto discussa *Rüffert*⁵⁰. Anche in questa delicata materia l'obbligatorietà della Carta sembra aver indotto un giudizio più meditato e l'attribuzione di un rilievo più forte ai diritti sociali di natura collettiva, anche se la Corte non trova, alla fine, ragioni sufficienti per affermare che – per via collettiva – si possa evitare la procedura di evidenza pub-

⁴⁷ Va comunque ricordato che nel nostro ordinamento non vi sono state ripercussioni delle sentenze prima ricordate.

⁴⁸ Sul tema cfr. S. GIUBBONI, *I diritti sociali in Europa dopo il Trattato di Lisbona*, in *La Rivista delle politiche sociali*, 4/2011, 448 ss.

⁴⁹ Per il dibattito italiano cfr.: A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009; per una ricostruzione molto critica della giurisprudenza della Corte di giustizia cfr. U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, 2010.

⁵⁰ Su tale sentenza Cfr. A. ALAIMO, B. CARUSO, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit.; più criticamente D. COMANDÈ, *Il diritto di negoziazione collettiva cede il passo alle norme pubbliche europee sugli appalti pubblici: quale compromesso è sostenibile?*, in *RIDL*, n. 2/2011; R. SANTAGATA, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche dopo Lisbona: un altro controverso intervento alla Corte di giustizia*, in *Diritti, lavori, mercati*, 2011, 304 ss.

blica in materia di appalti. Va notato che la sentenza non mette in questione il contratto collettivo in sé in via globale ma solo la designazione ivi prevista di alcuni Enti assicurativi che in tal modo evitavano di sottoporsi al metodo europeo di aggiudicazione degli appalti, presidio di trasparenza, non discriminazione e razionalità. Va ricordato che l'A.G. Trstenjak aveva criticato apertamente il metodo di bilanciamento utilizzato dalla Corte nel 2007: «una siffatta articolazione analitica fa pensare ad un rapporto in cui i diritti fondamentali sono gerarchicamente subordinati alle libertà fondamentali e le libertà fondamentali di conseguenza possono essere limitate solo con l'ausilio di un motivo giustificativo, scritto o non scritto» (punto 184), per concludere «a mio avviso tra libertà fondamentali e diritti fondamentali non sussiste affatto un siffatto rapporto» (di tipo gerarchico come prima precisato). Sono questi i primi e cauti segnali di un effettivo e più coerente, attraverso la Carta di Nizza, metodo di bilanciamento fra diverse generazioni di diritti come suggerito da parte della preferibile dottrina non arroccata nella tesi dell'immunità «ontologica» degli atti collettivi dal controllo di legittimità «comunitaria», anche per via della ipotizzata carenza assoluta di competenza dell'Unione (*abstention*). Non ci sembra condivisibile la tesi di recente avanzata⁵¹ secondo cui con tale sentenza la Corte di giustizia avrebbe obbligato la contrattazione collettiva non solo al rispetto della normativa primaria dell'Unione, ma anche di quella secondaria, incidendo, quindi ulteriormente nella sfera di immunità lasciata alle OOSS, in quanto il principio della gara europea e di trasparenza delle procedure di appalto è uno dei pilastri del mercato unico e rappresenta la base dello sviluppo della libertà di stabilimento, un presupposto, quindi, essenziale dello stesso diritto di rango primario. Su questa linea molto meno ideologica di quella accolta in precedenza, con uno sguardo molto attento anche dal punto di vista pragmatico alle particolarità del caso, onde poter apprezzare più meditatamente gli aspetti connessi al negoziato collettivo si inseriscono le ulteriori tre sentenze che hanno fatto riferimento alla Carta di Nizza ed al suo articolo 28. La prima, la *Rosenblander*, del 12.10.2010 non la cita espressamente (punto n. 67), ma indirettamente in modo univoco, in quanto si parla di esercizio di un diritto fondamentale alla negoziazione come affermato nella sentenza *Commissione/Germania* in cui, come detto, l'art. 28 è richiamato. In questa sentenza si affronta un caso piuttosto controverso di discriminazione per età: la lavoratrice ricorrente contestava proprio la clausola del contratto collettivo che stabiliva la ri-

⁵¹ Cfr. R. MASTROIANNI, *Diritti dell'uomo e libertà economiche fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea: nuovi equilibri?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, n. 2/2011.

soluzione automatica del rapporto di lavoro al compimento dell'età pensionabile. Lo strumento collettivo viene ritenuto dalla Corte idoneo in linea di principio per contemperare tra loro le diverse esigenze politiche, sociali ed occupazionali; inoltre tale strumento garantisce una certa flessibilità, non è particolarmente pregiudizievole per gli interessi dei lavoratori e consente di tener conto dell'andamento del mercato del lavoro. La Corte sembra quindi voler salvare il negoziato sociale, a patto però da non esonerarlo dalla verifica giudiziaria (anche di ordine nazionale) di natura antidiscriminatoria prevista dalla direttiva 2000/78 e rimarcando che comunque la finalità perseguita, anche di apertura del mercato del lavoro ai più giovani, deve essere raggiunta in modo appropriato e necessario. La Corte, verificato che comunque il pensionamento consente al lavoratore di proseguire la sua attività e di beneficiare comunque della protezione antidiscriminatoria, considerato che le OO.SS. hanno sul punto esercitato un diritto fondamentale, salva la contrattazione nella parte in cui possa risultare, nelle verifiche successive, che sia oggettivamente e ragionevolmente giustificata da una finalità concernente la politica dell'occupazione e che i mezzi siano appropriati e necessari. L'art. 28 della Carta viene anche formalmente in rilievo nella causa *Hennigs* del 8.9.2011, C-297/2010 nella quale si discute del carattere discriminatorio di una clausola di un contratto collettivo in cui una parte della retribuzione non viene calcolata rispetto all'anzianità lavorativa, ma anagrafica, sfavorendo i dipendenti più giovani. Qui la Corte è, ci sembra con qualche ragione, molto netta; il fatto che vi sia un contratto collettivo stipulato nell'esercizio del diritto di cui all'art. 28 della Carta non toglie il carattere ingiustificato e discriminatorio della misura, perché l'atto collettivo si deve esercitare nel rispetto del diritto dell'Unione come già stabilito in via generale in *Viking* e *Laval*. Peraltro il diritto alla non discriminazione è sancito proprio all'art. 21 della Carta e la previsione contrattuale eccede quanto appropriato e necessario per raggiungere il fine invocato dal governo tedesco e cioè di tener conto dell'esperienza acquisita dall'agente prima di essere assunto.

Comunque la Corte, a questo punto, rivaluta il negoziato sociale stabilendo che nel nuovo contratto collettivo che ha provveduto ad eliminare la clausola discriminatoria le misure progressive e transitorie poste in essere con l'accordo delle OOSS rispondono ad una finalità sociale, consentendo un margine di flessibilità per non far cadere in modo repentino il livello retributivo in precedenza goduto. Importante in questo senso il richiamo all'art. 4 TUE e quindi al rispetto del ruolo che negli ordinamenti interni svolgono il dialogo sociale e la contrattazione collettiva. Nella successiva sentenza *Prigge* del 13 settembre 2011, C-C-447/

2010 analogamente si afferma che il negoziato collettivo nel settore dei piloti (si discute di una clausola del CCNL di settore che ha limitato a 60 anni l'attività di lavoro per i piloti) deve rispettare il quadro fissato dalla normativa antidiscriminatoria, potendo i sindacati essere delegati ad adottare specifiche misure in materia, come ad esempio quella di tutelare la salute. L'art. 28 della Carta non esime, però, la contrattazione collettiva da un vaglio di congruità rispetto alla direttiva perché il diritto di cui all'art. 28 va esercitato nel quadro del diritto dell'Unione (punto n. 47) e quindi – se ci si muove nel solco della direttiva 2000/78 – si deve rispettarne l'impianto. Ora, posto che la legislazione internazionale ed interna richiede solo che i piloti di oltre 60 anni debbano volare non da soli ma con altro personale, e che quindi li autorizza a rimanere in servizio sino a 65 anni, si è imposto un sacrificio non necessario e sproporzionato ai detti piloti, che non assolve alcuna importante funzione di ordine sociale. Insomma ci sembra che vi sia un bilanciamento alla fine molto equilibrato e persuasivo tra diritti ed interessi di ordine generale o altri diritti fondamentali, capace di salvaguardare almeno *prima facie* quanto operato dalle stesse parti sociali.

Da tali decisioni emerge quindi un atteggiamento più cauto della Corte, meno ideologico ed effettivamente attento a non comprimere lo spazio riservato alla contrattazione collettiva nei singoli ordinamenti interni, pur nella salvaguardia del diritto dell'Unione; una prudenza che – almeno in un caso – è stato motivato proprio in relazione all'art. 4 TUE, e cioè il rispetto dell'identità costituzionale degli stati nazionali e che potrebbe anche essere motivata in rapporto alla clausola sociale di cui all'art. 9 TFUE. Rimane inoltre la possibilità che tecniche di bilanciamento più avvertite sul piano sociale possano essere favorite anche dall'orientamento della Corte di Strasburgo in materia di contrattazione collettiva e di diritto di sciopero di cui parlano altri contributi in questo stesso volume⁵².

⁵² Ci riferiamo alle due sentenze coraggiose della Corte dei diritti dell'uomo, la *Demir* del 2008 e la *Enerji Yapi* del 2009 che hanno stabilito che rientrano nell'alveo di protezione della Convenzione dei diritti dell'uomo del 1950 (art. 11 sul diritto di associazione) i diritti sindacali, ivi compreso lo sciopero e che hanno condannato al Turchia per avere limitato tali diritti nei confronti di dipendenti pubblici. Le decisioni sono importanti perché si è utilizzata la Carta di Nizza (da notare contro la Turchia estranea al documento che invece è proprio dell'Unione) per mostrare come si tratti di diritti di rango costituzionale europeo che sono riconosciuti senza limitazioni particolari per il settore pubblico e che appaiono bilanciabili solo in relazione ad esigenze proprie delle società democratiche, quindi non per salvaguardare diritti di natura economica. Si tratta di sentenze che sembrano, anche a livello culturale, seguire percorsi diversi da quelli della Corte di giustizia. Cfr. G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per*

Sul piano più generale va ricordato come attraverso la Carta la Corte ha portato, ad es., il suo scrutinio – attraverso la mediazione dell'ipotizzata lesione all'art. 47 – al tema del trasferimento del lavoratore (sentenza emessa in via d'urgenza nel caso *Fuß*⁵³) sul quale notoriamente non esiste alcuna competenza sovranazionale esercitata, o, nella decisione *Gavieiro e Torres*⁵⁴, a quello dei contratti a termine, che a fatica si sono sin qui inquadrati nell'ambito di tutela offerta dalla Carta. L'art. 31 è stato richiamato in materia di diritto alle ferie nella sentenza *Williams* del 15 settembre 2011, C-155/2010 e nella *KHS AG* del 22 novembre 2011, C-241 (in quest'ultima effettivamente come parametro di ordine costituzionale per interpretare la direttiva); numerose sono le sentenze che richiamano la nozione di cittadinanza europea anche con riferimento alla Carta con i conseguenti effetti di generalizzazione (anche se parziale) di alcuni benefici sociali concessi dagli Stati membri ai lavoratori residenti stabili in quei paesi⁵⁵. Cominciano a delinearsi controversie interamente costruite, dalla domanda, al rinvio pregiudiziale, alla decisione della Corte sino al giudizio di rinvio sulla base di una certa interpretazione della Carta come nel caso deciso il 16 settembre 2010, C-149/08, *Chatzi* su «non discriminazione e parto gemellare» (richiesta di un doppio congedo parentale avendo la madre avuto due gemelli, in parte accolta dalla Corte in relazione all'art. 20 della Carta). In questo senso la *Chatzi* ha davvero un significato storico mostrando come la Carta agisca pienamente da «fonte» portando – sia pure attraverso alla mediazione della direttiva sui congedi parentali – ad una pretesa che ha la sua base ed il suo confine direttamente nel testo di Nizza: si potrebbero definire in tal senso controversie europee di «seconda generazione», in cui la premessa è direttamente di tipo costituzionale e solo la collaborazione interpretativa di giudici sopranazionali ed interni porta a dare a tale premessa un contenuto definitorio preciso. Si potrebbe proseguire a lungo, ma non può esservi alcun dubbio sul rafforzamento della tutela via Carta dei *social rights*, per quanto riguarda la giurisprudenza della Corte di giustizia.

il garantismo sociale in europa?, in *Riv. it. dir. lav.*, 4/2009; A. GUAZZAROTTI, *The European Court of human rights as counterbalance: looking for synergies between the ECHR, ILO and ESC case law*, in www.europeanrights.eu; G. RAIMONDI, *Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu.

⁵³ Corte di giustizia 12 ottobre 2010, causa C-243/09, non ancora pubblicata in *Racc.*

⁵⁴ Corte di giustizia 22 dicembre 2010, cause C-444/09 e C-456/09, *Gavieiro e Torres*, non ancora pubblicata in *Racc.*

⁵⁵ Cfr. S. BORELLI, *La mobilità dei lavoratori subordinati cittadini nell'Unione europea*, in www.europeanrights.eu.

5. *La Carta come fonte di interpretazione*

Nel complesso come già sottolineato la Corte, pur dando una interpretazione estensiva delle clausole orizzontali e dell'art. 6 TUE non ha certamente avuto un atteggiamento sovversivo nei confronti dei limiti costituzionali posti dal Trattato di Lisbona all'uso giurisprudenziale del *Bill of rights* di Nizza. Una certa spinta a superare tali limiti non può, invece, che provenire dal giudice comune, sul quale la pressione del «caso» da risolvere è più forte; le istanze di giustizia sostanziale difficilmente sono coerenti con le linee di ripartizione di competenza tra Unione e Stati membri e con le diverse modalità con cui si fa valere il diritto nazionale, quello comunitario ed infine quello convenzionale⁵⁶ che spesso creano odiose forme di «discriminazione alla rovescia». Vorrei sul punto solo sottolineare che, fuori dall'ambito di applicabilità diretta dell'art. 51 della Carta, quest'ultima può ben continuare comunque a svolgere un ruolo interpretativo come Testo autorevole espressivo dei principi che sono in genere protetti alla luce delle tradizioni costituzionali comuni, secondo la felice formula adottate nella sentenza n. 135 del 2002 dalla nostra Corte. In questa direzione la stessa Corte costituzionale ha in varie occasioni menzionato la Carta in casi non di diritto dell'Unione proprio per testimoniare l'intreccio sempre più stretto tra dati costituzionali interni e sopranazionali; strada seguita da innumerevoli giudici comuni, non solo italiani ed anche dalla Corte di cassazione⁵⁷. Questa tendenziale fusione tra orizzonti giuridici in ambito europeo, che superi la tradizionale dimensione statale nella tutela dei diritti fondamentali, ci sembra il contributo più ricco offerto in questi ultimi decenni dal continente europeo alla fondazione di un autentico costituzionalismo globale.

⁵⁶ Invio al mio *Le tutela dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *RGL*, n. 1/2012, 53 ss.

⁵⁷ Si tratta delle sentenze n. 93/2010, n. 82 del 2011 e n. 31 del 2012; sul punto rinvio al mio, *Il plusvalore giuridico della Carta di Nizza*, cit.

DAVID THÓR BJÖRGVINSSON

THE EUROPEAN CONVENTION ON HUMAN RIGHTS
AND TRADE UNION RIGHTS

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. Article 11 ECHR. – 3. Earlier Case Law. – 4. The Right to Form and Join Trade Unions and the Right to Collective Bargaining. – 5. The Right to Strike and to Peaceful Assembly. – 6. Negative Freedom of Association and Closed Shop Agreements. – 7. The Right of Trade Unions to Adopt their Own Rules and Choose their Members. – 8. Prohibition against Discrimination on the basis of Trade Union Membership. – 9. The Public Sector and Trade Union Rights. – 10. Freedom of Expression. – 11. Concluding Remarks.

1. *Introduction*

This paper offers an overview the significance of the European Convention Human Rights (ECHR) and the European Court (ECtHR) in the field of industrial relations, labour law and labour disputes.

In the case law of the ECtHR there are few judgments of relevance in this field. How important they are and their consequences, in the wider context of labour law in general in the different Member States, is left for the experts in the field to assess. From the point of view of human rights, however, the importance lies in the fact that the ECHR and ECtHR have defined some aspects of labour law as part of fundamental rights which must be respected as such, regardless of the margin of appreciation otherwise given to the contracting parties in this economically and politically sensitive area.

The Convention provisions of most relevance in labour law context are the following: first, Article 4 on prohibition of slavery and forced labour. This article is for example relevant for issues relating to human trafficking¹. Second, Article 11 on freedom of assembly and association.

¹ The case law on Article 4 is rather limited. Among important cases are: *Rantsev v. Cyprus and Russia* (7 January 2010) where Cyprus and Russia were found to have breached Article 4 for the failure to protect the applicant from human trafficking; *Stummer v. Austria* (7 July 2011), concerning the non-affiliation of working prisoners to the old-age pension system. No violation of Article 4 ECHR; *Graziani-Weiss v. Austria* (18 October 2011). The

This is the most important article for the purpose of this paper, which is almost entirely limited to issues relating to Article 11 ECHR. This includes, as will be shown below, the right to form and join a trade union and other essential labour rights. Third, there is Article 1, Protocol 1 ECHR which has become highly relevant in relation to pension rights and other acquired rights². This is of course a very topical issue and may become even more topical in the future. It also relates to the wider context of the significance of the ECHR in the field of social rights. This is a topic deserving special attention, but will not be addressed here.

2. *Article 11 ECHR*

As indicated earlier, the main focus of this paper is Article 11 ECHR which states:

1. Everyone has the right to freedom of peaceful assembly and to freedom of association with others, including the right to form and to join trade unions for the protection of his interests.

2. No restrictions shall be placed on the exercise of these rights other than such as are prescribed by law and are necessary in a democratic society in the interests of national security or public safety, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals or for the protection of the rights and freedoms of others. This article shall not prevent the imposition of lawful restrictions on the exercise of these rights by members of the armed forces, of the police or of the administration of the State.

case concerned the obligation for a lawyer (or a public notary, but not other categories of persons with legal training) in Austria to act as unpaid guardian to a mentally ill person. No violation of Article 14 in conjunction with Article 4 (See also similar issue in *Van Der Mussele v. Belgium* 23 November 1983); *Van Droogenbroeck v. Belgium* (24 June 1982). The applicant, a prisoner, alleged i.a. that by being placed at the Government's disposal he was held in «servitude», contrary to Article 4 (1), in that he was subjected «to the whims of the administration». No violation; *Zarb Adami v. Malta* (20 June 2006). The case concerned the duty to serve as a juror. No violation of Article 14 in conjunction with Article 4. See also *Valkov and others v. Bulgaria* (25 October 2011). This case law will not be discussed further in this paper.

² See for example: *Andrejeva v. Latvia* [GC] (18 February 2009); *Van der Mussele v. Belgium* (23 November 1983); *Slivenko v. Latvia* (decision) [GC] (9 October 2003); *Kopecky v. Slovakia* [GC] (28 September 2004); *T. v. Sweden* (4 March 1985) (Commission decision); *Jankovič v. Croatia* (dec.) (12 October 2000); *Kuna v. Germany* (dec.) (10 April 2001); *Lenz v. Germany* (dec.) (27 September 2001); *Kjartan Ásmundsson v. Iceland* (12 October 2004); *Apostolakis v. Greece* (22 October 2009); *Wieczorek v. Poland* (8 December 2009); *Poulain v. France* (dec.), (8 February 2011); *Maggio and Others v. Italy* (31 May 2011); *Carson and Others v. United Kingdom* [GC] (16 March 2010); *Rasmussen v. Poland* (28 April 2009).

3. *Earlier Case Law*

Article 11 (1) ECHR refers in particular to the right of individuals to form and to join trade unions for the protection of their interests. This provision is very clear as regards the basic right to form and join a trade union as derived from the more generic principle of the freedom of association and has as such not been subject to major disputes. However, it is not as clear, what are the built-in rights in the wording «to protect its interests», which clearly is a concept which may easily be subject to different interpretations³. Moreover, as the Convention relates solely to the individuals' right to form and join, it is silent as regards the collective dimension of trade union activities. The judgments in cases *National Union of Belgian Police v. Belgium* (27 October 1975) and *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden* (6 February 1976) throw some light on how this was approached in earlier case law of the ECtHR.

In the first case, *National Union of Belgian Police v. Belgium* (27 October 1975), the applicant trade union complained that the government had not recognised it as one of the most representative organisations which the Ministry of the Interior was required by law to consult. The Court found no violation of Article 11 ECHR. It held that the applicant trade union had other means of acting *vis-à-vis* the government, besides consultations with the Ministry of the Interior. The Court further considered that Belgium's general policy of restricting the number of organisations to be consulted was not in itself incompatible with trade union freedom and was a matter for the State's discretion (§ 41).

In the latter case, *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden* (6 February 1976), the applicant trade union complained about the refusal of the National Collective Bargaining Office to conclude a collective agreement with it although it had concluded such agreements with the main trade union federations and sometimes with independent trade unions. The Court found no violation of Article 11 ECHR. It held that the Office's general policy of restricting the number of organisations with which it concluded collective agreements was not in itself incompatible with trade union freedom and was found to fall within the State's margin of appreciation. It added that Article 11 ECHR did not secure any particular treatment of trade unions such as the right to conclude collective agreements (§ 39)⁴.

³ See also F. DOSSERMONT, *The Right to Form and Join Trade Unions for the Protection of his Interests under Article 11 ECHR. An Attempt «to digest» the Case Law (1975-2009) of the European Court of Human Rights*, in *European Labour Law Journal*, Volume 1 (2010), No. 2, 185-187.

⁴ See also *National Union of Journalists and Others v. United Kingdom* (2 July 2002).

It transpires from these judgments that, although the right to join a trade union implicitly includes the right to form and join a trade union and, in principle, the right for the union to be heard on employment issues in the workplace, the Court found that Article 11 does not prescribe in any particular the way in which the State should guarantee this right, such as the right to engage in collective bargaining. The failure of the State to provide a specific mechanism for unions to be heard in order to protect its members' interests would not breach Article 11 (1) if other means were permitted by which the union could be heard.

These judgments have been interpreted as representing a rather restrictive and cautious interpretation, leaving the contracting States with a very wide margin of discretion how to organise industrial relations⁵. It cannot be read from these judgments that under Article 11 ECHR there was a right to engage directly in collective bargaining nor a right to strike as such⁶. Thus these judgments clearly grant the contracting States a wide margin of appreciation in this field⁷.

4. *The Right to Form and Join Trade Unions and the Right to Collective Bargaining*

The most important case in this regard is the case of *Demir and Baykara v. Turkey* (12 November 2008).

The applicants complained that they had to either sign personal contracts and surrender their trade union rights or accept a smaller salary increase. The Court found no violation of Article 11 ECHR as regards the absence, under United Kingdom law, of an obligation on employers to enter into collective bargaining. In this judgment, the Court held that, although collective bargaining was not indispensable for the effective enjoyment of trade union freedom, it might be one of the ways by which trade unions were enabled to protect their members' interests (§ 44). However, it found violation of Article 11 ECHR, in relation to both the applicant trade unions and the individual applicants, as regards allowing employers to use financial incentives to induce employees to surrender important union rights. The Court found that it «... is the role of the State to ensure that trade union members are not prevented or restrained from using their union to represent them in attempts to regulate their relations with their employers» (§ 46).

⁵ See for example: C. BARROW, *Demir and Baykara v. Turkey: Breathing Life into Article 11*, in *European Human Rights Review* [2010], Issue 4, p. 419.

⁶ See *Schmidt and Dahlström v. Sweden* (6 February 1976): the applicants, trade union members, complained that they had been denied certain retroactive benefits in their capacity as members of organisations which had engaged in strike action. The Court found no violation of Article 11 ECHR. In § 36 the Court states: «Article 11 ... leaves each State a free choice of the means to be used [to make collective action possible]. The grant of a right to strike represents without any doubt one of the most important of these means, but there are others».

At the relevant time, the two applicants were the president of the *Tüm Bel Sen* trade union and one of its members. The dispute in the case concerned the failure by the Turkish Court of Cassation in 1995 to recognise the applicants' right, as municipal civil servants, to form trade unions, and the annulment of a collective agreement between their union and the employing authority.

The trade union *Tüm Bel Sen* was founded in 1990 by civil servants from various municipalities, its registered objective being to promote democratic trade unionism and thereby assist its members in their aspirations and claims.

In 1993, the trade union entered into a collective agreement with *Gaziantep Municipal Council* in Turkey regulating all aspects of the working conditions of the Council's employees, including salaries, benefits and welfare services. Later, the trade union, considering that the Council had failed to fulfil certain of its obligations – in particular financial – under the agreement, brought proceedings against it in the Turkish civil courts. The Turkish Court of Cassation ruled that in the absence of specific legislation, the freedom to join a trade union and to bargain collectively could not be exercised. It indicated that, at the time the union was founded, the Turkish legislation in force did not permit civil servants to form trade unions. It concluded that *Tüm Bel Sen* had never enjoyed legal personality, since its foundation, and therefore did not have the capacity to take or defend court proceedings. The collective agreement entered into in 1993 was also annulled.

In the case there were mainly three issues to be solved. The first issue was the question whether municipal civil servants were to be considered as «members of the administration of the State», as stated in the last sentence of Article 11 (2) ECHR. The second issue concerns the right to form and join a trade union and the third the right to collective bargaining.

On the first question, the Court concluded (see §§ 106-107 in particular) that «members of the administration of the State» cannot be excluded from the scope of Article 11. At most, the national authorities are entitled to impose «lawful restrictions» on those members, in accordance with Article 11 § 2. It further held that the Government had failed to show how the nature of the duties performed by the applicants, as municipal civil servants, requires them to be regarded as «members of the administration of the State» subject to such restrictions. Accordingly, the Court found, that the applicants could legitimately rely on Article 11 of the Convention and any interference with the exercise of the right concerned must satisfy the requirements of paragraph 2 of that article.

As to the second issue, *the right to form and join trade unions*, the question was whether, in the case, the non-recognition of the applicants' union was justified by a «pressing social need». On this question, the Grand Chamber quoted the Chamber judgment (§ 120):

«... it has not been shown before it that the absolute prohibition on forming trade unions imposed on civil servants ... by Turkish law, as it applied at the material time, met a 'pressing social need'. The mere fact that the 'legislation did not provide for such a possibility' is not sufficient to warrant as radical a measure as the dissolution of a trade union».

The Court further considered that at the material time there were a number of additional arguments in support of the idea that the non-recognition of the right to form a trade union did not correspond to a «necessity». Firstly, the right of civil servants to form and join trade unions was already recognised by instruments of international law, both universal and regional. In addition, an examination of European practice showed that the freedom of association of public officials was generally recognised in all Member States. Secondly, Turkey had already, at the material time, ratified the ILO Convention No. 87, the fundamental text securing, internationally, the right of public officials to form trade unions. This instrument was already, by virtue of the Turkish Constitution, directly applicable in domestic law. Lastly, Turkey confirmed by its subsequent practice its willingness to recognise the right to organise of civil servants – a willingness already expressed by the ratification of ILO Convention No. 87 in 1993 – by the amendment of the Constitution in 1995 and by the practice of the judicial organs from the early 1990s onwards. In short, the Court found that the absolute ban on forming and joining a trade union in the public sector and the dissolution of the union did not meet a pressing social need and it was not «necessary in a democratic society».

As to the third issue, the right to a collective bargaining the Court (see §§ 142-144 in particular) identified two guiding principles. Firstly, the Court must take into consideration the totality of the measures taken by the State concerned in order to secure trade union freedom, while at the same time allowing for its margin of appreciation. Secondly, restrictions, affecting the essential elements of trade union freedom, without which that freedom would become devoid of substance, must be rejected. The Court went on to say that these two principles were not contradictory but were correlated. This correlation implied that the contracting State in question, whilst in principle being free to decide what measures to take in order to ensure compliance with Article 11, was un-

der an obligation to take account of the elements regarded as essential by the Court's case law.

The Court then went on (in § 145) to explain that, from the existing case law the following essential elements of the right of association could be established: *the right to form and join a trade union, the prohibition of closed-shop agreements and the right for a trade union to seek to persuade the employer to hear what it had to say on behalf of its members*. This list was not exhaustive. On the contrary, it was subject to evolution depending on particular developments in labour relations. Limitations to rights thus had to be construed restrictively, in a manner which gave practical and effective protection to human rights.

Concerning the right to bargain collectively, the Court found (in § 146), having regard to developments in labour law, both international and national, and to the practice of Contracting States in this area, that the right to bargain collectively with an employer had, in principle, become one of the essential elements of the «right to form and to join trade unions for the protection of [one's] interests» set forth in Article 11 of the Convention, it being understood that States remained free to organise their system so as, if appropriate, to grant special status to representative trade unions. Like other workers, civil servants, except in very specific cases, should enjoy such rights, but without prejudice to the effects of any «lawful restrictions» that may have to be imposed on «members of the administration of the State», a category to which the applicants in the present case did not, however, belong.

As conclusion of the *Demir*-judgment the following is relevant: (i) It would seem that, in this judgment, the Court repudiated its earlier decisions on the question of trade union rights⁸. (ii) The judgment embraces

⁷ See also falling into this category the case of *Schmidt and Dahlström v. Sweden* (6 February 1976) (see footnote 6). The Court held that Article 11 ECHR «... presents trade union freedom as one form or a special aspect of freedom of association» but «does not secure any particular treatment of trade union members by the State, such as the right to retroactivity of benefits, for instance salary increases, resulting from a new collective agreement». See also the case of *Akat v. Turkey* (20 September 2005). The applicants alleged that their posts had been transferred because of their trade union membership. The Court found no violation of Article 11 ECHR. The Court held that given that the applicants' status as civil servants implied the possibility of their being transferred in accordance with the requirements of the public service, the Court was not satisfied that the transfers constituted a constraint or an infringement affecting the very essence of their right to freedom of association, or that they would be prevented from engaging in trade union activity in their new posts or places of work.

⁸ C. BARROW (2010), *ibid.*, (footnote n. 5), 423. Also E. EWING - JQC. HENDY, *The Dramatic Changes of Demir and Baykara*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 39, No. 1 (2010), 4.

collective bargaining as an essential part of the right to freedom of association in the field of labour law⁹. (iii) The judgment introduces a body of reasoning that potentially applies in the same way to other trade union activities, for example the right to take collective action. Clearly, in this important judgment, the Court reaffirms the principle of the Convention as a living instrument that must be interpreted in the light of the present day situation. (iv) Finally, reference to international labour standards, ILO, European Social Charter, EU Charter of Fundamental Rights etc. are a dominating factor in the interpretation of the role of Article 11 in the field of labour law²⁰.

5. *The Right to Strike and to Peaceful Assembly*

Article 11 ECHR does not refer to the right to strike or take other collective action. Two judgments are of relevance in this context:

First, the case of *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey* (21 April 2009). Energy sector employees were prohibited from taking part in a national one-day strike organised in connection with events planned by the Federation of Public Sector Trade Unions to secure the right to a collective bargaining agreement.

In the judgment, the Court acknowledged that the right to strike was not absolute and could be subject to certain conditions and restrictions. However, while certain categories of civil servants could be prohibited from taking strike action, the ban did not extend to all public servants or to employees of State-run commercial or industrial concerns. In this particular case the circular prohibiting the strike had been drafted in general terms, completely depriving all public servants of the right to take strike action. Moreover, there was no evidence that the contested national action day had been prohibited as such. In joining in the action the members of the applicant trade union had simply been making use of their freedom of peaceful assembly. In the Court's view, the disciplinary action taken against them on the basis of the circular was capable of discouraging trade union members and others from exercising their legitimate right to take part in such one-day strikes or other actions aimed at defending their members' interests. Furthermore, the Turkish Govern-

⁹ *Ibid.*, 423. See a more cautious interpretation of this part of the judgment, F. DOSSER-MONT (2010), *ibid.*, (footnote 3), 221. Also E. EWING - JQC. HENDY (2010), *ibid.* (footnote 8), 4.

¹⁰ E. EWING - JQC. HENDY (2010), *ibid.* (footnote 8), 6.

ment had failed to justify the need for the impugned restriction in a democratic society¹¹.

As to the conclusions to be drawn from this judgment it would seem to recognise the right to strike as an element in the rights protected under Article 11 ECHR¹². However the following factors should be kept in mind, leading to a cautious interpretation of the judgment in this regard. First, it is clear that the right to strike is not absolute. Second, the disputed ban was considered too extensive and did not make any distinction between different categories of employees. Third, it was only question of a one-day participation in an event that had not as such been banned and, fourth, there was a certain lack of attempts to justify the restriction, indicating that a better defined legal framework for the ban might have been accepted.

Second, the case of *Trofimchuk v. Ukraine* (28 October 2010). The applicant was dismissed from her job for «systematic breach of her duties of employment». She claimed it was a breach of Article 11 ECHR since the dismissal constituted a breach of her rights to freedom of peaceful assembly, since she was absent from work because of her participation in a picket. The Court accepted that the dismissal was interference into her Article 11 rights. However, the Court found that it was proportional and did not, therefore, constitute a violation. The Court noted i.a. that the applicant had not followed the applicable rules concerning notification. which was, as accepted by the Court, important in her case because she had been responsible for security in the workplace.

From these judgments, it may be concluded that in principle the right to strike, or at least to some extent for participation in gatherings for the purpose of asserting union rights, is a right protected in under Article 11 ECHR. In these cases, it is at least accepted that the imposed

¹¹ See also *Kaya and Seyhan v. Turkey* (15 September 2009). The case concerned teachers who were disciplined for taking part in national strike action organised by their trade union. The Court found violation of Article 11 ECHR. See also *Satilmis v. Turkey* (17 July 2007) (see chapter 11 below) and *Şişman and Others v. Turkey* (27 September 2011) (see chapter 9 below).

¹² This was indeed confirmed earlier in the *Federation of Offshore Workers' Trade Unions and Others v. Norway* (27 June 2002 (Decision)). In a decision where the case was declared inadmissible the Court found that Article 11 (1) applied to the ban on strike complained of and that the impugned restriction amounted to an interference with a right guaranteed by it. However, it found the restriction justified in the circumstances of the case. See for example M. MERINO, *Le Renforcement de la Protection de la Liberté Syndicale par la Cour Européenne des Droits de l'Homme en Question*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme* (70/2007), 485.

restrictions were considered as an interference into Article 11 rights, the question rather being whether those interferences could be justified under Article 11 (2) ECHR. Both judgments indicate that it will be reluctant to narrow too much the margin of appreciation afforded to States in this field.

6. *Negative Freedom of Association and Closed Shop Agreements*

The wording of Article 11 ECHR asserts the right to form and join a trade union. The wording thus refers to the positive aspect of the freedom of association. However, by its wording it does not address directly the negative aspect of that freedom, namely the right not to join a trade union. Interestingly though, the issue is addressed in the *travaux préparatoires* showing that those responsible for drafting the Convention were not ready to include the negative freedom of association in it at that time¹³.

The Court has addressed the question in several of its judgments. One of the most important cases is *Sigurjónsson v. Iceland* (30 June 1993). In the case, the applicant, a taxi driver, argued that an obligation imposed on him to join «Frami», the Association of Taxidrivars or, otherwise, lose his licence to drive a taxi. The Court found a breach of Article 11 ECHR. It held in § 35 that Article 11 encompasses a negative right of association.

Another important case is *Vörður Ólafsson v. Iceland* (27 April 2010). The case concerns a duty to pay contributions of the Federation of Icelandic Industries without being a member thereof. The affiliation was considered to be a breach of Article 11 ECHR. The Court found that the Icelandic authorities had failed to sufficiently justify the interference with the applicant's freedom of association. It had not struck a proper balance between his right not to join an association on the one hand and the general interest in promoting and developing Icelandic industry on the other. Accordingly, there had been a violation of Article 11 ECHR.

These judgments clearly assert the right of an individual not to join or not to be a member of a trade union.

Related to the negative aspect of association are so-called «closed shop agreements» which have also been held to be in breach of the negative right to freedom of association. The wording «closed shop» refers to an undertaking or workplace in which, as a result of an agreement or

¹³ See: [http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART11-DH\(56\)16-EN1693924.PDF](http://www.echr.coe.int/library/DIGDOC/Travaux/ECHRTravaux-ART11-DH(56)16-EN1693924.PDF).

arrangement between one or more trade unions and one or more employers or employers' associations, employees of a certain class are, in practice, required to be or become members of a specified trade union. One of the first cases on this issue is *Young, James and Webster v. United Kingdom* (13 August 1981). In the case, the applicants argued that a «closed shop» agreement between British Rail and three railway workers' unions was in breach of their freedom of association under Article 11. It was said that closed shop agreements had to protect individuals' freedom of thought¹⁴. However, this right is not absolute as can be seen from *Gustafsson v. Sweden* (25 April 1996). The case concerned a trade union action (boycott and blockade of a restaurant) against the applicant who had refused to sign a collective agreement in the catering sector. The Court found no violation of Article 11 ECHR. It said that, while the State had to take «reasonable and appropriate measures to secure the effective enjoyment of the negative right to freedom of association», the restriction imposed on the applicant in the case had not interfered significantly with the exercise of his right to freedom of association.

Another important case in this context is *Sørensen and Rasmussen v. Denmark* (11 January 2006). In this case, the applicants complained that terms of employment included mandatory membership of a certain trade union, with whom the employer had entered into a closed shop agreement. They submitted that the existence of closed shop agreements in Denmark in their respective areas of employment violated their right to freedom of association, in breach of Article 11 ECHR.

The Court reiterated that Article 11 had to be viewed as encompassing a right not to be forced to join an association as well as the right to join an association. It did not in principle exclude that the positive and the negative aspects of Article 11 should be afforded the same level of protection in the area under consideration, but found that it was a matter that could only be properly addressed in the circumstances of a given case.

In the area of trade union freedom and in view of the sensitive character of the social and political issues involved in achieving a proper balance between the respective interests of labour and management, and given the wide degree of divergence between the domestic systems in the field, the Contracting States (States which have ratified the European Convention on Human Rights) enjoyed a wide margin of appreciation as to how the freedom of trade unions to protect the occupational interests of their members might be secured.

¹⁴ See also *Sibson v. United Kingdom* (20 April 1993).

However, the fact that the applicants had been compelled to join a particular trade union struck at the very substance of the right to freedom of association guaranteed by Article 11. The Court held that Denmark had not protected the negative right to freedom of association, that is to say, the right not to join a trade union. It noted that «there is little support in the Contracting States for the maintenance of closed shop agreements» and that several European instruments «clearly indicate that their use in the labour market is not an indispensable tool for the effective enjoyment of trade union freedoms» (§ 75)¹⁵.

7. *The Right of Trade Unions to Adopt their Own Rules and Choose their Members*

Two cases are worth mentioning in this context. First, *Johansson v. Sweden* (7 May 1990). In the case the applicant complained about the obligation for members of the Swedish Electricians Trade Union to sign up to a collective home insurance scheme. The case was declared inadmissible as manifestly ill-founded under Article 11. It was held that the Union's decision to affiliate its members to a collective home insurance scheme fell within the scope of its legal competence under its own regulations. In the decision, the Court articulated and emphasised «the right of trade unions to draw up their own rules and to administer their own affairs».

Another interesting case in this regard is *Associated Society of Locomotive Engineers & Firemen (ASLEF) v. United Kingdom* (27 February 2007). The applicant association complained about its inability as a trade union to expel one of its members who belonged to a political party which advocated views inimical to its own. The person concerned was an activist in the BNP (British National Party), a far-right, lawful, party formerly known as the National Front. The Court found a violation of Article 11, in the absence of any identifiable hardship suffered by the individual concerned or any abusive and unreasonable conduct by the applicant trade union. The Court noted that trade unions were not bodies solely devoted to politically neutral aspects of the well-being of their members, but are in reality often ideological, with strongly held views on social and political issues. Moreover, the trade union did not have any public role such that it could be required to take on members to fulfil any wider purposes.

¹⁵ See also partly and somewhat related issue in *WILSON, National Union of Journalists and Others v. United Kingdom* (2 July 2002) (see footnote 4).

8. *Prohibition against Discrimination on the basis of Trade Union Membership*

Related to closed shop agreements are issues concerning discrimination against an employee on the basis of his or her trade union membership. An important case in this regard is *Danilenkov and Others v. Russia*. In the case, members of the Dockers' Union of Russia were dismissed as a result of the structural reorganisation of the seaport company after taking part in a two-week strike calling for salary increases and better working conditions and health and life insurance. The Court found a violation of Article 14 (prohibition of discrimination) in conjunction with Article 11, since the State had failed to provide clear and effective judicial protection against discrimination on the grounds of trade union membership. Thus, the State is under a positive obligation to provide for such a judicial protection.

9. *The Public Sector and Trade Union Rights*

Few words on protection on trade union rights in the public sector are warranted. The most important case in this regard is *Demir and Baykara v. Turkey* (12 November 2008). There are also other relevant cases here, some of which have already been mentioned.

The case of *Tüm Haber Sen and Cinar v. Turkey* (21 February 2006), concerned the dissolution of a union of public sector workers on the ground that civil servants could not form trade unions. The Court found violation of Article 11 ECHR. It held i.a. that the «State as employer» must respect trade union freedom and guarantee its effective exercise.

In *Satilmis v. Turkey* (17 July 2007) the applicants were public sector workers on fixed-term contracts. They had taken part in union actions allowing motorists to drive past toll barriers without paying. They were ordered to pay damages in civil proceedings. The Court found violation of Article 11 ECHR. It noted i.a. that the Turkish Government had not indicated whether there were other means for public servants to defend their rights. It found that only «convincing and compelling reasons» could justify restrictions on trade union rights in the public sector¹⁶.

Finally, the case of *Şişman and Others v. Turkey* (27 September 2011). This case concerned the display of a trade union's posters in sup-

¹⁶ See also *Enerji Yapi-Yol Sen v. Turkey* (1 April 2009) (see chapter 5 above) and *Kaya and Seyhan v. Turkey* (15 September 2009) (see footnote 11).

port of the annual 1 May demonstration in areas other than the designated notice boards. The applicants were employees of tax offices attached to the Ministry of Finance and were board members of the local section of the Büro Emekçileri trade union, affiliated to the Trade Union Confederation of Public Sector Employees. The Court found violation of Articles 11 and 13 (right to an effective remedy).

10. *Freedom of Expression*

One notable aspect of trade unions' activities, and therefore closely related to Article 11 issues, and their interplay with the Convention, is freedom of expression. The first case to mention is *Heinisch v. Germany* (21 July 2011). The case concerned the dismissal of a geriatric nurse after having brought a criminal complaint against her employer alleging deficiencies in the care provided. The applicant complained that her dismissal and the domestic courts' refusal to order her reinstatement violated her Article 10 rights. The Court held that the applicant was subject to the heaviest sanction possible under labour law. Not only did it have negative repercussions on her career but could potentially also have had a serious chilling effect on other employees of the company and could have discouraged them from reporting any shortcomings in institutional care. It found that applicant's dismissal without notice had been a disproportionately severe sanction. The domestic courts had thus failed to strike a fair balance between the need to protect the employer's reputation and the need to protect the applicant's right to freedom of expression. There had accordingly been a violation of Article 10.

Another important case is *Palomo Sanchez and Others v. Spain* (12 September 2011). In this case applicants argue that their dismissal following an offensive and humiliating publication initiated by them – with a cartoon on the cover showing employees of the company giving sexual favours to the director of human resources – infringed their right to freedom of expression (Article 10). They argued that the real reason for their dismissal was their trade union activity, thus breaching their right to freedom of assembly and association (Article 11). The Grand Chamber judgment held that there had been no violation of Article 10¹⁷.

¹⁷ Minority of five judges in the GC found a breach of the States positive obligation under Article 10 for failure to protect the applicants from being dismissed on these grounds. See also *Aguilera Jimenez and Others v. Spain* (8 December 2009), where the Court held that the authorities had not exceeded their discretion in penalising the applicants and that there had been no violation of Article 10.

One issue in the Spanish case was whether there was more discretion and tolerance towards harsh criticism in trade union context. Of relevance in this context is also *Vellutini and Michel v. France* (6 October 2011). In the case, the President and Secretary-General of the municipal police officers' union (USPPM) had been sanctioned for public defamation of a mayor, on the basis of statements made in their capacity as union officials. The Court found that Article 10 had been violated. It found that political insults in a trade union context were covered by the right to freedom of expression.

11. *Concluding Remarks*

Article 11 ECHR is, like other substantive provisions of the Convention, centred on individual rights, rather than collective rights of Unions. It addresses first and foremost the rights of individuals to take part in forming an union, being a member thereof. Moreover, it protects, to some extent, as shown above, the right to participate in a strike and other collective trade union activities. Furthermore, it protects the right not to join a trade union and not to be subject to dismissal or rejection because of not belonging to a union, as well as the right not to be discriminated against because of membership. However, despite this there is little doubt that the underlying tendency of the ECtHR is to give the Contracting Parties a wide margin of appreciation in organising trade union rights.

The Court has been praised for its creative approach to these issues, in particular by references to the development in the law in the individual Member States and to international law instruments. However, the Court's role in this regard should perhaps not be overestimated. Increased references to developments in the individual countries and internationally, by references to the ILO Convention, European Social Charter and others can easily be interpreted in such a way that the Court is only going with the flow and asserts these rights as fundamental rights, which have already been accepted in most European countries, as well as internationally. It further follows from the philosophy of the Convention that it cannot be used to restrict rights that are better protected elsewhere.

The most important aspect of this is probably the acknowledgement of certain labour rights as fundamental civil rights, rather than social rights. If fundamental rights are «trumps» as asserted by Ronald Dworkin¹⁸, which set aside other duties and rights, certain elements or

¹⁸R.M. DWORKIN, *Rights as Trumps*, in J. WALDRON, ed., *Theories of Rights*. New York, Oxford University Press, 1985, 153.

principles of labour law and rights have been elevated in the hierarchy of rights so to speak. They enjoy the protection of the Convention and this, having in mind the status of the Convention as a source of law in the Member States and its significance for constitutional interpretation, means that these rights, mostly already recognised in domestic law and international law, have to a certain point been elevated to a constitutional level. This is the most important contribution of the ECtHR in the field of trade union rights.

FABRIZIO BANO

IL DIRITTO DEL LAVORO IN 3D.
LO SPAZIO GIURIDICO DEI DIRITTI SOCIALI DOPO LAVAL

SOMMARIO: 1. La terza dimensione transnazionale. – 2. La concorrenza tra ordinamenti lavoristici nella dimensione transnazionale. – 3. La Carta dei diritti, ma quali diritti?

1. *La terza dimensione transnazionale*

La direttiva 96/71/Ce sul distacco dei lavoratori ci offre un osservatorio privilegiato per svolgere alcune considerazioni sulla proiezione del diritto del lavoro nazionale in una dimensione europea. Tale angolazione ha, nello specifico, la particolarità di allontanare dalla prospettiva tradizionale del processo di armonizzazione legislativa, per inquadrare il problema di una diretta e aperta competizione regolativa con altri ordinamenti giuridici statuali.

La direttiva sul distacco si può in effetti considerare come uno strumento del diritto internazionale privato la cui efficacia si dispiega principalmente a livello transnazionale. Tale natura pone la direttiva in una posizione di singolarità rispetto al corpus delle direttive lavoristiche, ma soprattutto reca con sé una singolare e non sottovalutabile sfida al principio di territorialità su cui poggia il diritto del lavoro che definiamo, appunto, statale.

La prospettiva da essa dischiusa, insomma, si porta ad osservare un panorama scarsamente frequentato nella riflessione giuslavoristica e che, tuttavia, come dimostra la nota pronuncia *Laval*¹ è in grado di esercitare una singolare capacità di radicalizzare il processo di ripensamento dell'identità del diritto del lavoro. Al punto da riflettersi sullo stesso assetto costituzionale, soprattutto in paesi come l'Italia ove è profondamente marcata l'ispirazione lavoristica della Carta fondamentale.

In queste brevi note muoviamo dall'assunto che l'appannamento del carattere statale che fino ad oggi ha identificato il diritto del lavoro non

¹ CORTE DI GIUSTIZIA 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*.

rappresenti un aspetto marginale né provvisorio di tale materia. In pari tempo assumiamo che la transnazionalità che caratterizza la direttiva possa utilmente essere intesa come una terza dimensione del diritto del lavoro, che apre ad una lettura meno convenzionale delle questioni riguardanti il futuro dei diritti sociali nella Ue.

Vero è che la dimensione transnazionale costituisce un tratto caratterizzante di tutta la disciplina europea in tema di libera circolazione di servizi. Nondimeno, lo spazio di questo intervento ci induce a privilegiare gli aspetti più propriamente lavoristici e dunque a concentrare la nostra attenzione sulla mobilità transazionale della manodopera che si realizza nel quadro di una prestazione di servizi, fattispecie multiforme che nella direttiva n. 96/71/Ce trova una regolamentazione specifica².

2. *La concorrenza tra ordinamenti lavoristici nella dimensione transnazionale*

Come risulta anche da recenti indagini empiriche³, la fornitura di servizi funge da vettore di manodopera salariata, che dal territorio dello stato di origine si sposta, temporaneamente, sul territorio dello stato ospite. Sul piano giuridico la fornitura pone dunque il problema di stabilire quali sono le condizioni applicabili ai lavoratori distaccati, stante la rilevanza di tale fenomeno per tre distinti ordinamenti: l'ordinamento dello stato di origine, quello dello stato ospite e naturalmente di quello della Ue che definisce la prestazione di servizi una libertà fondamentale.

Sappiamo che il quesito regolativo è risolto dalla direttiva n. 96/71, in conformità con la disciplina generale in tema di servizi, predisponendo un complesso mix regolativo nel quale il modello dell'*home state control* si combina con quello dell'*host state control*.

Nella misura in cui si fa appello al criterio dell'*home state control*, possiamo osservare che il distacco di manodopera comporta una, ancorché parziale e temporanea, esportazione di norme dello Stato di origine sul territorio dello Stato ospite. Si tratta quindi di una compressione della sovranità statale e, nel nostro caso specifico, di una singolare forma di contemporanea applicazione nello stesso luogo di norme appartenenti a due distinti sistemi giuslavoristici nazionali.

Va osservato, d'altra parte, che la questione non va circoscritta ai

² Per un approfondimento dei temi qui trattati v. se vuoi F. BANO, *Diritto del lavoro e libera prestazione di servizi nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2008.

³ EUROPEAN COMMISSION, *Study on the economic and social effects associated with the phenomenon of posting of workers in the EU*, Bruxelles, March 2011.

casi – ancora limitati – di effettiva applicazione nello Stato ospite di norme proprie dello Stato di origine, perché detta esportazione di norme proprie di un altro ordinamento statale ha potenzialmente una portata molto più ampia, sol che si estenda il modello dell'*home state control* ad una Europa unitaria formata da 27 Stati con un mercato squilibrato nel livello di tutela della manodopera, soprattutto (ma non solo) tra *old members* e *new comers*. Tale modello introduce infatti un certo grado di permeabilità dei sistemi nazionali di protezione sociale, esposti alla mobilità non soltanto dei lavoratori dall'impresa di servizi ma anche a quella delle norme dello Stato di provenienza dell'impresa di servizi. La conseguenza è una potenziale competizione regolativa oltre che economica tra i vari Stati membri.

Vale la pena di sottolineare come la competizione, in tale prospettiva, non si esaurisca nella classica dialettica tra libertà di mercato e diritti sociali, ma si faccia interna alla stessa dimensione sociale, agevolando un conflitto aperto e diretto tra diversi livelli e declinazioni delle garanzie lavoristiche.

Di ciò si ha dimostrazione nel fatto che uno dei profili più critici della dottrina *Laval* è rappresentato proprio dalle definizioni operate dai giudici europei circa la natura e il contenuto stesso del diritto di sciopero, con una evidente incidenza sul più complessivo assetto delle relazioni sindacali all'interno degli Stati membri.

Gli elementi di transnazionalità della mobilità della forza lavoro, nelle forme di una prestazione di servizi, riaccendono dunque le preoccupazioni sull'ipotesi della «esportabilità dei diritti» che taluni – un po' superficialmente – ritenevano bloccata sul nascere grazie all'espunzione del principio del paese di origine dal testo finale della direttiva servizi⁴. L'assenza di un riferimento esplicito e generale a detto principio, infatti, non dà sufficienti garanzie che la temporanea esportazione del regime giuridico applicabile alla manodopera distaccata non incentivi una competizione regolativa al ribasso.

La direttiva sul distacco, per la verità, era stata fin dalle origini concepita anche come risposta al pericolo di un *race to the bottom* dei livelli di tutela dei lavoratori. La soluzione concepita dal legislatore comunitario è stata infatti quella di fissare uno standard (seppur relativo) di tutele minime (c.d. nocciolo duro) e, insieme, riconoscere allo Stato ospite la facoltà di innalzare le tutele oltre tale standard.

⁴ S. DEAKIN, *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, in *Lav. dir.*, 2011, 467 ss. 474: «L'effetto di *Laval* e *Ruffert* è, di fatto, quello (...) di far rivivere il principio del paese di origine».

Tra i molti aspetti controversi della dottrina *Laval* vi è anche quello di aver sovvertito tale equilibrio, nel momento in cui ha stabilito che la direttiva fissa non il minimo, ma il massimo della tutela. La Corte di giustizia ha infatti ritenuto che «l'art. 3, n. 7, della direttiva 96/71 non può essere interpretato nel senso che esso consentirebbe allo Stato membro ospitante di subordinare la realizzazione di una prestazione di servizi sul suo territorio al rispetto di condizioni di lavoro e di occupazione che vadano al di là delle norme imperative di protezione minima», «di conseguenza, e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione»⁵. Pertanto, una volta rispettato il livello (massimo) di tutele che impone la direttiva, il prestatore di servizi può esportare, insieme ai lavoratori, anche il regime giuridico applicabile a tali lavoratori nel paese di origine.

Tale conclusione, sebbene opinabile, come dimostrano le opinioni espresse dagli stessi Avvocati Generali in *Laval* e *Ruffert*, rappresenta in ogni caso un'ulteriore ostacolo al conseguimento per via legislativa di una parificazione allo standard proprio dello Stato ospitante.

L'altra opzione, come è noto, riguarda il richiamo contenuto nella direttiva alle ragioni di ordine pubblico come ipotesi che consente l'estensione alla manodopera distaccata di norme lavoristiche proprie dello Stato ospite. Ma non è per questa via, ad esempio, che si può legittimare la soluzione adottata dallo Stato italiano nel recepimento della direttiva n. 96/71, che prevede una estensione *tout court* del diritto del lavoro italiano alla manodopera temporaneamente distaccata nel nostro Paese, in ossequio ad un generale principio di parità di trattamento (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 72/2000)⁶. Il recepimento da parte del legislatore italiano, che

⁵ CORTE DI GIUSTIZIA 18 dicembre 2007, punti 80 e 81 cit.; conforme Corte di giustizia 3 aprile 2008, C-346/06, *Ruffert*, punti 33-34.

⁶ Una norma di identico tenore è contenuta anche nell'art. 23 del d.lgs. n. 59/2010 di recepimento della direttiva servizi, su cui se vuoi cfr. F. BANO, *Il recepimento in Italia della direttiva servizi: i profili giuslavoristici*, in *Studi in onore di Tiziano Treu*, Napoli, Jovene, 2011, 1386 ss.

impone quantomeno di superare il dato letterale per addivenire ad una interpretazione conforme al diritto Ue⁷, è reso ancor più dubbio dall'obbligo imposto alle imprese di servizi straniere di rispettare i contratti collettivi stipulati dalle organizzazioni sindacali comparativamente più rappresentative (art. 3, comma 1, d.lgs. n. 72/2000)⁸.

Da tempo l'Unione europea ha chiarito che il concetto di ordine pubblico va inteso in senso restrittivo e in conformità alla disciplina europea in tema di servizi, sicché non è ammissibile per lo Stato membro procedere in modo arbitrario ad estendere il proprio diritto del lavoro⁹. Il fatto che allo stato non risultino controversie riguardanti lavoratori distaccati in Italia, non ci esime dalla necessità di affrontare tale problema, ma soprattutto dallo svolgere qualche riflessione sul piano teorico sistematico.

Il *vulnus* inferto alla territorialità del diritto del lavoro è considerevole, non solo perché diventa quasi impraticabile la via già stretta che può portare lo Stato ospitante ad invocare ragioni di ordine pubblico (comunque limitate e non estensibili al complesso del diritto del lavoro domestico, come si è fatto in Italia); ma anche la stessa autonomia collettiva, che si avvantaggia non meno della legge del principio di territorialità, vede oltremodo indebolita la capacità dei propri strumenti di governo del mercato – contrattazione collettiva e diritto di sciopero – di operare in funzione difensiva, rispetto alla concorrenza indotta dalla manodopera che viene importata dal prestatore di servizi.

La deterritorializzazione è fenomeno che sta assumendo una portata ben più ampia di quanto lascia trasparire la più consueta visione bidimensionale. È infatti in atto un processo di allentamento del modello di welfare state il quale, pur connotato da finalità universalistiche, ancora strettamente i meccanismi solidaristico-redistributivi ai confini dello Stato nazionale. L'universalità/eguaglianza che in esso si persegue è affatto relativa e inevitabilmente escludente, mentre appare ancora molto lontano, per non dire irraggiungibile, un modello di welfare sovra (o post) nazionale.

In breve, per un verso siamo di fronte a diritti sociali improntati a criteri solidarietà e di eguaglianza statuali, ma, per altro verso, tale assetto viene messo in fibrillazione dalla visione *market access* (integrazione e liberalizzazione dei mercati nazionali) che utilizza il principio dell'*home*

⁷ Cfr. Min. Lavoro, Interpello n. 33/2010 del 12 ottobre 2010.

⁸ Cfr. da ultimo G. ORLANDINI, *Il recepimento della direttiva sul distacco transnazionale in Italia: l'impatto del caso Laval*, in *Dir. lav. relaz. ind.*, 2011, 405 ss.

⁹ Fra le molte cfr. CORTE DI GIUSTIZIA 19 giugno 2008, C-319/06, Commissione c. Lussemburgo.

state control come criterio prevalente per definire le competenze regolative.

Per questa via si crea un preoccupante cortocircuito del nesso Stato/diritti sociali, evidente in primo luogo nel distacco europeo che, per un verso agevola le imprese nella scelta del diritto del lavoro *low cost*, per altro verso ci mostra un richiamo al principio di pari trattamento dei lavoratori quale soluzione impraticabile ogniqualevolta sfoci in una forma di protezionismo che lo Stato ospite mette in atto contro la concorrenza economica e normativa indotta dall'esercizio della libertà di prestare servizi nel mercato integrato.

Ma il cortocircuito non rimane circoscritto all'ambito da noi affrontato, esso affiora anche nel parallelo fenomeno degli «individui mobili che si avvantaggiano delle opportunità della libertà di circolazione, i quali tendono oggi più facilmente a identificarsi nella parte più attiva e dinamica dei corpi sociali nazionali, che non nella figura novecentesca del migrante italiano in cerca di riscatto sociale nel Nord Europa»¹⁰. Perché «la solidarietà transnazionale tra cittadini dell'Unione, in tal modo promossa dalla Corte, si ispirerebbe, così, alla medesima filosofia individualistica che impronta la giurisprudenza sulle altre libertà fondamentali del Trattato»¹¹.

I due processi, per molti aspetti opposti, di integrazione negativa e di solidarietà acquisitiva condividono la medesima prospettiva privato-individuale volta a massimizzare i vantaggi offerti dall'asimmetria tra spazio economico e territorialità del diritto.

3. *La Carta dei diritti, ma quali diritti?*

Anche il diritto di sciopero così come affrontato nei recenti *dicta* della Corte riteniamo che vada affrontato tenendo conto della terza dimensione transnazionale.

Nelle argomentazioni sviluppate dalla Corte si ci affida, come è stato diffusamente illustrato in dottrina¹², ad un giudizio di proporzionalità sbilanciato aprioristicamente sulla tutela dei servizi: i diritti sociali in tanto vengono tutelati, in quanto non pregiudichino l'esercizio della libertà garantita dall'*ex art.* 56 TFUE.

¹⁰ S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, in *Persona e mercato*, n. 1, 2011, 12.

¹¹ S. GIUBBONI, *op. cit.*, 11.

¹² Cfr. ad esempio M.V. BALLESTERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008, 371 ss.

Certamente l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali ha alimentato la speranza che le valutazioni della Corte di giustizia vengano fondate su un effettivo equilibrio tra i valori in gioco, atteso che i diritti sociali assurgono al medesimo livello di riconoscimento costituzionale che storicamente è stato assegnato alle libertà economiche. La definizione della Ue come economia sociale di mercato, d'altra parte, dovrebbe essere proprio la sintesi di una più equilibrata considerazione tra istanze economiche e dimensione sociale della comunità.

Ebbene, in questa sede non possiamo che limitarci ad osservare che l'efficacia giuridicamente vincolante della Carta di Nizza vale a superare uno squilibrio formale tra libertà economiche e diritti sociali, per conquistare la pariordinazione sul piano astratto dei valori fondanti dell'ordinamento Ue. Tuttavia tale innovazione, ancorché essenziale, non precostituisce alcuna soluzione ai casi di conflitto tra libertà di servizi e diritti sociali. Perché, come è stato osservato, «la Carta, in genere, riconosce diritti già esistenti e li afferma in una nuova dimensione spaziale che non è il semplice allargamento del confine nazionale; essa non ha valore additivo, come alcuni si erano forse illusi all'inizio, ma, per questo profilo, ricognitivo all'interno di una dimensione spaziale che rinnova i diritti per il fatto stesso di questa nuova proiezione»¹³.

Questa «indifferenza assiologica» a cui è ispirata la Carta viene quindi criticata in quanto finirebbe, nella sostanza, per conservare l'anima mercantile della Ue¹⁴.

Più in generale esiste una diffusa opinione che ritiene necessario sviluppare solidi antidoti per contrastare il dominio della visione liberista. Nel vasto e articolato dibattito su questi temi interessa soprattutto evidenziare, in primo luogo, le «reazioni in chiave di patriottismo e rivendicazione di identità costituzionale, razionalizzate giuridicamente attraverso la riproposizione della teoria dei controlimiti nella sua versione assoluta: il contenuto essenziale dei diritti fondamentali, estrapolato dalla norma interna, è considerato come un controlimite immanente, a priori e inviolabile rispetto a qualunque operazione di integrazione e di bilanciamento esterno»¹⁵.

Entro tale cornice teorica si colloca poi una più puntuale affermazione circa la necessità di riconoscere la superiorità dei diritti sociali ri-

¹³ B. CARUSO, *Costituzioni e diritto sociali: lo stato dell'arte*, in *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, a cura di B. Caruso e M. Militello, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona». Collective Volumes - 1/2011, 21 s.

¹⁴ B. CARUSO, *op. cit.*, 18.

¹⁵ B. CARUSO, *op. cit.*, 2011, 18.

spetto alla libertà di servizi. Perché «il diritto di sciopero – ma il discorso può e deve essere esteso alla contrattazione collettiva – oltre ad essere un diritto sociale fondamentale, non è *equivalente*, bensì *prevale* sulle libertà economiche, nel senso che il suo esercizio non può subire condizionamenti a causa di quelle, o, se si preferisce, che le libertà economiche devono soggiacere alle conseguenze negative derivanti dall'esercizio dei diritti fondamentali di sciopero e di contrattazione collettiva»¹⁶.

Solo appellandosi ad un principio immunitario e negando in partenza la possibilità di un bilanciamento, si potrebbe secondo tali prospettazioni preservare il contenuto e le funzioni proprie assegnate dagli ordinamenti nazionali a tali diritti: «Nell'ambito di tali ordinamenti, insomma, dovrebbe essere garantito che queste classiche manifestazioni del conflitto sociale, benché lesive o comunque limitative di quelle attività economiche liberamente esercitate, non possano, per ciò solo, essere considerate illegittime e produrre conseguenze dannose sul piano dei loro rapporti di lavoro. Infatti, è solo con il riconoscimento della prevalenza di quei diritti sociali fondamentali rispetto alle libertà economiche (e dunque attraverso un loro trattamento giuridico differenziale) che può essere attuato un riequilibrio dello sbilanciato rapporto di poteri nel mercato, così riconoscendosi la tipicità del lavoro (che non può essere considerato una merce qualsiasi) ed impedendosi un iniquo sfruttamento dei lavoratori»¹⁷.

Le reazioni patriottiche, peraltro, assumono connotazioni propriamente protezionistiche laddove si ricorre, a proposito del distacco di lavoratori, ad interpretazioni molto ampie del concetto di ordine pubblico¹⁸.

Non abbiamo la possibilità di un approfondimento analitico delle posizioni testé richiamate. È tuttavia evidente che in tutte giochi un ruolo fondamentale il legame tra norma e luogo¹⁹, in particolare se accostiamo il problema dal punto di vista dei diritti fondamentali, è innegabile che il richiamo alla Carta non può, di per sé, rappresentare un vero punto di

¹⁶ U. CARABELLI, *Unione europea e libertà economiche 'sociofaghe' (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in R. COSSIO, R. FOGLIA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2011, 238; sulla proposta di un Protocollo sociale, da allegare ai Trattati, che affermi l'immunità dei diritti sociali nazionali, cfr. EUROPEAN TRADE UNION CONFERENCE (ETUC), *Proposal for a Social Protocol*, <http://www.etuc.org/a/5175>.

¹⁷ U. CARABELLI, *op. cit.*, 241.

¹⁸ Cfr. ad es. M. PALLINI, *La tutela dell'«ordine pubblico sociale» quale limite alla libertà di circolazione dei servizi*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Bari, Cacucci, 197 ss.

¹⁹ N. IRTI, *Norma e luoghi. Problemi di geo-diritto*, Bari, Laterza.

svolta rispetto alla dottrina *Laval*. È vero infatti che il bilanciamento formale lascia – a nostro avviso correttamente – impregiudicata la soluzione a cui addivenire nel giudizio concreto. Un giudizio nel quale pesa non solo l'orientamento (troppo) *market oriented* della Corte, ma anche il fatto che la libertà del prestatore di servizi si esercita nella dimensione transnazionale, mentre il diritto di sciopero rimane incardinato nella dimensione statale: è uno strumento di autotutela dell'interesse collettivo, ma la «collettività» è (solo) quella che si identifica nello Stato ospite.

In estrema sintesi, lo sbilanciamento che vogliamo mettere in evidenza non lo costruisce (soltanto) il giudizio della Corte, perché è in *re ipsa*, nella contesa degli interessi che vengono in considerazione e negli spazi giuridici in cui tale contesa si dispiega.

Per questo lascia perplessi la rivendicazione di una primazia del diritto di sciopero, perché è intrinsecamente fragile: non solo lo sciopero non è un concetto monolitico e uniforme nei diversi ordinamenti nazionali, ma soprattutto sembra suggerire un'astratta universalità del bene tutelato, laddove l'interesse collettivo-sindacale rimane un concetto relativo al territorio statale nel quale si trovano i lavoratori che tale interesse esprimono.

Un passo oramai inevitabile, allora, è quello di prendere atto che la dottrina *Laval* ha «inflitto agli stati nazionali una profonda ferita narcisistica. Gli stati si specchiano nello stagno dei diritti fondamentali che assiduamente hanno tutelato e non si piacciono. La loro immagine riflessa dovrebbe abbellirsi di nuovi ornamenti, che rendano più nitido il contorno dei diritti sociali e in particolare di quelli a esercizio collettivo. Gli stati dovrebbero imparare a conoscere le nuove potenzialità dei gruppi organizzati, riconoscerli e legittimarli sulla scena globale, oltre che nazionale. Nello stagno dovrebbe anche riflettersi l'immagine di nuovi soggetti portatori di interessi complessi, collettivi, ma sempre più differenziati. Le loro competenze dovrebbero apparire sulla superficie di acque non necessariamente tranquille e soprattutto non sempre nazionali»²⁰.

Per questo ci pare di poter concludere che solo quando l'autonomia collettiva sarà realmente in grado di esprimersi in una dimensione sovra e trans-nazionale, si daranno le condizioni per un equo bilanciamento tra valori in campo, ma sarà un processo di tipo *bottom up* e non *top down*. Un totale affidamento alla tutela pretoria dei diritti collettivi è perdente in partenza, perché – come ci è stato insegnato – il contropotere collettivo non lo costruisce il giudice.

²⁰ S. SCIARRA, *Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona». Collective Volumes - 1/2011, 90.

SARAH BARUTTI

DIRITTI SOCIALI FONDAMENTALI,
SERVIZI E MERCATO IN UE: QUALE BILANCIAMENTO?

Il bilanciamento tra ragioni economiche e diritti sociali in Europa, può essere declinato secondo due prospettive, cui corrispondono diversi strumenti regolatori, diverse competenze e diverse basi giuridiche.

La prima, più nota e battuta dai giuslavoristi (e non solo), ancor più a seguito delle note statuizioni della Cgue *Viking, Laval, Rüffert e Commissione c. Lussemburgo*, riguarda la tutela del lavoro che circola come servizio¹ e appartiene a quel complesso normativo che dalla «direttiva distacco» arriva sino alla controversa «direttiva servizi», il cui *trait d'union* è l'art. 56 Tratt. FUE (base giuridica di tipo economico).

La seconda anima dell'intreccio tra regole del mercato e norme sociali origina dal tentativo (poi necessità) di conciliare la piena efficacia delle norme del Trattato volte ad assicurare l'integrazione economica e la preservazione di un Modello sociale europeo, la cui sopravvivenza è strettamente ancorata al funzionamento di un certo numero di servizi sociali. Questo perché è ormai incontestato che l'oggetto della politica sociale – oltretutto l'ambito della tutela – vada oltre i diritti individuali e collettivi dei lavoratori, estendendosi anche al modo di organizzare, finanziare o gestire servizi, da sempre considerati pilastri del Welfare state e strumenti essenziali per dare attuazione ai diritti sociali.

Il bilanciamento tra queste due contrapposte istanze è individuato dall'Unione europea, dapprima, nel regime derogatorio individuato dall'attuale art. 106.2 Tratt. FUE (già art. 86.2 Tratt. CE), che crea una sorta di immunità dalla normativa in materia di concorrenza e aiuti di stato per i servizi che perseguono fini di interesse generale (tra cui quelli a carattere sociale).

¹ Più correttamente, si tratta della tutela dei diritti dei lavoratori che circolano nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. Osserva D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, relazione alle *Giornate di studio Aidlass, Parma 4-5 giugno 2010*, 33, nota 178, come i giuslavoristi che si sono finora occupati del tema «abbiano privilegiato, direttamente o indirettamente, l'analisi della direttiva distacco rispetto a quella sulla liberalizzazione di servizi».

Già con il Trattato di Amsterdam l'ago della bilancia inizia a pendere più sul versante dei diritti che su quello delle eccezioni, con l'inclusione di questi servizi tra i «valori comuni dell'Unione»². Cambiamento di rotta rafforzato dall'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali, che riconosce un diritto di accesso universale ai cittadini europei, dal Protocollo n. 26³ annesso al Trattato di Lisbona e dal novellato art. 14 Tratt. FUE, che supera le previsioni già contenute nel precedente art. 16 Tratt. FUE introducendo una base giuridica specifica e a carattere sociale, sempre in materia di servizi di interesse economico generale.

Questa «doppia anima» è stata riconosciuta dalla Commissione europea nel *Single Market Act* del 13.4.2011, che nell'elencazione delle c.d. 12 *leve*, alla voce *coesione sociale*, inserisce tra gli obiettivi «*to strengthen social cohesion by ensuring a clarification of how fundamental social rights are exercised and the legal framework for Services of General Economic Interest*» e, nella definizione della strumentazione necessaria per raggiungere detto fine, accorpa la chiarificazione del quadro normativo dei servizi di interesse economico generale e delle regole applicabili ai lavoratori distaccati in un altro Stato membro.

La stessa Commissione riconosce quindi il ruolo di questi servizi quali strumenti di esercizio dei diritti sociali fondamentali e, al contempo, ammette l'inadeguatezza del quadro giuridico esistente che, allo stato, non consente di realizzare l'obiettivo dichiarato di rafforzare la coesione sociale.

Il primo profilo problematico è di carattere definitorio ed è riconducibile alla difficoltà di identificare chiaramente le nozioni coinvolte in questo processo (servizio, servizi economici e non economici di interesse generale, servizi sociali di interesse generale)⁴. Questa incertezza, dovuta

² Specificamente, l'art. 16 era situato nella parte I del Trattato istitutivo della Comunità europea, tra i *Principi*.

³ L'art. 1 del *Protocollo n. 26 sui servizi di interesse generale* precisa cosa si intenda con «valori comuni dell'Unione [...] ai sensi dell'articolo 14», menzionando, tra i vari punti, «la diversità tra i vari servizi di interesse economico generale e le differenze delle esigenze e preferenze degli utenti che possono discendere da situazioni geografiche, sociali e culturali diverse; un alto livello di qualità, sicurezza e accessibilità economica, la parità di trattamento e la promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente».

⁴ Il dibattito sul tema inizia con la comunicazione della Commissione del 1996 [COM (1996) 443 def. del 26 settembre 1996], in cui si definiscono i servizi di interesse generale (servizi considerati di interesse generale dei cittadini dalle autorità pubbliche), il servizio universale (insieme minimo di servizi il cui accesso deve essere garantito a tutti) e il servizio di interesse economico generale (servizio di interesse generale remunerato dagli utenti). Segue la comunicazione del 20 settembre del 2000 [COM (2000) 580 def. del 20 settembre 2000] che, in alcuni passaggi, utilizza le nozioni di servizio di interesse generale e servizio *economico* di interesse generale come equivalenti tra loro, se non addirittura come sinonimi (cfr. in parti-

all'esiguità delle fonti di diritto positivo e alle interpretazioni *market-oriented* che ne ha fatto la Commissione, si traduce in una sorta di «delega in bianco» alla Corte di giustizia cui viene demandato il compito di bilanciare le contrapposte esigenze (le ragioni della concorrenza e dell'economia e quelle dei beneficiari dei servizi a ottenere un adeguato livello di efficienza e qualità).

Il secondo nodo concerne la ripartizione di competenze tra Stati membri e Ue che, nell'ottica della competenza concorrente e responsabilità congiunta individuata dall'art. 14 Tratt. FUE, vede il *quantum* di libertà organizzativo-definitoria dei servizi riservata agli Stati membri, limitato dal potere di qualificazione delle attività come economiche da parte della Corte di giustizia⁵.

Fanno da contorno i due approcci politici, potenzialmente conflittuali, adottati dalle diverse Istituzioni europee che, ferma l'importanza

colare punti 22 e 23). Con il Libro verde del 21 maggio del 2003 si specifica che l'espressione *servizi di interesse generale* dev'essere utilizzata unicamente nei casi in cui «il testo si riferisca anche a servizi non economici o quando non sia necessario specificare la natura economica o non economica dei servizi in oggetto» (punto 18). Nel Libro bianco del 2004 [COM(2004) 374 def., punto 3.2], i servizi di interesse generale sono ritenuti una «espressione più ampia» di quella, che riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità nazionali assoggettano a obblighi di servizio pubblico. Questa sintetica e incompleta ricostruzione, preso atto dell'ampia interpretazione della nozione di attività economica fornita dalla Corte di giustizia e dalla Commissione (v. *infra* nota 6), è sufficiente a instillare ragionevoli dubbi sulla potenzialità della categoria *servizio d'interesse generale* quale definizione di carattere generale-onnicomprensivo.

⁵ Non è questa la sede per ripercorrere l'evoluzione giurisprudenziale e l'interpretazione istituzionale della nozione di attività economica. Basti qui ricordare che, per stabilire se un certo servizio abbia o meno contenuto economico, la Corte di giustizia utilizza criteri di natura sostanziale: per qualificare una determinata attività come economica ai sensi delle regole del mercato interno, è fondamentale che essa sia fornita dietro remunerazione, mentre non è necessario che il servizio sia pagato dai beneficiari, né rilevano *status* giuridico del prestatore (ad esempio un ente no profit) e natura del servizio, bensì le effettive modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento dell'attività medesima. Questo equivale a dire che fatta eccezione per le attività relative all'esercizio dei pubblici poteri, escluse dall'applicazione delle regole del mercato interno ai sensi dell'art. 51 Tratt. FUE, la maggioranza dei servizi può essere considerata «attività economica» ai sensi delle norme del Trattato (cfr. Comunicazione del 20.11.2007, COM (2007) 725 def., punto 2.1.5). Nel Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003 [COM(2003) 270 def.] lo strumento individuato per decidere sull'applicazione o meno del diritto della concorrenza è quello della «segmentazione» di una singola attività in diverse sub-attività, cosicché in una medesima attività vi è la possibilità di rintracciare quella rilevanza economica, che, considerando unitariamente il servizio, sarebbe stata tradizionalmente esclusa. Una stessa attività potrebbe pertanto essere assoggettata alla disciplina derogatoria dei servizi di interesse economico generale solo per una parte e non per l'altra, stante la non rilevanza economica. Appare allora fondamentale individuare con certezza la nozione di natura economica del servizio, che spesso viene individuata nella generica presenza (anche solo potenziale) di un mercato in un determinato settore (o segmento) di attività.

del principio di continuità di tali servizi in quanto strumenti di coesione sociale e territoriale⁶, da un lato, cercano di mantenere i servizi di interesse generale nell'alveo della disciplina della concorrenza e, dall'altro, provano a gettare le basi della costruzione di un nuovo *status* dei servizi di interesse generale come diritti fondamentali di cittadinanza, tentando di realizzare quel modello europeo di «servizio pubblico» accessibile a tutti che si può rintracciare nell'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali.

Il primo approccio si scontra con l'assetto istituzionale creato da Lisbona e il valore vincolante attribuito alla Carta dei diritti fondamentali, che suggeriscono di rovesciare il rapporto tra concorrenza e interesse generale. Il secondo si inserisce in quella nuova lettura – incoraggiata dai recenti documenti istituzionali – del rapporto tra regole del mercato interno, da un lato, e lavoro e coesione sociale, dall'altro, secondo cui il bilanciamento dovrebbe dipanare dalla compatibilità delle prime «con gli obblighi di servizio pubblico e non il contrario»⁷.

Secondo quest'ottica, si potrebbe affermare che i pubblici poteri europei (ma anche nazionali) assumono il compito di pervenire ad un bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e imperativi della libera circolazione delle risorse, «sì che, dinanzi ai più rilevanti squilibri e alle iniquità che possono derivare dal funzionamento «spontaneo» (deregolato) del mercato, non solo è possibile, ma diventa doveroso operare *anche* attraverso la limitazione dei poteri negoziali per prevenire e/o reprimere la lesione dei diritti fondamentali della persona»⁸.

Per svincolare i servizi di interesse generale dal diritto della concorrenza è sufficiente accogliere la prospettiva costituzionale e spostare l'attenzione dal regime di cui all'art. 106, 2 Tratt. FUE all'art. 36 della Carta dei diritti fondamentali. Questa norma grava l'Unione e gli Stati membri del dovere di creare un meccanismo di accesso universale ai servizi di interesse generale, cui si giustappone il diritto degli utilizzatori. Si potrebbe quasi dire che l'art. 36, seppur nella versione *soft* del «riconosce e rispetta»⁹, attribuisca ai singoli il diritto di esigere che Unione europea e

⁶ Come si legge nei documenti istituzionali relativi ai servizi di interesse generale (cfr. in particolare il *Libro verde sui servizi di interesse generale*, COM/2003/0270 def.), servizi efficaci, di alta qualità, diffusi su tutto il territorio e a prezzi abbordabili, facilmente accessibili, riempiono di contenuto il concetto di cittadinanza europea.

⁷ Così D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., 32, che parla di «valorizzazione della sinergia e non della contrapposizione» e richiama altresì il Punto 5 della Risoluzione del Parlamento europeo sui servizi sociali di interesse generale del 14 marzo 2007 (2006/2134 (INI)).

⁸ D. LA ROCCA, *Le discriminazioni nei contratti di scambio di beni e servizi*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio. Il quadro comunitario e nazionale*, a cura di M. Barbera, 2007, 305.

⁹ I timori dell'Unione nel riconoscere un vero e proprio *diritto a* servizi di interesse ge-

Stati membri creino le condizioni necessarie affinché tali servizi siano prestati rispettando *standard* normali di efficienza, qualità e di «servizio minimo». In ogni caso, un notevole passo avanti rispetto all'impianto giuridico precedente il Trattato di Amsterdam, in cui i singoli subivano solo indirettamente gli effetti dell'art. 106 Tratt. FUE, senza che venisse loro garantita una specifica posizione giuridica, né le loro esigenze fossero prese in considerazione in quanto tali e non, indirettamente, allo scopo di garantire un mercato competitivo e ben regolato.

Si tratta ora di capire come rendere effettivo il diritto dei cittadini a godere di servizi di alta qualità, posto che la soluzione, a detta dell'allora Commissario Mario Monti che ha redatto il Report sul mercato interno¹⁰, si trova nella nuova base giuridica introdotta da Lisbona.

Facendo un passo indietro e tornando alle definizioni, il successivo nodo da sciogliere riguarda la configurabilità di una nozione europea di servizio sociale che si possa dire giuridicamente rilevante, nel senso che una volta ricondotta a siffatta nozione una determinata attività, ne segua l'applicabilità di una ben definita e omogenea disciplina di diritto sostanziale con (eventuali) riflessi sul piano della azionabilità¹¹.

La categoria dei servizi sociali di interesse generale viene coniata solo nel 2006 dalla Commissione¹² che riconosce il loro valore specifico di attività volte all'applicazione «di diritti fondamentali quali la dignità e l'integrità della persona» e individua i criteri organizzativi che li caratterizzano.

nerale emergono anche dal *Progetto di carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea* dell'11 ottobre 2000. Nelle spiegazioni del *Presidium* – che «non hanno valore giuridico e sono semplicemente destinate a chiarire le disposizioni della Carta» – si precisa che l'art. 36 «rispetta pienamente l'articolo 16 del Trattato che istituisce la Comunità europea e *non crea un nuovo diritto*. Esso si limita a sancire il principio del rispetto da parte dell'Unione dell'accesso ai servizi d'interesse economico generale previsto dalle disposizioni nazionali, a condizione che ciò sia compatibile con il diritto comunitario».

¹⁰ Cfr. Report *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, pubblicato il 9 maggio 2010, 78.

¹¹ Cfr. sul punto la ricostruzione fatta da E. MENICETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, a cura di S. Sciarra, Bologna, 2003, 116 e ss.

¹² Nella Comunicazione del 26 aprile 2006 relativa a «*I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*» (COM) la Commissione ha individuato due categorie di servizi sociali: i regimi legali e complementari di sicurezza sociale, organizzati in vario modo (organizzazione mutualistica o professionale), che comprendono i principali rischi della vita, quali quelli connessi alla salute, all'invecchiamento, agli infortuni sul lavoro, alla disoccupazione, alla pensionabilità e all'invalidità; in secondo luogo, altri servizi essenziali prestati direttamente alla persona quali i servizi di assistenza sociale, i servizi per l'occupazione e la formazione, l'edilizia popolare e le cure a lungo termine.

Prima della comunicazione del 2006¹³, i servizi sociali non trovavano menzione nei documenti istituzionali, questo poiché si riteneva che, a differenza dei servizi con rilievo economico, non rientrassero nell'ambito di applicazione del diritto europeo¹⁴, tantoché si è parlato di «eccezione di servizio sociale»¹⁵. Al contrario, la Commissione, pur affermando la loro specificità e diversità, si premura di specificare che servizi sociali non costituiscono a pieno titolo una categoria giuridica distinta: la nozione corrispondente non è definita nel Trattato (che menziona i soli servizi di interesse economico generale), né dal diritto derivato (cfr. dir. 2006/123) ma gli stessi vengono ricompresi nella nozione di servizi di interesse generale, a fianco dei servizi aventi carattere economico. Il regime giuridico che ne deriva non è certo rispetto del principio di certezza del diritto: ove risultino ricadute economiche dell'attività, vengono attratti dal regime giuridico dei servizi di interesse economico generale; ove non sussistano tali ricadute, la competenza è ancora nelle mani degli Stati membri.

Nell'unico atto istituzionale elaborato sul piano europeo (la citata Comunicazione della Commissione del 2006), di *soft law*, manca quindi una definizione «guida» di carattere generale che sottolinei come i servizi sociali di interesse generale siano quei servizi che rendono effettivo un diritto dei cittadini, si tratti o meno di un diritto esigibile (o meglio giustiziabile).

De iure condendo, preso atto dello spostamento a livello europeo della decisione «costituzionale» sulla tutela dei diritti fondamentali, in materia di servizi corrispondenti a diritti sociali fondamentali, la questione si pone in maniera differente rispetto al bilanciamento tra diritti sindacali e libertà economiche. L'esistenza di una base giuridica comporta l'impossibilità di invocare il vizio di incompetenza dell'Ue e il prin-

¹³ Già il Libro verde sui servizi di interesse generale del 2003, dopo aver individuato le caratteristiche proprie dei servizi di interesse economico generale (universalità, continuità, qualità del servizio, accessibilità delle tariffe, tutela degli utenti e dei consumatori, in altre parole i c.d. obblighi di servizio pubblico), espressamente affermava che tali principi e regole «potrebbero anche applicarsi ai servizi sociali». Il Libro bianco del 12 maggio 2004 mantiene la stessa impostazione, ribadendo l'utilità di sviluppare «un approccio sistematico al fine di identificare e riconoscere le *caratteristiche specifiche* dei servizi sociali e sanitari di interesse generale e chiarire il quadro nell'ambito del quale essi possano essere gestiti e modernizzati».

¹⁴ Cfr. Comunicazione del 1996, cit.

¹⁵ Così E. MENICETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano...*, cit., 116. Rileva l'autore come l'ampiezza dell'area esclusa dipendesse dalle scelte dei pubblici poteri degli Stati membri, che, in materia di servizi sociali, potevano riservare alla loro competenza interi settori o parte di essi sulla base di un mero atto di qualificazione o assunzione del servizio stesso.

cipio di non interferenza nelle materie sociali: la Carta dei diritti fondamentali, unitamente all'art. 14 Tratt. FUE, rende imprescindibile l'individuazione di un atto giuridico per contrastare l'eccessiva applicazione delle regole del mercato favorita dall'ambiguità allo stato esistente. Il tipo di approccio, vista l'irrisolutezza e la scarsa portata chiarificatrice delle ormai numerose Comunicazioni della Commissione che, più o meno direttamente, sono intervenute in materia di servizi sociali di interesse generale, non può che essere quello dell'*hard law*.

Del resto, non si può ignorare che il cambiamento di prospettiva nel rapporto mercato/diritti sociali, la c.d. solidarietà competitiva, non è più collegata all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia, ma trova fondamento nelle modifiche intervenute nei trattati¹⁶.

Concretizzare il passaggio dall'approccio derogatorio alle regole del mercato a quello positivo impone un rovesciamento della base di partenza che, per evitare le distorsioni cui è stata sottoposta la direttiva 96/71, emanata sulla base dell'*ex art.* 49 Tratt. CE, non può e non deve essere connessa alla realizzazione di una leale concorrenza.

La realizzazione di un atto di diritto secondario che introduca una disciplina comunitaria adatta alle specificità dei servizi sociali di interesse generale, in modo da completare la direttiva sui servizi, si scontra però con un problema tutto politico che viene ben sintetizzato nel *Report* sul mercato interno redatto dal commissario Monti¹⁷, in cui si ritiene inopportuna, allo stato, un'eventuale proposta di legge da parte della Commissione poiché avrebbe un valore aggiunto limitato («Il nuovo articolo 14 del TFUE ribadisce la responsabilità comune dell'Unione europea e dei suoi Stati membri ai fini del buon funzionamento dei servizi di interesse economico generale e fornisce una specifica base giuridica per i regolamenti dell'UE. È stato proposto di disciplinare i servizi di interesse economico generale in un regolamento quadro orizzontale. Tuttavia, la consultazione ha mostrato con chiarezza che una proposta di regolamento quadro avrebbe un valore aggiunto limitato, o nullo, e che la possibilità che venga adottato è molto scarsa. Non sembra pertanto opportuno che la Commissione presenti una tale proposta in questa fase»). Questo, ovviamente, dal punto di vista della tutela della concorrenza. È allora evidente che la creazione di un nuovo impianto normativo presuppone innanzitutto lo spostamento della competenza in materia di servizi

¹⁶ Così D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, cit., 35, che sottolinea la «base fragile e soggetta a revisione» dell'agire della Corte.

¹⁷ Cfr. Report *Una nuova strategia per il mercato unico...*, cit. (p. 79).

di interesse generale dalla D.G. *Mercato interno* alla D.G. *Occupazione e Affari sociali*, quantomeno per superare l'*empasse* politico in cui si trova l'Ue, tra richieste di intervento delle parti sociali e del Parlamento e tardive prese di coscienza immobilistiche della Commissione.

Per recuperare il dato sociale, a lungo sovrastato dalle necessità di garantire una leale e non falsata concorrenza, sarebbe auspicabile che la base giuridica già individuata dal legislatore europeo (art. 14 Tratt. FUE), venisse arricchita dall'art. 153 Tratt. FUE e che la procedura, non fosse quella ordinaria, ma coinvolgesse direttamente le parti sociali, attraverso il meccanismo individuato dagli articoli 154-156 Tratt. FUE¹⁸. Del resto, è la stessa Commissione che, in una sorta di crescendo di consapevolezza, supera quanto già affermato nella Comunicazione relativa all'economia sociale di mercato del 27.10.2010¹⁹ e «*riconosce che il solo gioco delle forze del mercato non offre una risposta adeguata a tutte le esigenze collettive*»²⁰, sottolineando ancora una volta che «*I servizi di interesse economico generale costituiscono un elemento essenziale del modello sociale europeo, ossia un'economia altamente competitiva e socialmente inclusiva*».

Superato definitivamente l'approccio mercantilistico, preso atto della necessità di «*tener conto della costante evoluzione delle esigenze dei cittadini europei*», la Commissione assume il compito di individuare «le misure necessarie a garantire in conformità all'art. 14 e al Protocollo n. 26, l'accesso a tutti i cittadini, a un costo abbordabile, ai servizi essenziali

¹⁸ «The ETUC is convinced that the new article 14 together with the new protocol is an obligation to act. It is unacceptable that the Commission continues to abstain from any action. The ETUC asks the Commission to come up with a legislative proposal on the basis of the new article 14. The previous demand for a «framework directive» which was based on internal market rules (Article 114) is from now on replaced by the new demand for regulation(s)» (*Resolution on public services* adottata dall'Executive Committee of the European Trade Union Confederation (ETUC), in <http://www.etuc.org/a/7368>, 11).

¹⁹ Cfr. COM (2010) 608 def. del 27.10.2010 *Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva*, 21. Volendo ripercorrere le tappe, già nel 2007 la Commissione, riprendendo quanto già affermato nel Libro bianco del 2004, ha ribadito che «gli obiettivi di sviluppo di servizi d'interesse economico generale di elevata qualità, accessibili e a prezzi abbordabili, da un lato, e quello del mercato interno aperto e concorrenziale siano tra loro compatibili e che dovrebbero essere complementari» [COM (2007) 725 def., *Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo - I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*, 28]. Di questo cambio di prospettiva dà atto anche il Commissario Monti nel succitato Report: «whilst initially the European debate focused on the macro-issue posed by the liberalisation of network industries, the focus of the debate today has shifted to social and local public services. The fundamental challenge for the provision of these services is to maintain their quality and scope in the context of increasing pressure on public finances, which sometimes requires difficult trade-offs to be made».

²⁰ Cfr. COM (2011) 206 def. del 13.4.2011 *L'Atto per il mercato unico*, 17.

per la vita quotidiana e alla loro integrazione nella vita economica e sociale».

Restano da individuare i tratti essenziali di un possibile intervento di diritto positivo che consenta una costituzionalizzazione a livello europeo dei livelli minimi dei servizi sociali di interesse generale al fine di creare un quadro unitario di principi comuni e rispettoso del principio di sussidiarietà, ovvero sia che non invada quella sfera di competenza nazionale tanto difesa dagli Stati membri.

È fondamentale che le Istituzioni prendano come punto di partenza il diritto che, ai sensi del combinato disposto degli articoli 14 Tratt. FUE e 36 Carta dei diritti fondamentali, sono responsabili di proteggere. Si potrebbe ipotizzare, sulla falsariga del modello individuato dal legislatore interno in materia di sciopero nei servizi pubblici essenziali (Legge 12 giugno 1990, n. 146), un catalogo tassativo di diritti costituzionalmente garantiti da proteggere e un'elencazione meramente esemplificativa di servizi che sono fondamentali per garantire l'effettività di questi diritti. In questo modo, si sorpasserebbe il problema dell'irrelevanza dello *status* del soggetto (profit e no profit)²¹ che presta il servizio sociale e si fornirebbero alla Corte di giustizia dei saldi criteri per effettuare il bilanciamento.

Nell'ottica della «democratizzazione dal basso», del controllo giudiziario come risposta alle attese sociali, le Corti stesse si dovrebbero poi occupare di definire un contenuto essenziale dei diritti, non comprimibile: un limite di resistenza al bilanciamento²².

Se i principi e i diritti dell'ordinamento europeo «si fondano sull'autorevolezza, e non sull'autorità; si impongono non in ragione di una intrinseca assolutezza ma attraverso operazioni, «miti», di bilanciamento in caso di conflitto tra di essi»²³ e la preminenza genetica delle libertà sui diritti fondamentali non è ancorata al diritto positivo, l'ultimo auspicio, soprattutto per quegli autorevoli autori che più hanno incardinato sulla Corte di giustizia il diritto sociale europeo²⁴, è che il nuovo diritto positivo inneschi quantomeno una nuova stagione giurisprudenziale, più moderna e più rispettosa dei principi di sussidiarietà, solidarietà ed uguaglianza.

²¹ Cfr. nota 6.

²² R. BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion pratica*, 2000, 24.

²³ Così B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona, (tanto tuonò che piovve)*, in n. 81/2010, 22-23, che sottolinea come proprio il metodo del bilanciamento postula commensurabilità di ognuno di ciascun diritto, «la relatività dunque e la non assolutezza».

²⁴ M. ROCCELLA, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in *W.P. Massimo D'Antona*, 2004, 11, nota 33: «non può esistere diritto comunitario altro da quello interpretato dalla Corte di giustizia».

SILVIA BORELLI

ESISTE UN PRINCIPIO DI NON DISCRIMINAZIONE
PER RAGIONI SINDACALI
NEL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA?

1. *Viking Line ABP e Laval un Partneri Ltd* sono le due società che negli omonimi casi hanno sollevato il rinvio pregiudiziale, chiedendo alla Corte di giustizia se fosse compatibile con gli artt. 49 e 56 Tfeue un'azione collettiva finalizzata, nel primo caso, a indurre un'impresa stabilita in uno Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo applicabile ai dipendenti di una società controllata stabilita in un altro Stato membro (Corte di giustizia 11 dicembre 2007, C-438/05, punto 67), nell'altro, a indurre un prestatore di servizi a sottoscrivere, nello Stato membro ospitante, un contratto collettivo relativo alle condizioni di lavoro della manodopera distaccata (Corte di giustizia 18 settembre 2007, C-341/05, punto 51 e 53). In entrambi i casi – così come in *Rüffert* (Corte di giustizia 3 aprile 2008, C-346/06) – si tratta di verificare se le restrizioni alla libertà di stabilimento o alla libera prestazione di servizi generate dall'esercizio del diritto a intraprendere un'azione collettiva, siano o meno legittime.

La prospettiva di giudizio della Corte di giustizia è rovesciata rispetto a quella normalmente adottata dalla Corte costituzionale italiana e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. A queste ultime ci si rivolge, di regola, per domandare se siano legittime restrizioni ai diritti sindacali fondamentali a fronte dell'esigenza di tutelare altri diritti garantiti dalla Carta costituzionale¹ o dalla Cedu². È evidente che la risposta dei giudici

¹ Secondo la recente (e discussa) ordinanza del T. Melfi del 14 luglio 2011, l'esercizio del diritto di sciopero soggiace solo al limite «esterno» costituito «dalla non possibilità dell'effettuazione di atti diretti contro l'organizzazione aziendale in modo da impedirne il funzionamento o da compromettere gravemente la produttività... così come di atti che provochino pregiudizio a fondamentali diritti del pari costituzionalmente garantiti in modo assoluto quale quello alla vita e all'incolumità personale... o alla *libertà di iniziativa economica*» (corsivo aggiunto).

² M.T. CROTTI, *I diritti sociali collettivi in Europa nell'intreccio fra Corti, nel susseguirsi di fonti*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 2011, 873. «As opposed to Luxembourg, Strasbourg will not dwell on the question whether human rights can restrict fundamental economic freedoms. It will assess whether and to what extent these fundamental economic

di Lussemburgo è fortemente condizionata dall'angolo prospettico da cui leggono i fatti. Ed è noto che a questa prospettiva essi sono costretti dal modo in cui è sollevato il rinvio pregiudiziale che, a sua volta, dipende dall'individuazione di una norma di diritto dell'Unione europea rilevante nel giudizio *a quo*. Esiste dunque una norma di diritto dell'Unione europea che consenta alla Corte di giustizia di verificare se l'esercizio dei diritti sindacali, riconosciuti ora anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, possa essere limitato a fronte dell'esigenza di assicurare l'esercizio delle libertà economiche garantite dai Trattati?

2. A mio parere, tale norma può individuarsi nella dir. 2000/78 che «mira a stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate», per quanto qui interessa, sulle «convinzioni personali», per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro (art. 1), direttiva che attua il «principio di non discriminazione», principio generale del diritto dell'Unione europea, ora espressamente riconosciuto dall'art. 21 della Carta di Nizza³. La direttiva vieta che, sulla base delle convinzioni personali, una persona sia trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga (art. 3). Una misura svantaggiosa adottata (o che potrebbe essere adottata) nei confronti di un lavoratore che partecipa a un'azione collettiva potrebbe dunque configurare una discriminazione vietata dalla dir. 2000/78 *se* nel divieto di discriminazione fondate sulle convinzioni personali sia ricompreso anche il divieto di discriminazione per motivi sindacali.

La dottrina nazionale liquida la questione in poche righe: «appare difficile contestare che il fattore discriminatorio “convinzioni personali”, preso esplicitamente in considerazione ai sensi del d.lgs. n. 216 del 2003, comprenda pure le opinioni politiche e sindacali»⁴. Nel nostro ordinamento le ragioni politiche, sindacali e la fede religiosa sono i primi fattori considerati dal diritto anti-discriminatorio⁵.

freedoms can actually restrict genuine fundamental rights. It will force the European institutions to justify restrictions to citizens' rights, instead of forcing citizens to justify the exercise of their human rights» (F. DOSSERMOND, *A judicial pathway to overcome Laval and Viking*, OSE Research Paper N° 5 - September 2011, 18).

³ L'art. 21 fa riferimento sia alle «convinzioni personali» che alle «opinioni politiche o di qualsiasi altra natura».

⁴ A. LASSANDARI, *Le discriminazioni nel lavoro: nozione, interessi, tutele*, Padova, 2011, 171.

⁵ M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo dello Statuto e ai tempi nostri*, in *Diritti lavori e mercati*, 2010, 723; T. TREU, *Condotta antisindacale e atti discriminatori*, Franco Angeli, 1979. Analogo atteggiamento è assunto dalle Corti: si v. ad esempio Cour de Cassation n. 06-46.179 del 24 settembre 2008; da ultimo T. Torino n. 4020/2011 (punto 11, p. 58).

La Commissione europea ha assunto però una posizione diversa. Nell'*Accompanying document to the Report 2010 on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights* (SEC(2011) 396 final, p. 24), si legge che la Commissione concorda «with the Austrian Supreme Court's interpretation that political views were not covered by EU equal treatment legislation. Since the case falls outside the scope of EU law, there could be no violation of the Charter». Le ragioni sindacali, da sempre affiancate alle opinioni politiche, potrebbero perciò non rientrare tra le «convinzioni personali» previste dalla dir. 2000/78⁶. Nel *Commission Staff Working Document on the Application of the EU Charter of Fundamental Rights in 2011* (SWD(2012)84 final, p. 64), la Commissione precisa che non esiste alcuna norma europea che impedisce agli Stati membri di modificare – anche in peggio – le prassi contrattuali precedentemente regolate dai contratti collettivi, né esiste alcuna norma europea in materia di diritto di associazione o diritto di sciopero. Spetta pertanto alle competenti autorità nazionali, incluse le corti, «to assess the legality of the eventual restrictions on the exercise of these rights, and to enforce the relevant national legislation with due respect to the applicable international obligations of the Member States».

Per inciso va segnalato che dal 2010 i Rapporti sulla Carta di Nizza sono redatti dalla DG *Justice*, ora competente (in luogo della DG *Employment and Social Affairs*) in materia di lotta alle discriminazioni e tutela dei diritti fondamentali, sicuramente meno sensibile all'origine lavoristica del diritto anti-discriminatorio. Sempre per inciso si ricorda che le proposte di modifica della dir. 96/71 sono state inserite nel *Single Market Act* (COM(2011)206final, punto 2.10) adottato dalla DG *Internal Market* (sul punto si rinvia al contributo di Orlandini).

Molteplici appaiono le ragioni per confutare la decisione della Commissione.

In primo luogo, la normativa ILO da tempo vieta «any distinction, exclusion or preference made on the basis of...political opinion..., which has the effect of nullifying or impairing equality of opportunity or treat-

⁶ La Comunicazione della Commissione sull'applicazione della direttiva 2000/78/CE (COM(2008)225 def.) si limita a sottolineare come la maggioranza dei paesi non definisca i termini «religione» e «convinzioni personali», per cui la delimitazione degli stessi «in alcuni casi può risultare problematica» (p. 4). In Francia la direttiva 2000/78 è stata recepita con la LOI n° 2008-496 del 27 maggio 2008 che ha modificato l'articolo L1132-1 Code du travail. La disposizione vieta ora ogni discriminazione, diretta o indiretta, anche in ragione delle «activités syndicales ou mutualistes». A sua volta, l'articolo L2141-1, nel garantire a tutti i lavoratori il diritto di aderire liberamente a un sindacato, vieta che tale diritto possa essere limitato per uno dei motivi menzionati nell'articolo L1132-1 (Fondation Copernic, *Répression et discrimination syndicales*, Editions Syllepse, 2011).

ment in employment or occupation» (art. 1 Discrimination (Employment and Occupation) Convention, 1958 no. 111). Nel recente Rapporto «Equality at work: The continuing challenge» (*Global Report under the follow-up to the ILO Declaration on Fundamental Principles and Rights at Work, International Labour Conference, 100th Session 2011*), viene specificato che «discrimination on grounds of political opinion may also be combined with anti-union discrimination» (p. 42)⁷. L'articolo 1 della Convenzione OIL n. 98 concernente l'applicazione dei diritti di organizzazione e contrattazione collettiva dispone inoltre che «workers shall enjoy adequate protection against acts of anti-union discrimination in respect of their employment»⁸.

Lo European Committee of Social Rights del Consiglio d'Europa ha così interpretato l'art. 5 della Carta sociale europea: «domestic law must protect trade union members from any harmful consequence that their trade union membership or activities may have on their employment, particularly any form of reprisal or discrimination in the areas of recruitment, dismissal or promotion because they belong to a trade union or engage in trade union activities» (*Danilenkov v. Russia*, Application No 67336/01, 30 luglio 2009, p. 103)⁹.

I divieti di discriminazione fondata su ragioni sindacali sono poi uno strumento indispensabile per garantire l'effettività (primaria e seconda-

⁷ «The Ilo Committee on Freedom of Association (CFA) has dealt with several cases in which governments have argued that workers and their representatives were undertaking illegal political action, when in reality they were exercising their legitimate trade union rights» (p. 42).

⁸ Come affermato in *Danilenkov v. Russia* (Application No. 67336/01, 30 luglio 2009), «the Digest of decisions and principles of the Freedom of Association Committee of the Governing Body of the ILO (2006) includes the following principles: «...769. Anti-union discrimination is one of the most serious violations of freedom of association, as it may jeopardize the very existence of trade unions...818. The basic regulations that exist in the national legislation prohibiting acts of anti-union discrimination are inadequate when they are not accompanied by procedures to ensure that effective protection against such acts is guaranteed...820. Respect for the principles of freedom of association clearly requires that workers who consider that they have been prejudiced because of their trade union activities should have access to means of redress which are expeditious, inexpensive and fully impartial...835. Where cases of alleged anti-union discrimination are involved, the competent authorities dealing with labour issues should begin an inquiry immediately and take suitable measures to remedy any effects of anti-union discrimination brought to their attention».

⁹ «Where such discrimination occurs, domestic law must make provision for compensation that is adequate and proportionate to the harm suffered by the victim...in order to make the prohibition of discrimination effective, domestic law must provide for appropriate and effective remedies in the event of an allegation of discrimination; remedies available to victims of discrimination must be adequate, proportionate and dissuasive. Domestic law should provide for an alleviation of the burden of proof in favour of the plaintiff in discrimination cases» (*Danilenkov v. Russia*, Application No. 67336/01, 30 luglio 2009, 103 e 104).

ria) dei diritti e delle libertà sindacali. Tale legame emerge dalla giurisprudenza della Corte edu. Come noto l'art. 14 della Convenzione «ancora il divieto di discriminazione al godimento dei diritti e delle libertà previste nella Convenzione»¹⁰. Spesso la Corte edu, rilevata la violazione dell'art. 11, non ha ritenuto necessario esaminare nel merito il profilo di contrasto con l'art. 14¹¹. È evidente che più si allarga l'insieme dei diritti di azione sindacale, considerati come mezzi coesenziali al diritto di fondare sindacati e di aderirvi per la difesa dei propri interessi, sancito dall'art. 11, più si estende l'ambito del sindacato antidiscriminatorio¹². La tutela contro le discriminazioni per motivi sindacali dovrebbe dunque essere inclusa tra le misure dirette alla salvaguardia dei diritti di cui all'articolo 11 (*Danilenkov v. Russia*, Application No. 67336/01, 30 luglio

¹⁰ Il carattere accessorio dell'art. 14 appare finalizzato a limitare l'ambito dell'intervento della Corte edu: la disposizione non trova infatti applicazione se i fatti in discussione non ricadono nell'ambito di uno o più articoli della Convenzione. Tuttavia, l'applicazione dell'art. 14 non presuppone la violazione di un diritto o di una libertà garantiti dalla Convenzione. In tal senso, il sindacato antidiscriminatorio ha carattere autonomo (G.P. DOLSO e F. SPITALERI, *Art. 14*, Commentario Cedu, 2011).

¹¹ Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali - Consiglio d'Europa, *Manuale di diritto europeo della non discriminazione*, Lussemburgo, 2010, 125.

¹² «Sul punto di quali diritti sindacali possano derivarsi dalla norma «di principio» dell'art. 11, la Corte ha recentemente sintetizzato i propri precedenti, elencando: il *diritto di creare un sindacato e di iscriversi ad esso*; il *divieto di accordi di monopolio sindacale*; il diritto per un sindacato di *cercare di convincere il datore di lavoro* ad ascoltare le rivendicazioni che il sindacato fa a nome dei propri iscritti (C.Edu, GC, Demir e Baykara c. Turchia, cit., § 145, che cita, rispettivamente, C.Edu, Tüm Haber Sen e Çınar, 21.2.2006; C.Edu, Sørensen e Rasmussen, cit.; C.Edu, Wilson, Unione nazionale dei giornalisti e altri c. Regno Unito, 2.7.2002). Tuttavia la Corte aggiunge una precisazione fondamentale, e cioè che tale elenco *non è chiuso* e la sua evoluzione procede in armonia con l'evolversi della situazione del mondo lavoro» (C.Edu, GC, Demir, cit., § 146). In Demir la Corte ha poi affermato «che, *in certi casi particolari*, la contrattazione collettiva può rappresentare *uno* dei mezzi principali, se non *il* mezzo principale, con cui i membri di un sindacato tutelano i propri interessi (C.Edu, Demir e Baykara c. Turchia, 21.11.2006, § 35)». Analogamente, in *Enerji Yapi - Yol Sen c. Turchia*, 21.4.2009, § 24, «la Corte ha affermato che lo sciopero, in quanto strumento che permette a un sindacato di far sentire la propria voce, costituisce un aspetto importante per i membri di un sindacato nella tutela dei propri interessi. Senza chiaramente affermare che si tratta di un elemento *coesenziale* al diritto garantito dall'art. 11, la Corte ha comunque ricordato che il diritto di sciopero è riconosciuto dagli organi di controllo dell'OIL come un *corollario indissociabile* del diritto d'associazione sindacale (tutelato dalla Convenzione n. 87 dell'OIL) e che la stessa Carta sociale europea riconosce tale diritto di sciopero come mezzo per garantire l'esercizio effettivo del diritto di contrattazione collettiva. Seppure non così chiaramente come l'aveva fatto per la contrattazione collettiva nel caso Demir, cit., la Corte sembra dunque includere anche lo sciopero tra i diritti indissociabilmente legati al generico principio di tutela della libertà sindacale, di cui all'art. 11» (A. GUAZZAROTTI, *Art. 11*, in *Commentario breve alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, a cura di S. Bartole, P. De Sena, V. Zagrebelsky, Cedam, 2012, 25).

2009, p. 123; v. anche l'art. 11 della Convenzione Oil n. 87)¹³. Il legame con quei diritti semplifica peraltro il giudizio di comparazione: ogni svantaggio subito da chi esercita un'azione collettiva (o da chi decide di non partecipare a un'azione collettiva) potrebbe costituire un trattamento vietato perché, appunto, discrimina tale soggetto da chi non esercita l'azione collettiva (o da chi vi ha preso parte)¹⁴.

A ben vedere, il diritto dell'Unione europea conosce già ipotesi in cui un lavoratore non può essere discriminato in ragione della sua attività sindacale. Nelle direttive 2001/86 e 2009/38 in materia, rispettivamente, di diritti di informazione e consultazione nella Società europea e di Comitati aziendali europei, si prescrive agli Stati membri di vietare che i rappresentanti dei lavoratori subiscano «alcuna discriminazione per il fatto del legittimo esercizio delle loro attività» (cons. 34 dir. 2009/38 e cons. 12 dir. 2001/86). Del pari, l'Avvocato generale Yves Bot ha chiarito che, in base all'art. 7 della direttiva 2002/14, «i rappresentanti dei lavoratori devono godere di una tutela effettiva contro i provvedimenti svantaggiosi o discriminatori eventualmente adottati dai datori di lavoro nei loro confronti durante il loro mandato, o dopo la cessazione dello stesso, soprattutto in caso di licenziamento motivato dalla loro qualità o dalle loro attività di rappresentanti dei lavoratori». Il licenziamento dei rappresentanti dei lavoratori a causa dell'esercizio delle loro funzioni «sarebbe incompatibile con l'esigenza secondo cui essi devono essere messi in condizione di svolgere adeguatamente i compiti loro affidati» (Conclusioni dell'Avvocato generale, 29 ottobre 2009, C-405/08, punto 50). Ancora una volta, dunque, i divieti di discriminazione per motivi sinda-

¹³ «The Court finds crucially important that individuals affected by discriminatory treatment should be provided with an opportunity to challenge it and should have the right to take legal action to obtain damages and other relief. Therefore, States are required under Articles 11 and 14 of the Convention to set up a judicial system that ensures real and effective protection against anti-union discrimination» (*Danilenkov v. Russia*, Application No. 67336/01, 30 luglio 2009, 124).

¹⁴ Non si vuole qui negare il carattere autonomo della tutela antidiscriminatoria e affermarne il carattere strumentale ai diritti sindacali. Il legame tra il divieto di discriminazione e i diritti sindacali viene impiegato solo per semplificare il giudizio di comparazione nell'ambito del sindacato antidiscriminatorio. Il diritto antidiscriminatorio mantiene così un ruolo fondamentale per il riconoscimento e l'affermazione dei diritti sindacali (soprattutto – ma non solo – laddove i diritti sindacali non trovino un espresso riconoscimento): la tutela antidiscriminatoria si caratterizza infatti «per il fatto che l'antigiuridicità dell'atto non derivava dalla lesione di posizioni soggettive esplicitamente protette [come nel caso della norma indelegabile] ma dall'utilizzazione di categorie soggettive di distinzione vietate, arrivando per questa strada ad agire in aree vuote di diritti ascritti» (M. BARBERA, *La tutela antidiscriminatoria al tempo Statuto e ai tempi nostri*, in *Diritti lavori e mercati*, 2010, 727).

cali sono legati all'*effettività* dei diritti sindacali (nel caso di specie, di informazione e consultazione) garantiti ai lavoratori.

Vi è poi un ultimo importante argomento in favore del riconoscimento dei motivi sindacali nell'ambito del fattore di rischio «convinzioni personali». Nel 1989, Joseph Weiler utilizzava la teoria *Exit, Voice and Loyalty* di Hirschman per descrivere il processo di integrazione europea (*The European Community in Change: Exit, Voice and Loyalty*, in *Irish Studies in International Affaires*, vol. 3, no. 2, p. 15). È evidente che privare i lavoratori europei della tutela contro i trattamenti svantaggiosi generati dall'esercizio di diritti sindacali farebbe fare un grande salto all'indietro alla *Voice* – e cioè alla democraticità – nel processo di integrazione europea, proprio nel momento in cui la crisi economica e finanziaria imporrebbe di ascoltare quella *Voice*.

3. Una volta riconosciuto il divieto di discriminazione per ragioni sindacali quale divieto di discriminazione sulla base di «convinzioni personali» di cui all'art. 2 della dir. 2000/78, il lavoratore cui fosse applicata (o potrebbe essere applicata) una sanzione disciplinare o altro trattamento svantaggioso a seguito dell'esercizio dei diritti sindacali, potrebbe invocare, di fronte al giudice nazionale, il principio generale di non discriminazione che, come noto, dopo la sentenza *Kücükdeveci* (Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, C-555/07), ha efficacia diretta orizzontale.

I giudici nazionali sarebbero pertanto chiamati a «verificare se sussista una disparità di trattamento, se tale eventuale disparità risulti oggettivamente giustificata da una finalità legittima e se essa sia comunque adeguata e necessaria a perseguire tale finalità» (Conclusioni dell'Avvocato generale, 30 giugno 2005, C-144/04, *Mangold*). E nel fare questo potrebbero rinviare la questione alla Corte di giustizia, richiedendo, questa volta, se la possibilità, per il datore di lavoro, di adottare misure ritorsive o applicare trattamenti svantaggiosi a coloro che abbiano esercitato (o intendano esercitare) un'azione collettiva, configuri una discriminazione ai sensi l'art. 2 della dir. 2000/78.

Come ricordato, il legame tra divieti di discriminazione e diritti sindacali dovrebbe rendere più semplice l'individuazione di un termine di comparazione che permetta di valutare la sussistenza di un effetto svantaggioso. Le direttive di c.d. «seconda generazione» tutelano poi contro ogni forma di svantaggio, reale o potenziale, ciò che è di estrema importanza per l'*effettività* della tutela anti-discriminatoria in quanto consente di intervenire prima che la conseguenza negativa si sia verificata, nei casi in cui, ad esempio, esiste una minaccia di ritorsione a seguito dell'esercizio dei diritti sindacali. La tutela antidiscriminatoria trova inoltre appli-

cazione contro ogni atto lesivo posto in essere da un qualunque soggetto, ciò rispondendo alla qualificazione dei principi di non discriminazione quale diritti fondamentali della persona a efficacia interprivata, protetti cioè contro tutte le manifestazioni di potere privato capaci di lederli effettivamente. I principi di non discriminazione hanno poi carattere oggettivo: non è, cioè, rilevante l'intento dell'agente, ma gli effetti (svantaggiosi) che conseguono effettivamente alla condotta.

Un trattamento svantaggioso basato su un fattore di rischio vietato è legittimo solo se rientra nell'ambito delle eccezioni e giustificazioni previste dalla dir. 2000/78 che, in quanto tali, sono oggetto di interpretazione restrittiva. Il sindacato delle corti dovrebbe essere, nel caso di specie, ancora più rigoroso, dato che siamo di fronte a una combinazione di diritti fondamentali (artt. 21 e 28 Carta di Nizza) da bilanciare con la libertà di esercizio di un'attività economica o le libertà di circolazione garantite dai trattati. Il lavoratore potrebbe poi beneficiare di tutte le misure rimediali e sanzionatorie dell'atto, del patto o della condotta discriminatoria (v. da ultimo, sulle misure procedurali, l'art. 28 d.lgs. 150/2011).

Vi è un ultimo problema da affrontare: le organizzazioni sindacali possono godere della medesima tutela antidiscriminatoria accordata al lavoratore dalla dir. 2000/78? Potrebbe, ad esempio, essere sollevato un rinvio pregiudiziale per richiedere se l'obbligo di risarcire il danno (o la minaccia di una tale misura risarcitoria-sanzionatoria) a carico di un'organizzazione sindacale che intenda svolgere o svolga un'azione collettiva può configurare una discriminazione ai sensi della direttiva?¹⁵ Ciò è particolarmente importante perché il rischio di incorrere in un risarcimento cospicuo ha già avuto l'effetto di ostacolare l'azione collettiva¹⁶.

Anche in questo caso il giudice italiano sarebbe agevolato: l'art. 28 St. lav. assicura alle organizzazioni sindacali nazionali la possibilità di agire contro ogni condotta antisindacale posta in essere dal datore di lavoro, per la tutela del proprio interesse collettivo¹⁷. Diversamente, la dir. 2000/78 riconosce alle organizzazioni che «abbiano un interesse legit-

¹⁵ La Corte del lavoro svedese, a seguito della pronuncia *Laval*, ha condannato le organizzazioni sindacali a versare alla Laval 50.000 € a titolo di danni punitivi (mentre i danni economici subiti in conseguenza degli scioperi non sono stati riconosciuti perché la Laval non era stata in grado di provare che il danno sofferto ammontava alla somma richiesta) (J. MALMBERG, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese*, DLRI, 2011, 375).

¹⁶ In *Danilenkov v. Russia* (Application No. 67336/01, 30 luglio 2009) la Corte europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che, l'assenza di un'effettiva protezione del diritto di non subire discriminazioni «could engender fears of potential discrimination and discourage other persons from joining the trade union. This in turn could lead to its disappearance, with adverse effects on the enjoyment of the right to freedom of association» (p. 135).

timo a garantire che le disposizioni della direttiva siano rispettate, il diritto di avviare, in via giurisdizionale o amministrativa, per conto o a sostegno della persona che si ritiene lesa e con il suo consenso, una procedura finalizzata all'esecuzione degli obblighi» derivanti dalla stessa (art. 9, par. 2)¹⁸. Senza entrare nell'angusto dibattito sul carattere necessariamente pluri-offensivo della condotta che genera una discriminazione collettiva¹⁹, nei casi di specie è probabile che siano individuabili i lavoratori che si ritengono lesi (quelli appunto che hanno svolto o minacciano di svolgere un'azione sindacale). Nel caso *Feryn*, la Corte ha poi affermato che la direttiva 2000/43 (ma tale ragionamento potrebbe essere esteso anche alla dir. 2000/78) non si oppone in alcun modo a che gli Stati membri «riconoscano alle associazioni che abbiano un legittimo interesse a far garantire il rispetto della detta direttiva...il diritto di avviare procedure giurisdizionali o amministrative intese a far rispettare gli obblighi derivanti da tale direttiva senza agire in nome di un denunciante determinato ovvero in mancanza di un denunciante identificabile» (10 luglio 2008, C-54/07, punto 27). Qualora il diritto nazionale contemplasse tale possibilità, la Corte di giustizia potrebbe essere chiamata a rispondere la questione pregiudiziale menzionata, perché la fattispecie rientrerebbe nell'ambito del diritto dell'Unione europea.

Aprire alla Corte di giustizia il sindacato antidiscriminatorio per ragioni sindacali costituisce sicuramente un'operazione delicata, da «maneggiare con cura». In tal modo infatti si estenderebbe il sindacato dei

¹⁷ In *WILSON, National Union of Journalists and Others v. The United Kingdom (Applications nos. 30668/96, 30671/96 and 30678/96, 2 luglio 2002, p. 49)* la Corte europea dei diritti dell'uomo riconosce che la mancanza, da parte dello Stato, di assicurare il godimento dei diritti previsti dall'art. 11 della Convenzione configura «a violation of Article 11, as regards both the applicant trade unions and the individual applicants» (v. anche *Gustafsson v. Sweden, 25 aprile 1996, Reports of Judgments and Decisions, 1996-II, 652-53*).

¹⁸ La proposta di direttiva concernente l'applicazione della direttiva 96/71 (COM(2012)131def.) prevede che «gli Stati membri dispongono che le organizzazioni sindacali e altre parti terze, quali associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche che hanno, in base ai criteri stabiliti dalle rispettive legislazioni nazionali, un interesse legittimo a veder rispettate le disposizioni della presente direttiva, possano, per conto o a sostegno del lavoratore distaccato o del suo datore di lavoro, con la sua approvazione, promuovere ogni procedimento giudiziario o amministrativo diretto a ottenere l'applicazione della presente direttiva e/o l'esecuzione degli obblighi da essa risultanti» (art. 11 par. 3).

¹⁹ Si veda da ultimo l'interessante ricostruzione di Antonella Occhino secondo cui «l'eguaglianza è una dimensione che non si comprende se non in riferimento all'appartenenza ad un gruppo svantaggiato per la incidenza di un fattore di emarginazione. L'atto di discriminazione è di per se collettivo e statisticamente complesso. E se si fa individuale è solo in omaggio al pensiero deduttivo, che anche nel giudizio di eguaglianza, ancora una volta, dal generale torna al particolare. Il diritto antidiscriminatorio è radicalmente collettivo, cioè sociale» (OCCHINO A., *La questione dell'eguaglianza nel diritto del lavoro, RIDL, 2011, 95*).

giudici europei su ogni forma di azione collettiva (e non solo a quelle legate a vicende transnazionali). I divieti di discriminazione per ragioni sindacale potrebbero poi essere utilizzati non solo nei rapporti tra lavoratore e datore di lavoro e tra sindacato e datore di lavoro, ma anche in quelli tra lavoratori o tra sindacati, e tra sindacato e lavoratore. Le recenti vicende italiane illustrano quanta cautela occorra a un giudice per intervenire nelle relazioni industriali senza compromettere il fondamentale principio di tutela dell'autonomia collettiva. Tuttavia, nel nostro paese, così come in Europa, la disciplina lavoristica è piegata alle esigenze finanziarie ed economiche. Alle corti dunque il compito di difendere gli spazi della *Voice* dei lavoratori europei laddove rischia di essere illegittimamente tacitata.

VANIA BRINO

LA GIURISPRUDENZA DEGLI ORGANI DI CONTROLLO OIL E IL DIALOGO VIRTUOSO CON LA CORTE DI STRASBURGO*

SOMMARIO: 1. Da dove iniziare? – 2. Il modello di controllo dell'Oil sull'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni. – 3. La giurisprudenza Oil come «soft instrument» nell'interpretazione della Cedu. – 4. Le prospettive *de jure condendo*.

1. *Da dove iniziare?*

L'immagine del mosaico e della rete, sapientemente evocate da autorevole dottrina per descrivere l'ordine globale¹, ben sintetizzano il contesto entro il quale ragionare in tema di tutela multilivello dei diritti fondamentali. La coesistenza di una pluralità di sistemi giuridici e, conseguentemente, di una compagine multiforme e complessa di attori e di fonti regolative si traduce, inevitabilmente, in un fattore di moltiplicazione delle criticità proprie di qualsivoglia ordinamento giuridico². Basti evocare i profili problematici insiti nella dispersione e ripartizione delle competenze tra i soggetti che operano a livello sovranazionale a protezione dei diritti fondamentali a cui si sommano le incertezze sull'efficacia e sull'ambito di applicazione degli atti che li proclamano. E, ancora, la questione del bilanciamento tra istanze plurali e per buona parte contrapposte che vedono fronteggiarsi, da un lato, la dimensione sociale e, dall'altro lato, il mercato e le sue logiche totalizzanti e avaloriali.

Soprattutto viene in evidenza il protagonismo degli organi giudiziari che talvolta, come ben dimostrano i recenti interventi della Corte di giustizia, sembrano fare il buono e il cattivo tempo sia nel dirimere i conflitti normativi sia nel colmare, con la loro creatività, gli spazi non regolati

* Il testo riproduce, con qualche integrazione e l'aggiunta di note, l'intervento al Convegno di studi «I diritti dei lavoratori nelle Carte Europee dei diritti fondamentali» tenutosi a Ferrara il 24-25 novembre 2011.

¹ M.R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione*, in *Diritto e diritti nella società transnazionale*, Bologna, 2000.

² V. A. RUGGERI, *Sistema integrato di fonti, tecniche interpretative, tutela dei diritti fondamentali*, www.federalismi.it.

espressamente dalle norme di legge. L'impressione che se ne ricava, in altri termini, è che il motore dell'integrazione, in uno spazio divenuto «fluidico, poroso, elastico, pluralistico»³, non sia più rintracciabile negli ambienti istituzionali ma piuttosto nelle «aule giudiziarie»⁴, sedi elette a dirimere conflitti la cui risoluzione dipende principalmente dai criteri interpretativi adottati e dalle tavole di valori e principi presi a riferimento. Emergono, in questo senso, segnali di una certa polivalenza metodologica che non può certo dirsi priva di effetti sul piano delle soluzioni offerte al caso concreto.

Se questa, quindi, è la cornice del nostro tempo, che si caratterizza per la compresenza di una moltitudine di soggetti, talvolta inclini a praticare sterili monologhi autoreferenziali, risulta di estrema importanza riflettere sui meccanismi attraverso i quali sviluppare il dialogo e la cooperazione tra gli stessi e, prima ancora, tra i domini plurali che ordinano lo spazio globale. In questa prospettiva si colloca una riflessione sulla giurisprudenza elaborata dagli organi di controllo dell'Organizzazione internazionale del lavoro (di seguito *Oil*) e sulle sue potenzialità.

2. *Il modello di controllo dell'Oil sull'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni*

Pur nelle criticità e nei limiti che circondano l'azione dell'*Oil* priva, com'è noto, di un effettivo potere sanzionatorio nei confronti degli Stati membri⁵, il suo sistema di verifica e di monitoraggio sull'implementazione delle Convenzioni e Raccomandazione è considerato tra i più evoluti e completi, tanto da essere stato preso ad esempio da numerose altre Organizzazioni internazionali. Sulle ragioni che hanno reso le procedure

³ B. PASTORE, *Il diritto internazionale in un mondo in trasformazione: verso un diritto giurisprudenziale?*, www.arsinterpretandi.it/upload/95/att_pastore.pdf, 162.

⁴ Come ci ricorda S. CASSESE, «i giudici sfruttano la differenza tra Jurisdiction e Applicable law: la loro giurisdizione è limitata dal trattato che istituisce il giudice (...) ma il trattato non limita l'ambito del diritto applicabile», *Il diritto globale*, Torino, 2009, 147. La complessità del sistema deriva dall'esistenza di differenti sedi deputate alla risoluzione delle controversie nello scenario globale. Dalla Corte internazionale di giustizia, ai tribunali specialistici come la Corte di Lussemburgo e la Corte di Strasburgo, fino ad arrivare agli organismi paragiudiziari come i panels Gatt/Wto o quelli costituiti sulla base dell'accordo Nafta. Sui diritti fondamentali e sulle prassi adottate dagli organi giudiziari per garantirne l'osservanza v. T. NOVITZ, C. FENWICK, *Human rights at Work*, Hart, 2010.

⁵ V. K. TAPIOLA, *The ILO system of regular supervision of the application of Conventions and Recommendations: A lasting paradigm*, in *Protecting Labour Rights as Human Rights: Present and Future of International Supervision*, International Colloquium of the ILO Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations, Geneva, 24-25 November 2006, Edited by George P. Politakis.

di supervisione un modello da imitare si è evidenziato «the fact that it combines two basic methods of supervision, periodic reports and complaints, the fact that on some basic matters freedom of association it provides for supervision even on the absence of ratification. The fact that reports are requested and examined, even on unratified conventions and on recommendations, etc.»⁶. Sullo sfondo l'idea secondo cui l'effettività degli standard internazionali in materia di lavoro richiede necessariamente l'introduzione di efficaci sistemi di controllo, accompagnati da altrettanto adeguati meccanismi e/o procedure di assistenza e consulenza tecnica volti a supportare le istituzioni nazionali nell'implementazione delle norme *Oil*.

Indubbiamente il modello ha funzionato, pur nelle difficoltà, soprattutto grazie all'operato di quegli organismi tecnici, istituiti fin dal lontano 1926, che hanno nel tempo acquisito le vesti di una vera e propria «social Interpol»⁷.

Mi riferisco, in primis, al Comitato di esperti sull'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni (C.E.A.R.C) composto da 20 eminenti giuristi nominati ogni 3 anni dal Consiglio dell'*Oil* su proposta del Direttore generale. Si tratta di un organo di natura tecnica che valuta i rapporti periodicamente inviati dagli Stati membri e può, in determinati casi, ricevere segnalazioni su presunti comportamenti non in linea con le norme *Oil*. In questo la procedura di controllo si nutre delle informazioni ricevute dalle autorità nazionali e, conseguentemente, si fonda sulla comunicazione e cooperazione tra l'Organizzazione e gli Stati membri. Di particolare rilevanza è il rapporto annuale elaborato dal Comitato che si compone di una parte generale finalizzata a fornire un quadro sull'osservanza degli standard internazionali in materia di lavoro da parte degli Stati membri; di una parte di dettaglio che esamina la situazione interna ai singoli paesi evidenziando le situazioni più critiche e, infine, di una parte per così dire settoriale che valuta il comportamento degli Stati con riferimento a materie periodicamente individuate dal Comitato.

Secondariamente, opera il rinvio al Comitato sulla libertà di associazione (C.F.A.) che esamina i ricorsi presentati contro gli Stati che si rendono colpevoli di violazioni dei diritti sindacali (con particolare riferimento alle disposizioni contenute nelle Convenzioni n. 87/1948 e n. 98/1949). L'organo, istituito nel 1950, è composto da 9 membri (3 rap-

⁶ N. VALTICOS, *Once more about the ILO system of supervision: In what respect is still a model?*, in *Melanges H.G. Schermers*, 1994, vol. I, 112.

⁷ V. K. TAPIOLA, *op. cit.*, 31. V. inoltre I. BOIVIN, A. ODERO, *The Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations: Progress achieved in national labour legislation*, in *International Labour Review*, 145, 2006, 3, 207.

presentanti dei lavoratori, 3 rappresentanti dei governi e 3 rappresentanti delle organizzazioni sindacali) nominati dal Consiglio dell'*Oil* all'interno della sua compagine. Il Comitato interviene prevalentemente su impulso degli Stati e delle organizzazioni sindacali. Alla base l'idea di favorire un circolo virtuoso che porta al coinvolgimento e alla responsabilizzazione delle istituzioni e degli attori collettivi al fine di promuovere il rispetto diffuso degli standard *Oil*. Ciò a dire che anche nel sistema dei controlli ritroviamo quell'idea forte e innovativa di compartecipazione e di condivisione, oggi potremmo dire di *governance*, che ha ispirato la costituzione dell'*Oil* e la sua composizione tripartita.

Non è questa la sede per entrare nel merito del funzionamento del modello e delle relative procedure. Preme tuttavia focalizzare l'attenzione su alcuni elementi che in qualche misura spiegano l'importanza assunta nel tempo dai Comitati di esperti sia all'interno dell'Organizzazione sia all'esterno. Pur configurandosi come organi tecnici indipendenti i comitati di esperti esercitano infatti funzioni per molti versi assimilabili a quelle giurisdizionali. I Comitati godono di una sorta di *potestas interpretandi* delle norme elaborate dall'*Oil* oltre a concorrere a dare forma e significato alle disposizioni di altre organizzazioni internazionali, come dimostra la più recente giurisprudenza del Consiglio d'Europa. Inoltre, in una prospettiva più ampia, la giurisprudenza prodotta dagli organi di controllo assume rilevanza sia come potenziale veicolo di affermazione all'esterno degli standard *Oil*, ovvero di quel corpus di principi e valori che dovrebbero essere rispettati come minimo comune denominatore nel rapporto tra gli Stati e tra questi e i propri cittadini, sia come ausilio interpretativo nella definizione del bilanciamento tra diritti sociali e mercato e, conseguentemente, nella costruzione di un tessuto valoriale uniformemente condiviso.

3. *La giurisprudenza Oil come «soft instrument» nell'interpretazione della Cedu: alcuni casi esemplari*

È noto che la Convenzione europea dei diritti dell'uomo (nel proseguo Cedu) si è fin dalle origini imposta come un corpus regolativo che guarda in via preferenziale ai diritti civili e politici, riconoscendo uno spazio residuale ai diritti sociali ed economici. Ma se, in principio, ciò si è tradotto in una giurisprudenza particolarmente restia a dare udienza ai c.d. diritti di seconda generazione⁸, nel tempo la Corte si è dimostrata

⁸ V. ad esempio *National union of belgian police v. Belgium*, n. 4464/70, 27 ottobre 1975; allo stesso modo *Swedish Engine Drivers' Union v. Sweden*, n. 5614/72, 6 febbraio 1976.

più incline e aperta verso la materia sociale e del lavoro. E in questo senso si spiega l'adozione di un «*integrated approach*» per effetto del quale la Corte ha esteso l'ambito di applicazione delle disposizioni della Cedu ricomprendendovi anche la tutela di taluni diritti sociali⁹. Il mutamento di rotta viene ben esemplificato se confrontiamo la sentenza del 6 febbraio 1976¹⁰, nella quale la Corte ha escluso che il diritto di sciopero e di consultazione possano essere ricondotti entro l'ala protettiva della libertà di associazione (art. 11 Cedu), con la recente sentenza *Demir and Baykara*¹¹ nella quale, viceversa, viene evocato l'art. 11 a tutela sia del diritto di associazione collettiva sia del diritto di sciopero (quale corollario del primo). La Corte, in altri termini, ha manifestato un'attenzione crescente nei confronti dei diritti sociali «revealed a profound reorientation in the ECHR's interpretation of Convention rights in the context of the workplace and employment relations»¹².

L'approccio sin qui descritto si combina con le letture evolutive proposte dalla Corte in merito agli strumenti interpretativi adottati ai fini della risoluzione del caso concreto. Collocandoci nello scenario internazionale, vengono naturalmente in evidenza gli artt. 31-33 della Convenzione di Vienna¹³ oltre al corpus di regole di diritto internazionale applicabile agli Stati coinvolti e, più in generale, agli Stati che aderiscono alla Cedu¹⁴. Ciò non esclude, tuttavia, e in questo senso si pongono le sentenze più recenti, il rinvio ad altre fonti sia hard sia soft¹⁵. Si accede, in questo modo, ad un'interpretazione in chiave evolutiva e multilivello

⁹ Esemplicativa la sentenza *Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, 27 luglio 2004 nella quale la Corte riconosce che il diritto al rispetto della vita privata e familiare, di cui all'art. 8 Cedu, include anche il diritto al lavoro. In dottrina U. MANTOUVALOU, *Work and private life: Sidabras and Dziautas v. Lithuania*, in *European Law Review*, 30, 2005, 573.

¹⁰ Caso *Schmidt and Dahlstrom v. Sweden*, n. 5589/72.

¹¹ Caso *Demir e Baykara c. Turchia*, n. 34503/97, 12 novembre 2008.

¹² H. COLLINS, *The protection of civil liberties in the workplace*, in *Modern Law Review*, 69, 2006, 619. Peraltro la tendenza descritta contribuisce a rivalizzare il dibattito, antico ma mai superato, sul «grado di parentela» tra social rights e human rights. Sul punto tra gli altri v. H. COLLINS, *Theories of Rights as Justifications for Labour Law*, in *The Idea of Labour Law*, edited by G. DAVIDOV, B. LANGILLE, Oxford University Press, 2011, 137. V. inoltre K. KOLBEN, *Labour rights as Human rights?*, in *Virginia Journal of International Law*, 50, 2010, 449.

¹³ Caso *Golder c. Regno Unito*, n. 4451/70, 21 febbraio 1975; caso *Johnston e altri c. Irlanda*, 18 dicembre 1986, etc.

¹⁴ Tra le altre vedi Caso *Saadi c. Regno Unito*, n. 11329/03, 29 gennaio 2008; prima ancora il noto caso *Bosphorus Hava Yollari c. Irlanda*, n. 45036/98, 30 giugno 2005.

¹⁵ V. A. PERULLI, *Globalizzazione e dumping sociale: quali rimedi?*, in *Lav. e Dir.*, n. 1, 2011, 33 per il quale come «un alchimista alla ricerca della pietra filosofale capace di trasformare il ferro in oro, la Grande Chambre trasforma con la sua pietra interpretativa materiali esterni e non vincolanti in obblighi gravanti sugli Stati, parti della Convenzione».

della Cedu. Se già a partire dal caso *Fogarty*¹⁶ si riconosce che la Cedu non può collocarsi nel vuoto normativo, è soprattutto nel caso *Demir* che trova consacrazione l'idea secondo cui la Cedu non può intendersi come un corpus di principi avulso dal sistema ovvero impermeabile ai molteplici nuclei normativi che compongono lo spazio globale. La Corte lo afferma chiaramente quando invoca «the interpretation of the Convention in the light of other international instruments» così come quando precisa «the living nature of the Convention which must be interpreted in the light of present-day conditions, and that it has taken account of evolving norms of national and international law»¹⁷. Risulta irrilevante «che le fonti del diritto internazionale a cui quei denominatori sono riconducibili siano state firmate o ratificate dallo Stato convenuto in giudizio o anche da tutti gli Stati aderenti alla Convenzione»¹⁸ mentre quando si tratta di atti di soft law deve esistere un consenso diffuso tra gli Stati membri.

E tra le fonti alle quali la Corte attinge si inseriscono anche quei correttivi tecnico-giudiziari che sono rappresentati dalla giurisprudenza degli organi di controllo *Oil* (report, documenti, osservazioni elaborate dai comitati di esperti sull'interpretazione e sullo stato di applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni). Pur se si tratta di strumenti privi di rilevanza giuridica in senso stretto hanno infatti manifestato inattese potenzialità.

Anzitutto la giurisprudenza dei Comitati di esperti *Oil* è apparsa come un potenziale ausilio interpretativo e mezzo complementare di lettura della Cedu. In questo senso le conclusioni del caso *Demir* e del caso *Enerji*¹⁹ sui contenuti e sulla portata del diritto di contrattazione collettiva paiono profondamente condizionate dalle norme internazionali e dalle posizioni espresse dai Comitati di esperti.

Si rinvia espressamente alla Carta di Nizza, alle convenzioni *Oil*, alla Carta sociale europea, al Patto internazionale per i diritti civili e politici del 1966. Non è certo la prima volta che la Corte si apre al diritto internazionale ma è certamente la prima volta che l'importazione delle fonti summenzionate la porta ad affermare «the organic link between freedom of association and freedom to bargain collectively» e, conseguentemente, la possibilità di invocare l'art. 11 Cedu.

¹⁶ Ricorso n. 37112/97, 21 novembre 2001.

¹⁷ Par. 68, Caso *Demir*, cit.

¹⁸ C. CIUFFETTI, *Convergenze nelle giurisprudenze sovranazionali europee nelle tutele dei diritti fondamentali*, in *www.federalismi.it*, n. 1, 2009, 14.

¹⁹ Caso *Demir*, cit.; Caso *Enerji Yabi c. Turchia*, n. 68959/01, 21 aprile 2009, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2009, 970. Per un commento v. G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, II, 2009, 975.

E si rinvia altresì agli atti dei Comitati di controllo interni all'*Oil* che, in questo modo, contribuiscono ad orientare il percorso argomentativo della Corte di Strasburgo sia nella definizione del contenuto dei diritti sanciti nella Cedu, sia nell'individuazione delle ragioni che possono legittimare eventuali restrizioni e/o deroghe all'applicazione delle norme convenzionali²⁰. In questo modo la Corte non si limita a valorizzare gli organi tecnici di controllo e il loro operato ma fa molto di più riconoscendo, sia pur implicitamente, il ruolo dell'*Oil* nell'elaborazione degli standard internazionali in materia di lavoro e nell'azione di difesa e tutela degli stessi. Il tutto si traduce in positivo anche rispetto alla percezione che i singoli Stati possono avere degli strumenti di controllo e monitoraggio. In altre parole il rinvio alla giurisprudenza dei Comitati di esperti è anche un modo per incentivare gli Stati e le Organizzazioni sindacali a fare ricorso a questi strumenti ovvero ad affidarsi all'*Oil* e ai suoi organi interni al fine di contribuire attivamente e responsabilmente al processo di implementazione degli standard internazionali sul lavoro.

Da altra prospettiva, la giurisprudenza degli organi di controllo *Oil* rileva come fonte ulteriore alla quale attingere nel tentativo di arginare le tendenze deregolative in atto all'interno dell'Unione europea soprattutto a partire dai casi *Viking* e *Laval*. In particolare è il Comitato di esperti sull'applicazione delle Convenzioni e delle Raccomandazioni ad essersi in più occasioni pronunciato sulla portata dei diritti sindacali e sulla legittimità di eventuali restrizioni all'esercizio dei diritti collettivi. Tra gli interventi più recenti si segnalano le osservazioni espresse dal Comitato nel Report annuale del 2011 che esamina virtuosismi e criticità dei sistemi di relazioni sindacali all'interno degli Stati membri. Prendendo a riferimento la parte dedicata alla legislazione inglese²¹, anche alla luce di un ricorso presentato all'*Oil* contro il Regno Unito per presunta violazione della Convenzione n. 87/1948²², emergono una serie di elementi

²⁰ Ed è importante notare che rilevano non solo le osservazioni dei Comitati di esperti *Oil* rispetto al caso specifico ma, più in generale, i principi dagli stessi elaborati sulla materia. Per esempio si menziona espressamente il Digesto 2006 delle decisioni e dei principi composto dal CFA ovvero una sorta di raccolta giurisprudenziale dei casi affrontati nel periodo 2001-2005.

²¹ Sulla stessa linea le osservazioni che riguardano il sistema legislativo svedese tanto che il Comitato invita il governo a riferire sull'impatto che le nuove disposizioni avranno sul sistema di relazioni sindacali e sul rispetto delle Convenzioni *Oil* n. 87 e n. 98.

²² Caso Balpa, marzo 2010. Il ricorso è stato presentato all'*Oil* dalla *British Air Line Pilots Association* contro il Regno Unito. Nello specifico la *British airways* ha invocato le sentenze *Viking* e *Laval* per far bloccare un'azione di sciopero proclamata dai lavoratori a seguito della decisione dell'azienda di aprire una serie di filiali all'estero. In dottrina v. N. COUNTOURIS, M. FREDLAND, *Injunctions, Cyanamid, and the Corrosion of the Right to Strike in the UK*, in *European Labour Law Journal*, 2011, 489.

importanti per ricostruire l'impostazione dell'Organizzazione di Ginevra sulla questione.

In primis, ribadendo l'orientamento già espresso nei report del 2010 e del 2009, il Comitato sostiene che gli effetti delle sentenze *Viking* e *Laval* potrebbero essere tali da compromettere i diritti dei lavoratori sanciti nelle Convenzioni *Oil* sui diritti sindacali. Soprattutto a fronte delle trasformazioni profonde intervenute sui modelli di organizzazione, anche territoriale, delle imprese in epoca di globalizzazione, «è essenziale per i lavoratori poter esercitare un'azione collettiva contro il datore di lavoro in particolar modo quando il suo comportamento è funzionale a comprimere i diritti sindacali attraverso complesse operazioni societarie, trasferimenti di lavoro, esternalizzazioni, etc.».

In secondo luogo, posto il *linkage* indissolubile tra il diritto di sciopero e il diritto di associazione collettiva, viene proposta una lettura estensiva del diritto di sciopero tale per cui dev'essere garantito in tutti i casi nei quali l'azione risulti funzionale a tutelare interessi dei lavoratori e, di conseguenza, anche qualora non sia strettamente finalizzato a promuovere la contrattazione collettiva. La posizione assunta dal Comitato di esperti, per una parte della dottrina, sembra orientarsi verso il riconoscimento del diritto di sciopero non solo come strumento essenziale di un effettivo sistema di relazioni sindacali ma altresì, più in generale, come un diritto funzionale a difendere gli interessi economici e sociali dei lavoratori²³.

Da ultimo il Comitato propone uno schema di lettura per così dire invertito rispetto a quello a cui si è da ultimo ispirata la Corte di giustizia. I diritti sindacali rilevano in quanto tali e non in quanto possibile giustificazione delle limitazioni apportate alle libertà economiche. Vale a dire che viene rifiutata l'immagine che vede i diritti sociali come una sfera subordinata rispetto alle libertà economiche. E da qui, sulle possibili legittime restrizioni al diritto di sciopero, il Comitato non invoca il parametro della proporzionalità degli interessi in rapporto alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi. In questo senso, quindi, la prospettiva garantista assunta dal Comitato rafforza il percorso argomentativo della Corte Edu nel punto in cui pare evocare scenari nuovi ove «human rights have established their superiority over economic irrationalism and competitiveness in the battle for the soul of labour law, and in which

²³ Se questo fosse vero si potrebbe superare l'obiezione formulata da una parte della dottrina che sottolinea i pericoli insiti nella lettura del diritto di sciopero come deriva del diritto di contrattazione collettiva. V. T. NOVITZ, *International law on the rights to strike*, in http://blogs.usask.ca/foa2010/files/novitz_transcript_amended.pdf.

public law has triumphed over private law and public lawyers over private lawyers»²⁴.

4. *Le prospettive de jure condendo*

Sulla base delle brevi osservazioni sin qui svolte mi pare quindi di poter rispondere in senso affermativo all'interrogativo circa la bontà o meno dei meccanismi correttivi rappresentati dalla giurisprudenza dei Comitati di esperti *Oil*.

Anzitutto, guardando specificamente al conflitto tra diritti sociali e libertà economiche, la posizione espressa dal Comitato di esperti sulla portata dei diritti collettivi nella dimensione sovranazionale può essere una delle leve da attivare al fine di riequilibrare il rapporto di potere tra i due ambiti e correggere gli orientamenti adottati nell'ultimo periodo dalla Corte di Lussemburgo. Si è altrimenti dimostrato che le soluzioni proposte dalla Corte di giustizia non rappresentano necessariamente la strada maestra né tanto meno un orientamento giurisprudenziale consolidato e destinato a permanere. La posizione espressa dalla Corte Edu, che ha trovato ampio conforto in seno all'*Oil*, segnala, tra le righe, le potenzialità di un sistema di tutele dei diritti fondamentali che si declina su differenti livelli. Ovvero il tentativo di superare un modello, normativo ma al contempo interpretativo, che colloca i diritti sociali dietro le quinte riconoscendo nelle libertà economiche e nelle istanze del mercato integrato i protagonisti indiscussi della scena. In verità, anche leggendo il Trattato costituzionale e, soprattutto, richiamando la Carta di Nizza, il destino dell'Europa, pur in un periodo di crisi, sembra poter condurre altrove. E in questo senso la Corte di Strasburgo così come l'*Oil* con i suoi organi interni possono contribuire ad indirizzare la Corte di giustizia verso una rappresentazione non più squilibrata dell'assetto valoriale di riferimento ovvero verso effettive operazioni di bilanciamento tra diritti che possono, talvolta, collidere in nome delle razionalità plurali che li animano.

Secondariamente, e in una prospettiva più generale, gli interventi degli organi di controllo *Oil* dovrebbero assurgere a base di riferimento costante per le Corti europee sulla falsariga di quanto già fatto nell'ambito delle procedure di controllo e monitoraggio sull'osservanza delle disposizioni del Codice europeo di sicurezza sociale e del suo protocollo. In quel sistema il comitato di esperti *Oil* e il Consiglio d'Europa intera-

²⁴ K. EWING, J. HENDY, *The Dramatic implications of Demir and Baykara*, in *Industrial Law Journal*, 39, 2010, 47.

giscono stabilmente in una duplice prospettiva: fornire analisi compatibili e coerenti sull'interpretazione e sull'applicazione sia del Codice sia delle Convenzioni *Oil* in materia di sicurezza sociale; coordinare gli obblighi degli Stati in materia di sicurezza sociale secondo quanto previsto dalle fonti regolative nazionali, europee e internazionali.

Ecco allora che, sull'esempio di queste buone prassi, e in ragione di una tendenza che pare superare l'ostilità verso i numerosi organi indipendenti composti da esperti che operano sulla scena globale, bisognerebbe prevedere meccanismi permanenti di dialogo tra coloro che sono a diverso titolo partecipi del processo di promozione dei diritti fondamentali, favorendo in questo modo anche ciò che potremmo definire la *cross-fertilization* tra le fonti. La dialettica tra la Corte Edu e gli organi di controllo *Oil* è forse lo specchio della tendenza verso una composizione delle giurisprudenze in linea con il proposito di garantire una tutela integrata ma ad un tempo plurale dei diritti fondamentali. In questa luce essa appare come un potenziale canale di contaminazione virtuosa tra le fonti regolative che in questo modo possono trovare sostegno e reciproco riconoscimento.

ALESSIA-OTTAVIA COZZI

LA CARTA DI NIZZA
NELLA GIURISPRUDENZA ITALIANA DEL LAVORO

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il «caso Pomigliano». – 3. Altri esempi di utilizzo della Carta nella giurisprudenza italiana del lavoro. – 3.1. Sentenze in materia di contratti a termine. – 3.2. Sentenze in ambiti estranei al diritto dell'Unione. – 4. La Carta di Nizza tra competenze dell'Unione e competenze interne.

1. *Introduzione*

Con il presente contributo si intende indagare se i principi espressi dalla Corte di giustizia nella sentenza *Laval* abbiano avuto eco avanti ai giudici italiani. Come noto, nel decidere il caso *Laval* la Corte di giustizia ha riconosciuto per la prima volta che il diritto di azione sindacale costituisce un diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario. La Corte, tuttavia, valorizzando la formulazione letterale dell'art. 28 Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (CDFUE), ha precisato che l'esercizio del diritto deve avvenire «conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». La Corte ha così concluso che le azioni collettive intraprese da sindacati svedesi contro un'impresa lettone che aveva distaccato lavoratori in Svezia determinavano una restrizione non giustificata alla libera prestazione di servizi di cui all'art. 49 CE¹.

L'iter argomentativo adottato nella sentenza *Laval* è in linea di continuità con l'orientamento tradizionale della Corte di giustizia secondo cui la libertà economica costituisce il principio, mentre un diritto fondamentale che vi entri in conflitto è obiettivo legittimo, ammesso a giustificare una limitazione della libertà soltanto in presenza di ragioni imperative di interesse generale. Questa impostazione del bilanciamento è risultata distonica rispetto ai canoni costituzionali che vedono il diritto di sciopero – e più in generale i diritti dei lavoratori – assumere la parte del

¹ CG, 18.9.2007, C-341/05, in *Racc.*, 2007, I-11767, § 91, § 110.

principio nei termini del bilanciamento e prevalere sull'esercizio delle libertà economiche².

A partire da *Laval*, si è voluto verificare se i giudici del lavoro italiani richiamino la Carta di Nizza e se, nell'invocarla, il rinvio al dato testuale si accompagni al recepimento del modello di bilanciamento fatto proprio dalla Corte di giustizia. A tal fine, sono state analizzate alcune sentenze successive all'entrata in vigore della Carta dei diritti UE ad opera del Trattato di Lisbona³.

2. *Il «caso Pomigliano»*

L'art. 28 CDFUE si affaccia nella discussa sentenza di merito che ha concluso in primo grado il cosiddetto «caso Pomigliano»⁴. Conviene da subito chiarire che è metodologicamente scorretto confrontare la sentenza *Laval* con la pronuncia del Tribunale di Torino, in quanto quest'ultimo giudizio non riguardava il distacco di lavoratori stranieri. Non veniva in gioco, perciò, l'applicazione del diritto dell'Unione. La sentenza merita, in ogni caso, di essere richiamata per l'uso che il giudice interno fa del parametro europeo dei diritti.

Il giudizio era stato introdotto dalla CGIL per far accertare l'illegittimità dei contratti collettivi di primo e di secondo livello stipulati da Fiat s.p.a. e da Fabbrica Italia Pomigliano s.p.a. con le organizzazioni sindacali nazionali e territoriali di CISL, UIL e altri sindacati; la CGIL agiva, inoltre, per far dichiarare che l'esclusione della FIOM dalla possibilità di avere rappresentanze in azienda, per effetto del passaggio dal sistema delle RSU al sistema delle RSA riservate ai soli firmatari del contratto, costituiva condotta antisindacale.

La motivazione del tribunale di Torino è incentrata pressoché interamente sui parametri costituzionali di effettività, libertà e pluralismo sindacale (artt. 39, c. 1 e 2; art. 2 Cost.). La Carta dei diritti UE fa capolino nella parte finale della sentenza, in tema di divieto di abuso del diritto. Il giudice aveva già concluso, in virtù dei parametri costituzionali, che la stipulazione di accordi separati non costituisce condotta antisindacale, mentre è illegittima l'esclusione di un sindacato dalla rappresen-

² Si rinvia ai contributi di Marco Dani e Massimo Condinanzi nel presente volume.

³ L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è considerata elemento rilevante per un ripensamento della giurisprudenza *Laval* per effetto dell'art. 11 CEDU da R. ZAHN, B. DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione Europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, n. 3/2011, 433 ss., spec. 442.

⁴ Tribunale di Torino, 16.7.2011, n. 2583, con motivazioni depositate il 14.9.2011.

tanza in azienda, determinata in via unilaterale o mediante accordo negoziale. Per ciò che attiene all'abuso del diritto, la definizione e consistenza dell'istituto sono stati delineati essenzialmente sulla base dell'elaborazione interpretativa della Corte di Cassazione in merito agli artt. 1175 e 1375 c.c. Il giudice, tuttavia, richiama *ad adiuvandum* l'art. 54 CDFUE, proprio sull'abuso del diritto, l'art. 12 CDFUE, che sancisce la libertà di associazione anche in ambito sindacale, e l'art. 28 CDFUE⁵. Si sofferma, inoltre, sulla clausola contrattuale che subordina l'adesione di parti terze al contratto collettivo al consenso di tutti i firmatari. La pattuizione è associata alle pratiche del cosiddetto *closed shop*, ritenute in contrasto con la libertà negativa di associazione⁶, con l'art. 21 CDFUE, in punto di divieto di discriminazione per ragioni sindacali, con l'art. 2 direttiva 2000/78/CE e l'art. 2 d.lgs. n. 216/2003, che vi ha dato attuazione. Tali parametri, tuttavia, non aggiungono nulla alla motivazione. Deve, perciò, concludersi che il loro richiamo ha finalità essenzialmente retoriche.

3. *Altri esempi di utilizzo della Carta di Nizza nella giurisprudenza italiana del lavoro*

Al di fuori delle controversie in materia di diritto sindacale, le disposizioni della Carta di Nizza compaiono in sentenze relative ad ambiti diversi del diritto del lavoro. Le pronunce analizzate, di merito e di legittimità, sono classificabili in due categorie. Nella prima, si danno sentenze relative a materie in cui sussiste una ampia e sviluppata normazione europea, a sua volta oggetto di una consistente giurisprudenza della Corte di giustizia. Nella seconda, possono comprendersi sentenze che attengono ad ambiti materiali estranei a competenze dell'Unione e che, pur tuttavia, vedono citata la Carta di Nizza.

3.1. *Sentenze in materia di contratti a termine*

Tra le sentenze che intervengono in ambiti comunitariamente rilevanti, vi sono numerose pronunce in materia di illegittimità del termine apposto a contratti di lavoro a tempo determinato. Il tema ha assunto particolare interesse, negli anni recenti, in relazione a contratti stipulati

⁵ Tribunale di Torino, cit., § 11.

⁶ In una nota, atipica in un provvedimento giurisdizionale, il giudice richiama alcune sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo che avevano dichiarato illegittima la pratica del *closed shop* per contrasto con l'art. 11 CEDU; benché citata, perciò, anche la CEDU riveste un ruolo del tutto marginale nella motivazione della sentenza.

con la pubblica amministrazione. Le problematiche sottese a tali vicende sono ampiamente analizzate dalla dottrina giuslavorista⁷. È opportuno in sintesi qui ricordare che, in virtù dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001, l'utilizzo da parte della P.A. di contratti flessibili in violazione di legge non dà luogo alla conversione del rapporto in contratto a tempo indeterminato, limitando la sanzione al risarcimento del danno.

Il divieto di conversione è stato ritenuto giustificato dalla Corte costituzionale con sentenza 27 marzo 2003, n. 89⁸. La Corte di giustizia si è più volte pronunciata sulla medesima disciplina per effetto di questioni pregiudiziali sollevate da giudici italiani, in cui si prospettava una illegittima disparità di trattamento tra datore di lavoro privato e datore di lavoro pubblico sottratto alla conversione. Interpretando la normativa comunitaria di riferimento (accordo quadro recepito nella direttiva 1999/70/CE), la Corte di giustizia ha ritenuto ammissibile il divieto di conversione previsto per i contratti con la P.A., a condizione che l'ordinamento interno disponga di una misura alternativa effettiva a tutela del lavoratore illegittimamente assunto. La Corte ha così rimesso ai giudici nazionali la valutazione della congruità della sanzione alternativa rispetto al fine di evitare l'abusiva successione di contratti a termine⁹.

L'orientamento ad oggi uniforme nella giurisprudenza di legittimità, e maggioritario nella giurisprudenza di merito, si attiene al disposto dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001. Alcuni tribunali di merito, tuttavia, ritenendo ineffettiva la sanzione risarcitoria, hanno disapplicato l'art. 36, accertando l'intervenuta conversione del rapporto. La Carta di Nizza compare sia nelle sentenze aderenti all'orientamento maggioritario, sia nelle sentenze appartenenti all'orientamento minoritario.

Nell'ambito dell'orientamento maggioritario, alcuni giudici di merito hanno utilizzato l'art. 21 CDFUE, affiancato all'art. 14 CEDU e all'art. 3 Cost., dunque il principio di uguaglianza, per giustificare un'interpretazione dell'art. 36 d.lgs. n. 165/2001 conforme ai principi comunitari di adeguatezza, proporzionalità e dissuasività della tutela risarcitoria. Al fine di ridurre la differenza di trattamento tra lavoratori del settore privato e lavoratori del settore pubblico, i giudici hanno incrementato il risarcimento del danno sulla scorta di una serie di indicatori

⁷ Per tutti, A. PERRINO, *Lavoro pubblico a termine, divieto di conversione, risarcimento e stabilizzazione*, in *Riv. giur. lav. prev. soc.*, n. 4/2011, parte II, 509-541. In tema, si rinvia al contributo di Silvia Spinaci nel presente volume.

⁸ C. cost., 27.3.2003, n. 89, in *Giur. cost.*, 2003, 711-719.

⁹ CG, 4.7.2006, *Adeneler*, C-212/04, § 105; CG, 7.9.2006, *Marrosu - Sardino*, C-53/04, § 50-51, in *Foro it.*, 2007, IV, 72; CG, 7.9.2006, *Vassallo*, C-180/04; CG (ord.), 1.10.2010, *Affatato*, C-3/10, in *Foro it.*, 2011, IV, 69.

individuati in via pretoria, quali il numero di contratti a termine illegittimamente stipulati, l'età del lavoratore, la persistenza del rapporto di lavoro o le ragioni della sua cessazione, se per mancato rinnovo o per rinuncia del dipendente¹⁰.

L'orientamento minoritario, invece, nel disapplicare l'art. 36, si fonda su un ventaglio assai articolato di argomenti. Per motivare l'ineffettività del solo ristoro per equivalente, i giudici richiamano disposizioni costituzionali, come gli artt. 1, 2, 4, 35 e 36 Cost., nonché l'art. 3 nella connotazione di eguaglianza formale e sostanziale; sono ampiamente sviluppati, inoltre, argomenti relativi a istituti di portata generale, come il rapporto tra risarcimento in forma specifica e risarcimento per equivalente. Nella motivazione compare a volte anche la Carta di Nizza, per esempio l'art. 30 CDFUE, che stabilisce il diritto ad una tutela contro il licenziamento ingiustificato¹¹. Alla citazione del parametro europeo non si accompagna, tuttavia, una specificazione relativa alla sua interpretazione e applicazione.

In effetti, le disposizioni della Carta di Nizza non sono richiamate neppure nella giurisprudenza comunitaria sui contratti a termine, che costituisce il vero perno delle sentenze che concludono per la disapplicazione. Nelle pronunce sia anteriori che posteriori all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, la Corte di giustizia ha ricavato i principi di equivalenza ed effettività della sanzione essenzialmente dal diritto derivato. In una recente ordinanza su un caso italiano, inoltre, la Corte di giustizia ha circoscritto la portata degli artt. 20 e 21 CDFUE, dunque del principio di eguaglianza, escludendo che essi si applichino a fattispecie estranee all'accordo quadro sui contratti a termine, nel caso di specie le disparità di trattamento tra diverse tipologie di contratti a tempo determinato previste nell'ordinamento italiano¹².

Nella materia dei contratti a termine pare così delinearsi una opposta tendenza: a fronte di una giurisprudenza di merito montante, che valorizza al massimo i principi della giurisprudenza europea e pone nuove questioni pregiudiziali fondate anche sulla Carta di Nizza, la Corte delimita l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, escludendo qualsivoglia effetto espansivo giustificato dal parametro dei diritti.

¹⁰ Così, per esempio, Tribunale di Milano, sez. lav., 30.6.2011, n. 3034, punto *f*) *Cons. dir.*

¹¹ Per esempio, Tribunale di Siena, sez. lav., 27.9.2010, in *Riv. crit. dir. lav.*, 2010, 1104.

¹² CG (ord.), 11.11.2010, *Vino c. Poste Italiane s.p.a.*, C-20/10, § 52, su questione pregiudiziale sollevata dal Tribunale di Trani, in *Massimario giur. lav.*, n. 4/2011, 227-239, con nota di G. FRANZA; il rifiuto di estendere il principio di eguaglianza a fattispecie non disciplinate dall'accordo quadro è fondato sull'art. 51, par. 2, CDFUE.

3.2. Sentenze in ambiti estranei al diritto dell'Unione

Come anticipato, la Carta dei diritti UE è citata anche in sentenze che intervengono su ambiti estranei al diritto dell'Unione.

Un primo caso esaminato ha ad oggetto la ripetizione della retribuzione indebitamente percepita da un insegnante affetto da malattia nel periodo intercorso tra la domanda di assegnazione a mansioni diverse dall'insegnamento e la stipulazione del contratto con cui la sua richiesta veniva accolta. L'insegnante si doleva avanti al tribunale amministrativo del ritardo con cui l'amministrazione aveva predisposto il nuovo contratto di lavoro, sostenendo che, se la determinazione fosse stata tempestiva, non si sarebbe verificata la necessità di recupero del credito.

Il TAR adito ha dato ragione al ricorrente sulla base delle disposizioni della l. n. 241/90 che stabiliscono l'obbligo dell'amministrazione di provvedere entro un tempo definito. Il parametro del «*tempo dell'amministrare*» è stato ricondotto all'interesse pubblico alla certezza dei rapporti tra amministrazione e amministrati, nonché espressione del canone costituzionale del buon andamento ex art. 97 Cost. Il TAR, inoltre, ha giudicato dotata di copertura costituzionale e comunitaria la posizione giuridica azionata dal ricorrente, ai sensi degli artt. 36 Cost. e 41 CDFUE. L'art. 41 garantisce il diritto a una buona amministrazione e comprende il «*diritto di ogni persona a che le questioni che lo riguardano siano trattate in modo imparziale, equo, ed entro un termine ragionevole*». Secondo il TAR, la disposizione codifica un principio mutuato dalle tradizioni costituzionali comuni, recepito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e suscettibile di estendersi anche alle fattispecie meramente interne «*in applicazione del principio per cui ai cittadini UE non può essere riconosciuta, negli ordinamenti interni, una tutela minore di quella apprestata alle medesime situazioni dall'ordinamento comunitario*»¹³.

Un secondo caso di applicazione della Carta di Nizza al di fuori dei confini del diritto dell'Unione è dato da una sentenza della Corte di Cas-

¹³ TAR Sicilia Palermo, II, 12.5.2010, n. 6685; la ragionevole durata del procedimento amministrativo è oggetto di una ampia giurisprudenza comunitaria in materia di concorrenza e di aiuti di Stato, non richiamata dal TAR; già prima dell'entrata in vigore della Carta di Nizza, il principio del termine ragionevole è stato riconosciuto come vero e proprio diritto soggettivo ai sensi dell'art. 41 CDFUE da Tribunale di I grado, IV, 1.7.2008, *Compagnie marittime belge SA*, T-276/04, § 39; Tribunale di I grado, II, 12.9.2007, *González y Díez SA*, T-25/04, § 90-97; conclusioni Avv. Gen. Bot, 11.9.2007, *Commissione c. Salzgitter AG*, C-408/04 P, § 263-266; Tribunale della funzione pubblica, I, 22.5.2007, *Adelaida López Teruel*, F-99/06; conclusioni Avv. Gen. Mengozzi, 16.11.2006, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, C-523/04, § 59.

sazione in tema di demansionamento¹⁴. Un medico agiva per ottenere la condanna di un suo superiore al risarcimento dei danni patrimoniali e non patrimoniali causati dall'avergli impedito di svolgere attività clinica in reparto, con conseguente pregiudizio della identità e dignità professionale. Il ricorrente impugnava la sentenza di appello che aveva escluso la responsabilità da illecito aquiliano, *ex art.* 2043 c.c., nonché i danni da demansionamento di fatto, ai sensi dell'art. 2103 c.c. La Cassazione riforma la sentenza di appello, ritenendo leso il diritto soggettivo, costituzionalmente protetto, allo svolgimento di un'attività professionale altamente qualificata. Tale diritto si radica, secondo la Cassazione, negli artt. 1 e 4 Cost., nell'art. 35, co. 1, Cost., nonché negli art. 1 CDFUE, sulla dignità umana, comprensiva della dignità professionale, e 15, co. 1, CDFUE, sulla libertà professionale. Nel rinviare al giudice d'appello la quantificazione del risarcimento, la Corte precisa che i principi enunciati trovano applicazione anche se il rapporto controverso era precedente all'entrata in vigore della Carta di Nizza, in quanto parte di un patrimonio comune europeo dei diritti fondamentali che la Cassazione stessa ha il compito di plasmare, nell'ambito della propria funzione nomofilattica¹⁵.

Volendo trarre alcuni indicatori dalle due categorie di sentenze esaminate, si può osservare che nelle pronunce in materia di contratti a termine, ove esiste una competenza comunitaria ampiamente esercitata, il richiamo alla Carta di Nizza è raro. Il principio di effettività della sanzione risarcitoria è tratto da una giurisprudenza europea fondata essenzialmente sul diritto derivato.

Quanto alla seconda categoria, relativa a casi in cui difetta una questione rilevante per il diritto dell'Unione, le sentenze del TAR Palermo e della Corte di Cassazione sembrano accomunate da numerosi elementi. In primo luogo, la Carta dei diritti dell'Unione è utilizzata con funzione integrativa del parametro costituzionale, in quanto utile a qualificare espressamente la posizione giuridica lesa come diritto soggettivo. Il ricorso alla Carta finisce così per determinare la *ratio decidendi*, identificando da un lato il diritto a non subire pregiudizio per illegittimo ritardo dell'amministrazione; dall'altro, il diritto alla tutela della dignità e libertà della professione. La Carta di Nizza è perciò fonte di norme precettive direttamente applicate ai casi di specie.

In secondo luogo, sia il TAR Palermo che la Corte di Cassazione giustificano l'applicazione della Carta ad un caso manifestamente interno. Per un verso, il TAR Palermo accenna alla necessità di evitare discriminazioni alla rovescia, specificando che un diritto riconosciuto a li-

¹⁴ Cass. civ., III, 2.2.2010, n. 2352.

¹⁵ Cass. civ., n. 2352/2010 cit., punto 5 A *Cons. dir.*

vello comunitario deve a maggior ragione essere garantito nell'ordinamento nazionale. Per altro verso, la Cassazione richiama una sorta di «*ius commune*» europeo, autoqualificandosi competente in via primaria a guidare il processo interpretativo di coordinamento tra diritti nazionali e costituzionali e principi «*non collidenti, ma promozionali*» del Trattato di Lisbona e della Carta di Nizza. Entrambi i giudici, in definitiva, si ritengono competenti *ex se* a costruire il catalogo dei diritti.

4. *La Carta di Nizza tra competenze dell'Unione e competenze interne*

Già prima dell'entrata in vigore della Carta dei diritti dell'Unione, la dottrina aveva immaginato che i giudici ordinari sarebbero stati tentati dalla sua diretta applicazione, per incrementare le occasioni di sindacato diffuso sulla compatibilità comunitaria delle leggi nazionali. Si riteneva allora, sulla scorta di alcuni casi già verificatisi¹⁶, che la diretta applicazione della Carta sarebbe stata scorretta, se svolta al di fuori del limite delle competenze comunitarie con il fine di disapplicare una normativa interna. L'uso distorto della Carta, *extra* competenze e con finalità di disapplicazione, avrebbe determinato, da un lato, una marginalizzazione del sindacato accentrato della Corte costituzionale in funzione di giurisdizione costituzionale delle libertà; dall'altro, un indebolimento del principio di soggezione del giudice soltanto alla legge, *ex art.* 101 Cost., e un *vulnus* al principio di separazione dei poteri¹⁷. Dopo l'entrata in vigore della Carta dei diritti UE, le sentenze analizzate in materia di lavoro possono offrire alcuni spunti per rimeditare queste conclusioni.

Innanzitutto, dalla ricognizione effettuata non risultano decisioni di merito relative a vicende analoghe al caso *Laval*. Ciò dipende, probabilmente, dal fatto che l'ordinamento sindacale italiano si caratterizza per l'autonomia della contrattazione collettiva e il non riconoscimento di efficacia *ex lege* ai contratti collettivi, cosicché i conflitti trovano soluzione nelle sedi negoziali di confronto tra sindacati e datori di lavoro, piuttosto che avanti a un giudice¹⁸. La giurisprudenza esaminata in ambiti diversi dal diritto sindacale, tuttavia, conferma in parte i timori manifestati dalla dottrina *ante* entrata in vigore della Carta; ciò nella misura in cui, come

¹⁶ R. CALVANO, *La Corte d'Appello di Roma applica la Carta dei diritti UE. Diritto pretorio o jus commune europeo?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it, nota a Corte di Appello di Roma, sez. lav., (ord.), 11.4.2002.

¹⁷ M. CARTABIA, A. CELOTTO, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur. cost.*, 2002, 4477-4507, spec. 4489-4495.

¹⁸ Si vedano i contributi redatti all'esito di un'indagine comparata sugli effetti del caso *Laval* in alcuni ordinamenti nazionali, pubblicati in *Gior. dir. lav. rel. ind.*, n. 3/2011.

si è visto, si danno sentenze in cui la Carta è attivata anche al di fuori delle competenze dell'Unione.

Per ciò che attiene alle funzioni della Carta, i casi esaminati mostrano che, ove è presente un diritto dell'Unione sviluppato (contratti a termine), dunque in fattispecie che sarebbero la *sedes* naturale per arricchire il parametro europeo sotto il profilo dei diritti fondamentali, la Carta dispiega allo stato effetti marginali, nulla aggiungendo a principi già consolidati.

Nelle ipotesi *extra* competenze UE, la Carta riveste un peso diverso a seconda della singola decisione. Nella pronuncia del Tribunale di Torino sul «caso Pomigliano», essa è utilizzata in senso «debole», con finalità retoriche. Nelle sentenze di cui alla seconda categoria descritta nel paragrafo precedente – sul diritto al tempo dell'amministrare e al risarcimento del danno per lesione della dignità e libertà professionale – la Carta è attivata in senso «forte», in quanto è fonte della regola di giudizio per la soluzione caso. Rispetto ai *caveat* della dottrina di cui si è detto, tuttavia, in questi casi la Carta non è utilizzata *contro* la legge interna. Le sue disposizioni, infatti, non sono attivate con finalità di disapplicazione, ma per sviluppare e rafforzare il parametro interno sui diritti, valorizzando e accentuando profili già impliciti nella legge e nei principi costituzionali. Il valore aggiunto derivante dalle disposizioni della Carta è dato dalla qualificazione delle posizioni soggettive in gioco come diritti soggettivi, rendendone così più agevole la tutela. Benché al di fuori delle competenze dell'Unione, pertanto, l'utilizzo della Carta non ha posto le premesse per un indebito giudizio *sulla* legge, bensì è parametro dei diritti *con* la legge e la Costituzione.

Volendo riportare queste conclusioni alla sentenza *Laval* della Corte di giustizia, emerge un primo paradosso. Come noto, la Corte di giustizia è stata ampiamente criticata per aver esteso i principi comunitari ad un ambito materiale, il diritto di sciopero, formalmente sottratto alle competenze dell'Unione. Ebbene, la giurisprudenza interna esaminata rivela che i giudici nazionali si macchiano spesso della medesima colpa, ovvero cercano nel diritto dell'Unione risorse e risposte anche ove tale diritto non è rilevante. I giudici interni divengono così essi stessi motore dell'espansione del diritto dell'Unione al di fuori delle attribuzioni dei Trattati, mettendo per primi in tensione il rapporto tra diritti fondamentali e limite delle competenze. Lo stesso caso *Laval*, d'altra parte, ha avuto origine da una questione pregiudiziale, sicché è stato innanzitutto il tribunale svedese rimettente a ritenere che vi fosse un problema di legittimità comunitaria.

È ben vero che nella sentenza *Laval* l'interpretazione estensiva del limite delle competenze ha prodotto un effetto di compressione delle tutele sindacali, mentre i giudici interni, nelle sentenze esaminate, cercano nella Carta indicazioni per elevare la protezione dei lavoratori. La constatazione, tuttavia, non modifica il dato oggettivo per cui sia la Corte di giustizia che i giudici interni adottano una visione espansiva delle competenze dell'Unione in rapporto ai diritti fondamentali. Il giudizio sul grado minore o maggiore di tutela dei diritti che tale tendenza comporta, inoltre, dipende molto dall'ambito materiale di riferimento: la sentenza *Laval* rappresenta un'eccezione, rispetto ad una normazione e una giurisprudenza comunitaria in materia di libera circolazione dei lavoratori – oggi delle persone – che hanno, sin dagli anni sessanta, significativamente incrementato i diritti dei lavoratori migranti e dei loro familiari per effetto del principio di non discriminazione in base alla nazionalità.

Oltre al profilo delle competenze, i casi analizzati si distinguono sotto altro aspetto: essi appartengono, per vero, a due circuiti distinti. Le sentenze in materia di contratti a termine, intervenendo in una materia comunitarizzata, si collocano in un contesto di dialogo tra giudici nazionali e Corte di giustizia. In questo dialogo, se mai, vi è il rischio di una emarginazione della Corte costituzionale.

Le sentenze in cui la Carta dei diritti è attivata al di fuori delle competenze UE, invece, appartengono a un contesto tutto interno. Esse, in realtà, non rappresentano occasioni per instaurare un circuito di progressiva definizione del parametro ad opera del giudice ordinario, della Corte di giustizia e, auspicabilmente, dalla Corte costituzionale. Sono, invece, decisioni autoconcluse. È molto significativa, in tal senso, la posizione della Corte di Cassazione, che deriva dalla propria funzione nomofilattica – senza alcun rinvio ad una giurisprudenza costituzionale o comunitaria rilevante – la competenza a comporre per via interpretativa il parametro costituzionale e il parametro europeo in un unico *ius commune europeo*. Tale affermazione, per vero, tradisce il modello di riparto delle fonti in materia di diritti fondamentali che la Corte costituzionale ha confermato dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. La Corte costituzionale ha, infatti, chiaramente escluso che la Carta dei diritti costituisca strumento di tutela oltre le competenze dell'Unione; presupposto per l'applicazione della Carta è che la fattispecie oggetto di giudizio sia disciplinata dal diritto europeo, in quanto inerente ad atti dell'Unione, ad atti e comportamenti nazionali che diano attuazione al diritto dell'Unione o che ne costituiscano una limitazione; la Carta non trova applicazione, invece, in fattispecie regolate «*da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto*»¹⁹. Invece, i giudici di merito e di legittimità

dimostrano di voler applicare la Carta anche al di fuori del diritto dell'Unione, alla ricerca del parametro che consente una protezione dei diritti più intensa²⁰.

La ricerca dello standard di protezione più elevato, tuttavia, non poggia su una pregressa interpretazione delle disposizioni di Nizza. Sia nei casi di uso debole e meramente retorico della Carta, sia in quelli di sua applicazione in senso forte, come fonte della *regola iuris*, la Carta è invocata come testo puro. La forza le deriva essenzialmente dalla scrittura. Le sue disposizioni valgono di per sé, indipendentemente dalle norme che da essa potrebbe aver tratto la Corte di giustizia. Pur intervenendo in ambiti materiali differenti, non può non notarsi che in *Laval* l'art. 28 CDFUE è citato dalla Corte di giustizia per valorizzare i limiti all'esercizio del diritto di sciopero derivanti dalle legislazioni nazionali e dal diritto dell'Unione. Il Tribunale di Torino, invece, utilizza l'art. 28 CDFUE per confermare il carattere di diritto fondamentale della libertà sindacale.

Nell'attivare il testo della Carta *tout court*, al di fuori del contesto dell'Unione e di un dialogo con la Corte di giustizia, i giudici interni rischiano di estrapolare la Carta dal suo quadro ordinamentale, per rileggerla attraverso i soli canoni costituzionali. Questa operazione appare piuttosto pericolosa, pur non mirando a una indebita disapplicazione della legge. Per un verso, se si prende sul serio il testo scritto, la Carta può portare con sé alcuni limiti ulteriori all'esercizio di diritti che non sussistono nell'ordinamento interno. L'art. 28 CDFUE ne è un esempio, nella parte in cui circoscrive il diritto di intraprendere azioni collettive al rispetto non solo del diritto nazionale, ma anche del diritto dell'Unione²¹.

¹⁹ C. cost., 11.3.2011, n. 80, punti 5.5-5.6 *Cons. dir.*; la Corte richiama l'art. 6, par. 2, TUE, la Dichiarazione n. 1 al Trattato di Lisbona e l'art. 51 CDFUE; rinvia, inoltre, alle conclusioni raggiunte dalla Corte di giustizia in (ord.) 17.3.2009, C-217/08, *Mariano*; 5.10.2010, C-400/10, *McB*; (ord.) 12.11.10, C-399/10, *Krasimir*. L'orientamento è stato ribadito in C. cost. (ord.), 15.4.2011, n. 138.

²⁰ La tendenza è prospettata in termini astratti da A. RUGGERI, *La Corte fa il punto sul rilievo interno della CEDU e della Carta di Nizza-Strasburgo (a prima lettura di Corte cost. n. 80 del 2011)*, in www.forumcostituzionale.it, secondo cui il rigido riparto tra fonti, ispirato al principio di separazione fra ordinamenti, non resiste all'incertezza degli ambiti materiali, dovendosi preferire un criterio fondato sulla teoria dell'interpretazione in cui tutti i materiali normativi sono utilizzabili, avendo di mira esclusivamente il caso e la ricerca di un livello di protezione più intenso dei diritti. Si vedano, però, le osservazioni nel testo. Cfr. anche A. GUAZZAROTTI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona e la confusione del sistema delle fonti*, in www.associazioneeicostituzionalisti.it, n. 3/2011.

²¹ Non a caso, dopo *Laval* la tutela del diritto di sciopero risultante dal testo dell'art. 28 CDFUE è stata definita «esitante» da P. SYRPIS, T. NOVITZ, *Economic and social rights in con-*

Proprio per evitare questi limiti ulteriori, la più attenta dottrina, nel tentativo di circoscrivere gli effetti di *Laval*, ha ribadito che non vi è ragione di estenderne i principi a controversie sindacali puramente interne, alle quali si applicano il solo diritto del lavoro nazionale, il diritto costituzionale, la CEDU, e non il diritto dell'Unione Europea²².

Ma vi è una constatazione più generale: il richiamo alla Carta come pura scrittura comporta la perdita della dimensione per cui i diritti della Carta sono destinati al bilanciamento, innanzitutto, con i principi del diritto dell'Unione. Tali diritti scritti finiscono così per essere parte di una ponderazione di interessi in cui i beni in conflitto, le norme e la rispettiva sostanza sono tutti interni. Si tratta, a ben guardare, del medesimo difetto di prospettiva che ha caratterizzato alcune delle critiche dottrinali alla sentenza *Laval*, i cui argomenti hanno estrapolato il bilanciamento di *Laval* dal suo sfondo ordinamentale, volendo inquadrarlo con i soli strumenti del diritto interno. Ne potrebbe derivare, in via di fatto, uno sviluppo dei diritti fondamentali europei su due distinti binari: uno entro il circuito giudici nazionali, Corte costituzionale, Corte di giustizia; uno nel contesto esclusivamente interno, ove i diritti codificati a Nizza sono posti in bilanciamento con altri diritti e interessi *come se* operassero a livello meramente costituzionale, finendo per essere interpretati entro ciascun ordinamento a propria misura. La prima strada tiene viva la tensione data dall'integrazione tra ordinamenti, la seconda può svuotare la Carta di suoi potenziali significati, rendendola pari ad altre codificazioni in materia di diritti senza nulla spostare rispetto alla monade dell'ordinamento interno.

flict: Political and social approaches to their reconciliation, in *European Law Review*, 2008, 411-426, spec. 414.

²² R. ZAHN, B. DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione Europea*, cit., 445.

MARCO DANI

I DIRITTI DEI LAVORATORI
TRA COSTITUZIONALISMO STATALE
E DIRITTO DEL MERCATO UNICO EUROPEO

1. Numerose sono le ragioni che spiegano l'ampio interesse suscitato dalle sentenze della Corte di giustizia nei casi *Viking*¹ e *Laval*². Se i giuristi ne hanno colto con comprensibile preoccupazione l'impatto negativo sul diritto di sciopero e i livelli retributivi dei lavoratori, è più in generale la dottrina interessata al processo di integrazione europea ad aver preso spunto da quei casi per sviluppare riflessioni più approfondite in merito alle implicazioni sociali di quel fenomeno³. Gli esiti concreti e i drammatici scenari evocati da *Viking* e *Laval* risuonano come un severo monito non solo verso il precipitoso entusiasmo con cui si è salutato l'allargamento ai paesi dell'Europa centro-orientale, ma anche verso l'altrettanto entusiastica e precipitosa ascrizione dell'Unione europea al novero delle democrazie costituzionali compiute. Quelle pronunce dimostrano quanto il processo di integrazione europea continui ad essere inscindibilmente connesso al suo nucleo originario costituito dal mercato comune, e quanto le strutture originarie di quest'ultimo continuino a condizionare i presupposti ideologici, le strategie di regolamentazione e i criteri di giudizio degli attori istituzionali che a diverso titolo si trovano ad operare nella dimensione sovranazionale.

Se *Viking* e *Laval* ci lasciano in eredità un'immagine del processo di integrazione europea nella quale il mercato comune, per quanto in una versione aggiornata, rimane la cifra predominante, si comprende allora anche l'interesse specifico del costituzionalista per quelle sentenze. Tale interesse riguarda anzitutto il tema dei diritti fondamentali e della loro garanzia a livello sovranazionale. Con buona pace di quanti fin dall'ado-

¹ Causa C-438/05, *The International Transport Worker's Federation and The Finnish Seamen's Union v. Viking Line ABP and O? Viking Line Eesti* [2007] Racc., I-10779.

² Causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd v. Svenska Byggnadsarbetareförbundet and Others* [2007] Racc., I-11767.

³ A. SOMEK, *The Social Question in a Transnational Context*, LEQS Paper No. 39/2011, <www2.lse.ac.uk/europeanInstitute/LEQS/LEQSPaper39.pdf>.

zione della Carta di Nizza avevano dato per acquisito un approdo in senso costituzionalistico dell'Unione Europea, i casi *Viking* e *Laval* impongono una riflessione più disincantata che, in verità, già il fallimento del Trattato Costituzionale poteva suggerire⁴. La lettura di quei casi rivela infatti la sconveniente realtà di un percorso che avrebbe dovuto vedere l'evoluzione dell'UE da organizzazione fondata sull'obiettivo del mercato unico a ordinamento imperniato sulla tutela dei diritti fondamentali⁵, ma che in verità è lungi dall'essersi compiuto nella sua interezza. O, se si vuole, di un processo nel quale la retorica della tutela dei diritti fondamentali (come, per altri versi, quella della democrazia rappresentativa) costituisce un elemento inidoneo a sovvertirne l'impianto originario, né a fargli compiere nei fatti quel salto di qualità così enfaticamente annunciato a livello declamatorio. Ad uno sguardo più attento, perciò, *Viking* e *Laval* restituiscono dei diritti fondamentali nell'UE un'immagine forse meno gratificante, ma senza dubbio più autentica: innesti su un tronco più risalente, capaci come tutti gli innesti di alterare la qualità dei frutti che verranno prodotti, ma non certo di riconvertire *in toto* una produzione collaudata in anni di esperienza. Se questo è vero, ecco quindi un'ulteriore ragione per cui lo studio di quelle sentenze può giovare al costituzionalista: rilevata la persistente 'devianza' dell'ordinamento UE rispetto ai crismi del costituzionalismo statale, egli vi potrà leggere in controluce una rappresentazione non edulcorata dello spazio giuridico europeo e dei suoi conflitti latenti. In relazione a quest'ultimi, egli potrà mettere alla prova gli impianti concettuali e le tecniche di giudizio sviluppati in sede teorica, valutando la praticabilità, i costi ed i benefici delle diverse soluzioni avanzate nel tempo dalla dottrina.

Di questo si occupa questo breve scritto. In una prima parte vi si spiega in che termini *Viking* e *Laval* offrono una rappresentazione non edulcorata dei rapporti tra ordinamento dell'UE e costituzionalismo dei suoi stati membri (2). Una volta compresa la reale natura dei conflitti insiti nelle relazioni tra queste diverse forme di potere politico, lo scritto si propone di discutere le possibili impostazioni teoriche al problema della loro gestione. Sulla scia di queste considerazioni, l'impianto adottato dalla Corte di giustizia nel decidere quei casi viene difeso, sostenendo che a far difetto (grave difetto) in quelle sentenze non è tanto l'impostazione, quanto la versione del principio di proporzionalità concretamente applicata (3). Lo scritto si chiude con una breve esemplificazione di

⁴ Si consenta a riguardo il rinvio a M. DANI, *Constitutionalism and Dissonances - Has Europe Paid Off its debt with Functionalism?*, in *Eur. Law. Jour.*, 2009, 324.

⁵ A. MANZELLA, *Dal mercato ai diritti*, in AA.VV., *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, il Mulino, 2001, 29.

come l'applicazione di questa tecnica di giudizio possa contribuire ad una garanzia dei diritti dei lavoratori depurata da incrostazioni burocratiche o degenerazioni corporative (4).

2. Il tema del diritto di sciopero e dei suoi limiti viene tradizionalmente situato nel contesto tipico del costituzionalismo statale del secondo dopoguerra. Si tratta di un contesto fortemente segnato dai conflitti relativi al tema della giustizia sociale, nozione suscettibile di ispirare diversi orientamenti politici che trovano nel momento elettorale e, successivamente, nelle sedi della rappresentanza parlamentare la sede privilegiata per la loro articolazione e competizione⁶. Di questi conflitti si sono nutrite e, in parte, si nutrono ancora le democrazie costituzionali europee⁷. Queste ultime si fondano infatti sul presupposto che l'idea di giustizia sociale sia irrimediabilmente controversa e che la costituzione serva principalmente ad assicurare una cornice di norme ed istituzioni condivise entro la quale l'antagonismo sociale e politico deve essere convogliato e disciplinato⁸. I cataloghi dei diritti fondamentali delle costituzioni statali offrono una rappresentazione simbolica di questo tipo di conflitti. Così facendo, non solo contribuiscono a legittimare le contrapposte istanze politiche e sociali ma, implicitamente, esprimono una fiducia per così dire strategica rispetto agli esiti di questa dialettica tra opposti. È sullo sfondo di questo panorama tipicamente novecentesco che si è soliti concepire il reciproco limitarsi di libera iniziativa economica e diritti dei lavoratori, una relazione questa che se trova nei circuiti della democrazia rappresentativa il principale sbocco politico, incontra invece nella giustizia costituzionale e nel bilanciamento di interessi rispettivamente la sede e la tecnica di garanzia giurisdizionale.

Se questa schematica descrizione, sia pur con le dovute precisazioni e specificazioni, è suscettibile di essere applicata e adattata ai vari ordinamenti costituzionali degli stati membri, più difficile è sostenere la sua valenza esplicativa con riferimento all'ordinamento dell'UE. Qui, da un lato non vi è dubbio che la Carta di Nizza, nel codificare le tradizioni costituzionali comuni arricchite dal patrimonio di trattati internazionali e dichiarazioni in materia sociale variamente sottoscritte degli stati mem-

⁶ M. LOUGHLIN, *Sword&Scales: An examination of the relationships between law and politics*, Oxford-Portland Oregon, Hart Publishing, 2000, 95-100.

⁷ R. DAHRENDORF, *The Modern Social Conflict: An Essay on the Politics of Liberty*, London, Weidenfeld and Nicolson, 1988, capitolo 5. Per una riflessione sulla progressiva perdita di capacità conformativa della dialettica politica da parte dei conflitti sociali si veda M. REVELLI, *Sinistra Destra. L'identità smarrita*, Bari, Laterza, 2009, 143-203.

⁸ R. BIN, *Che cos'è la Costituzione?*, in *Quaderni Costituzionali*, 2007, 20-21.

bri, ripropone grossomodo la medesima contrapposizione di valori e interessi. Dall'altro, non va dimenticato che la Carta di Nizza si colloca in un contesto fortemente caratterizzato da un'esperienza di integrazione economica sovranazionale che poco o nulla condivide della tradizione giuridica e politica sviluppatasi in relazione ai conflitti sociali.

È a questo punto che *Viking* e *Laval* diventano utili strumenti di verifica analitica del ruolo dei diritti fondamentali nel contesto sovranazionale. Come si è anticipato, l'esito della verifica è tutto a vantaggio della continuità con l'esperienza dell'integrazione economica, residuando in quelle decisioni per i diritti fondamentali un ruolo poco più che decorativo. In quelle pronunce, infatti, il conflitto sociale tra capitale e lavoro viene re-interpretato alla luce di un impianto teorico e di categorie giuridiche che prescindono in larga misura dalla tutela dei diritti fondamentali. Il normale conflitto sociale tra imprese e sindacati viene invece riformulato secondo la grammatica e la sintassi del diritto del mercato unico europeo, ossia di un *corpus* di principi, procedure e modalità di comprensione della realtà che riflettono una logica alternativa a quella della giustizia sociale, attinente semmai al tema della mobilità dei fattori di produzione e ai suoi corollari dell'efficienza allocativa e della competizione tra ordinamenti⁹. Accade quindi che attività riconducibili al diritto di sciopero vengano qualificate come ostacolo all'accesso al mercato¹⁰ e che, in quanto tali, il loro esercizio possa essere garantito solo in esito ad un impegnativo sindacato sul rispetto del principio di proporzionalità¹¹. Di conseguenza, quello che era (e rimane) un diritto sociale, riappare sottoforma di deroga all'esercizio di una libertà economica. In modo simile, quello che era (e rimane) un conflitto prevalentemente sviluppato nelle sedi sociali e politiche, riemerge come un conflitto influenzato in misura significativa dal protagonismo delle corti. In tutto ciò, pertanto, non si delinea solo una diversa modalità di concepire il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali tra ordinamenti comunemente impegnati nella tutela dei diritti fondamentali. La divergenza è più radicale e, si potrebbe dire, strutturale visto che costituzionalismo statale e diritto dell'UE offrono due modalità alternative di concepire la realtà e, quindi, di qualificare gli interessi rilevanti e dirimerne i conflitti. Se questo accade, però, non è per accidente, ma perché a divergere sono le rispettive *rationes* fondative degli ordinamenti in questione: in uno la ricerca della giustizia sociale attraverso la tutela dei diritti e la dialettica democratica,

⁹ S. DEAKIN, *Legal diversity and regulatory competition: which model for Europe?*, in *Eur. Law. Jour.*, 2006, 440.

¹⁰ Cfr. *Viking*, cit., paragrafi 68-74; *Laval*, cit., paragrafi 99-100.

¹¹ Cfr. *Viking*, cit., paragrafi 75-89; *Laval*, cit., paragrafi 102-110.

nell'altro il perseguimento dell'efficienza economica attraverso le strategie di regolamentazione del mercato. Di questa tensione continua ad esservi traccia nei testi costituzionali e nei trattati e, quel che più conta, nella prassi interpretativa e applicativa di quei documenti. Se infatti è indubbio che tanto il diritto dell'UE che il costituzionalismo statale sono venuti nel tempo a convergere sul piano assiologico, arricchendosi l'uno di motivi sociali e l'altro di una maggiore sensibilità per le istanze dell'efficienza economica, non vi è dubbio nemmeno sul fatto che le rispettive impostazioni originarie e, quindi, la loro divergenza si siano protratte nel tempo come elementi di lunga durata.

È questo dato quindi, prima ancora che i problemi connessi alla collocazione della sovranità o ai limiti al primato del diritto dell'UE, che induce a ricostruire le relazioni tra costituzionalismo statale e diritto dell'UE come strutturalmente irrisolte¹². Di questo vi è un'eco nelle conclusioni dell'AG Mengozzi al caso *Laval*, laddove si osserva che non esiste una chiara gerarchia o un criterio ordinatore tra principi di regolamentazione del mercato unico e diritti fondamentali¹³. Il problema di conciliare queste istanze, lasciato deliberatamente aperto a livello di fonti normative, si ripropone in sede di interpretazione. Giudici e interpreti sono chiamati ad individuare soluzioni dirette a conciliare le istanze espresse dal diritto costituzionale statale con quelle proprie dell'ordinamento dell'UE. Si profilano a riguardo almeno tre possibili impostazioni teoriche rispetto alle quali è possibile ora svolgere qualche considerazione critica.

3. Una prima alternativa all'approccio seguito dalla Corte di giustizia in *Viking* e *Laval* consiste nell'impostare e risolvere i conflitti tra capitale e lavoro attraverso l'applicazione della Carta di Nizza. Secondo tale orientamento, gli interessi delle imprese e dei lavoratori/sindacati dovrebbero essere qualificati in base ai principi contenuti nella Carta (per es. art. 16, libertà d'impresa, e art. 28, diritto di sciopero). Una volta elevati gli interessi in gioco al rango di diritti fondamentali, la Corte potrebbe procedere al loro bilanciamento secondo modalità in tutto coerenti con quelle seguite in casi analoghi dalle corti nazionali. La Carta di Nizza consentirebbe quindi di risolvere a livello sovranazionale i conflitti tra capitale e lavoro, da un lato aiutando l'interprete ad identificare le tradizioni costituzionali comuni agli stati membri e gli standard di giudi-

¹² D. HALBERSTAM, *Constitutional Hierarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in J. DUNOFF, J. TRACHTMAN (a cura di), *Ruling the World? Constitutionalism, International Law and Global Governance*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009), 326.

¹³ Conclusioni AG Mengozzi a *Laval*, cit., paragrafi 83-85.

zio, dall'altro escludendo *in toto* l'applicazione dei principi di regolamentazione del mercato unico. È questa un'impostazione che potrebbe essere definita federalista: in essa si certifica la piena maturazione in senso costituzionale dell'ordinamento dell'UE, si afferma la centralità della Corte di giustizia quale giudice chiamato alla garanzia dei diritti fondamentali e si lascia intendere una progressiva marginalizzazione delle libertà di circolazione. Questo è infatti l'orizzonte teorico ed ideologico a cui si ispirano molti federalisti europei, animati dall'obiettivo di riproporre a livello sovranazionale l'assetto politico, sociale e ideologico a fondamento degli ordinamenti costituzionali statali¹⁴.

Vi sono tuttavia una serie di ragioni che rendono poco plausibile un simile approdo. In primo luogo, l'impostazione federalista si scontra con la lettera dei Trattati. Non va infatti dimenticato che l'incorporazione della Carta di Nizza nel diritto primario dell'UE non è stata accompagnata dall'abrogazione dei principi di regolamentazione del mercato. Come sostenuto dall'AG Mengozzi in *Laval*, i Trattati nel garantire efficacia giuridica alla Carta a fianco delle libertà di circolazione, sembrano piuttosto indicare la via della loro riconciliazione interpretativa. In secondo luogo, si deve osservare che gli attori economici che più spesso richiedono l'applicazione del diritto dell'UE, sono il più delle volte indotti ad invocare a sostegno dei propri interessi proprio i principi di regolamentazione del mercato unico, in ragione probabilmente dei più stringenti standard di giudizio tradizionalmente impiegati dalla Corte di giustizia nella loro applicazione. Si comprende pertanto come l'idea di valorizzare la Carta a discapito delle libertà di circolazione non solo appare scarsamente compatibile con il dovere del giudice di dar fedele applicazione all'insieme delle norme vigenti, ma si pone anche in contraddizione con l'obbligo delle corti di fornire risposte coerenti al *petitum* dei ricorrenti.

Se la via federalista pare scontare criticità difficilmente superabili, si potrebbe essere tentati ad imboccare un diverso percorso imperniato sull'idea della separazione tra ordinamenti statali e ordinamento dell'UE. Ci troviamo qui in presenza di un'impostazione di chiara ispirazione originalista, ossia di un orientamento diretto a ristabilire l'originario equilibrio sussistente tra un ordinamento sovranazionale impegnato nella definizione di strategie di integrazione economica e ordinamenti nazionali dediti alla promozione di politiche sociali¹⁵. In ossequio a questo origina-

¹⁴ J. HABERMAS, *Why Europe needs a constitution*, in *New Left Rev.*, 2001, 5.

¹⁵ F. W. SCHARPF, *The European social model: coping with challenges of diversity*, in *Jour. Comm. Mark. Stud.*, 2002, 645.

rio riparto di competenze, la Corte di giustizia sarebbe tenuta a contenere la vocazione espansiva dei principi di regolamentazione del mercato così da garantire una sorta di immunità delle politiche sociali rispetto alle potenziali ramificazioni dell'integrazione economica¹⁶. La risoluzione dei conflitti capitale/lavoro rimarrebbe pertanto incardinata all'interno degli ordinamenti statali e soggetta ai principi e alle modalità di bilanciamento proprie del costituzionalismo statale. L'ipotesi originalista, pertanto, condivide con l'orientamento federalista tanto la necessità di affrontare i conflitti capitale/lavoro in base ai canoni del costituzionalismo novecentesco quanto l'inopportunità di applicare a questa materia il diritto del mercato unico. Diversamente dai federalisti, però, gli originalisti mantengono un atteggiamento più scettico rispetto alle reali potenzialità della Carta di Nizza e alla possibilità di assicurare a livello sovranazionale forme di tutela dei lavoratori analoghe a quelle riscontrabili a livello statale. Si preferisce così optare per una posizione più difensiva che sul piano tecnico-giuridico si traduce in una serie di argomenti miranti ad escludere l'applicabilità dei principi di regolamentazione del mercato all'esercizio del diritto di sciopero o ad altre forme di esercizio dell'autonomia collettiva¹⁷.

Anche un simile orientamento interpretativo pare però scontrarsi con ostacoli difficilmente superabili. Per ragioni di spazio si può qui solo rinviare alle puntuali confutazioni sviluppate dall'AG Maduro nelle Conclusioni a *Viking* rispetto a tutti gli *escamotages* impiegati in giudizio per escludere l'applicazione dei principi di regolamentazione del mercato. A questo riguardo è possibile invece aggiungere un'osservazione più generale diretta a rilevare come l'idea della separazione tra ordinamenti pare più il frutto di un riflesso nostalgico per un periodo in cui la divisione del lavoro tra Comunità europea e stati membri era più chiara che il risultato di una realistica presa d'atto degli esiti più recenti del processo di integrazione europea. Con questo non si intende certo avvalorare l'idea che i sistemi di protezione sociale ancora saldamente ancorati nelle strutture statali siano destinati inevitabilmente a cedere rispetto all'irresistibile espansione del diritto del mercato unico. Si vuole piuttosto osservare che

¹⁶ Questa posizione è sostenuta da C. JOERGES, F. RÖDL, *Informal politics, formalised law and the 'social deficit' of European integration: reflections after the judgments of the ECJ in Viking and Laval*, in *Eur. Law Jour.*, 2009, 11-13, e da S. DEAKIN, *Regulatory competition after Laval*, in *Cambr. Y. Eur. Leg. Stud.*, 2007-8, 606-607.

¹⁷ Le strategie argomentative proposte dalla dottrina e dalle parti convenute in giudizio si fondano sull'essenzialità stabilita dall'art. 153(5), sull'inapplicabilità dei principi di regolamentazione alla materia sociale o ai diritti fondamentali, sull'esclusione dell'effetto orizzontale dei principi di regolamentazione del trattato, sul precedente *Albany* quale manifestazione dell'indirizzo della Corte di non interferire con sistemi di protezione sociale.

questo fenomeno di espansione può già annoverare a suo vantaggio profonde incursioni in quelli che si vorrebbero ambiti riservati agli stati membri, che queste incursioni non sempre sono il risultato di forzature interpretative e che non è nemmeno detto che tale espansione vada necessariamente a detrimento dei diritti dei lavoratori o, più in generale, dei diritti fondamentali. È per quest'ultima ragione che, piuttosto che investire energie intellettuali in improbabili appelli alla ridefinizione dell'ambito applicativo dei principi di regolamentazione del mercato motivati dalla difesa dello stato sociale, sembra più promettente sperimentare la possibilità di puntuali sinergie tra costituzionalismo statale e diritto del mercato unico in modo da approfittare, laddove possibile, dell'apporto di entrambi e del loro reciproco rapporto dialettico¹⁸.

Si può a questo punto introdurre una terza impostazione teorica, che è poi quella applicata dalla Corte di giustizia in *Viking* e *Laval*, a suo tempo denominata da Joseph Weiler *policy absorption*¹⁹. Questa consiste nell'applicazione dei principi di regolamentazione del mercato unico a segmenti di politiche sociali o manifestazioni di autonomia collettiva, con contestuale sussunzione di queste all'interno delle strategie di integrazione economica²⁰. Siamo quindi in presenza di quel fenomeno di riconfigurazione del conflitto tra capitale e lavoro effettuato in virtù delle categorie giuridiche e dell'impianto ideologico del diritto del mercato unico. Quali possono essere le ragioni a sostegno di una simile impostazione teorica?

Va in primo luogo rilevato che la *policy absorption* è l'impostazione più coerente con i precedenti della Corte di giustizia e con l'attuale tenore letterale dei Trattati. All'interno di questo impianto è infatti possibile tanto garantire l'applicazione delle libertà di circolazione quanto valorizzare in sede di giudizio di proporzionalità i diritti fondamentali previsti dalle costituzioni statali o dalla Carta di Nizza²¹.

Non sono però solo le pur importanti ragioni relative alla fedeltà ai precedenti e al testo dei Trattati a consigliare l'adozione di un simile

¹⁸ Il tema è approfondito in M. DANI, *Intersectional litigation and the structuring of a European interpretive community*, in *Inter. Jour. Const. Law*, 2011, 9, 714.

¹⁹ J.H.H. WEILER, *The Constitution of Europe*, Cambridge, Cambridge University Press, 1999, 47-50.

²⁰ Per una difesa di questa impostazione nei casi *Viking* e *Laval*, cfr. L. AZOULAI, *The Court of Justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization*, in *Comm. Mark. Law Rev.*, 2008, 1342-1343. Valutazioni più critiche emergono in F.W. SCHARPF, *Legitimacy in the Multi-Level European Polity*, in P. DOBNER, M. LOUGHLIN (a cura di), *The Twilight of Constitutionalism?*, Oxford, Oxford University Press, 2010, 89.

²¹ Per una recente applicazione, si veda Causa C-208/09, *Ilonka Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptman von Wien*, 22 dicembre 2010, non ancora pubblicata.

orientamento. Ben più profonde giustificazioni di ordine teorico possono indurre a preferire la *policy absorption* alle ipotesi federalista e originalista. Si pensi ad esempio alla possibilità inerente a questa impostazione di verificare la genuinità nonché la proporzionalità del perseguimento di obiettivi di politica economica e sociale da parte di misure decise nei circuiti della democrazia rappresentativa, spesso passate indenni anche ai controlli di legittimità costituzionale da parte delle corti statali. Ma si pensi anche alla possibilità di sottoporre al medesimo vaglio manifestazioni dell'autonomia collettiva o l'esercizio del diritto di sciopero ad esse prodromico. Si obietterà, quali sono le ragioni sostanziali che giustificano questa ulteriore verifica di legittimità? Per quali motivi non sono sufficienti i limiti e la disciplina previste dal diritto statale? Quali obiettivi si intendono conseguire andando ad interferire con le tradizionali dinamiche del costituzionalismo statale?

Nel rispondere a tali quesiti viene in soccorso la ricostruzione storica del moderno conflitto sociale proposta venti e più anni or sono da Ralf Dahrendorf. Dopo aver descritto gli assetti costituzionali socialdemocratici affermatasi in Europa nel secondo dopoguerra e aver evidenziato la loro capacità di istituzionalizzare l'antagonismo sociale²², Dahrendorf notava come l'entrata a regime dello stato sociale avesse progressivamente determinato la creazione di veri e propri cartelli dei produttori. Il consolidamento di tali prassi, oltre a disinnescare almeno in parte il potenziale dinamico connesso ai conflitti sociali, veniva visto come l'origine di fenomeni di burocratizzazione e di degenerazione dello stato sociale che avrebbero avuto nello sproporzionato incremento del debito pubblico e nell'irrigidimento del mercato del lavoro le loro tristemente note conseguenze²³. È in relazione a questi fenomeni che si iniziano ad intravedere nuove forme di esclusione, quali ad esempio la mancata rappresentanza degli appartenenti alle future generazioni o dei cittadini stranieri, soggetti che strutturalmente rimangono marginalizzati nella definizione di politiche pubbliche nei tradizionali circuiti democratici o nelle strutture corporative. Sono allora gli interessi di queste categorie sociali che possono trovare nella propensione civilizzatrice dei principi di regolamentazione del mercato unico, più che nei cataloghi di diritti fondamentali, una qualche forma di garanzia. Da più parti si è infatti rilevato come sia il compito specifico di quelle norme quello di compensare la strutturale esclusione degli *outsiders*²⁴ o, se si vuole, di contrastare

²² R. DAHRENDORF, *op. cit.*, 108.

²³ *Ibidem*, 110-111.

²⁴ M. POIARES MADURO, *We, the Court*, Oxford Portland-Oregon, Hart Publishing, 1999, 166-168.

il verificarsi di *naked preferences*, ossia di quelle scelte politiche che sono più il frutto di imposizioni o fenomeni di cattura del regolatore che di genuine manifestazioni di democrazia o dell'autonomia collettiva²⁵.

4. Appurate a livello teorico le potenzialità intrinseche dell'impostazione della *policy absorption*, sorge a questo punto il non trascurabile problema di comprendere se una misura *prima facie* in contrasto con i principi di regolamentazione del mercato debba essere salvaguardata quale genuina manifestazione dei diritti fondamentali o giustifichi piuttosto una qualche forma di intervento da parte della Corte di giustizia diretto a smussarne i tratti più escludenti. È questa una questione che meriterebbe uno specifico approfondimento poiché non sfugge a chi scrive che ciò che agli uni può apparire legittimo esercizio di un diritto che giustifica l'applicazione di una deroga alla libera circolazione, agli altri può sembrare né più né meno che una insopportabile prevaricazione meritevole di censura. Questo del resto è quanto si è verificato in *Viking* e *Laval*, casi in cui è difficile negare un conflitto tra gli interessi dei lavoratori situati in Europa occidentale e lavoratori impiegati da imprese stabilite nei nuovi stati membri. Conflitto però che solo in parte è da imputare ai principi di regolamentazione del mercato, quanto piuttosto all'esistenza di divaricazioni retributive tali da amplificare in maniera preoccupante le conseguenze distributive della libertà di circolazione. Nel ribadire, quindi, la praticabilità dell'impostazione della *policy absorption* per la gestione dei conflitti tra capitale e lavoro che si articolano in una dimensione sovranazionale, occorre al contempo evidenziare tanto le potenzialità quanto i rischi connessi all'applicazione del principio di proporzionalità connesso alle libertà di circolazione. Si può infatti osservare che se l'impostazione seguita dalla Corte di giustizia in *Viking* e *Laval* è non solo plausibile ma anche persuasiva, il test di proporzionalità applicato costringe invece l'esercizio del diritto di sciopero in spazi angusti che mal si conciliano con la più equilibrata soluzione adottata, ad esempio, nel precedente *Schmidberger*.

Questo non toglie che il principio di proporzionalità, per quanto in una versione più deferente, possa trovare applicazione per contrastare specifiche modalità di esercizio del diritto di sciopero o dell'autonomia collettiva. Si pensi, ad esempio, all'applicazione alle imprese straniere e ai lavoratori distaccati di quelle clausole dei contratti collettivi che altro

²⁵ La nozione di *naked preferences* è definita da C. SUNSTEIN, *The Partial Constitution*, Cambridge Massachusetts, Harvard University Press, 1993, 25, in questi termini: «... the distribution of resources or opportunities to one group rather than another solely on the ground that those favored have exercised the raw political power to obtain what they want».

non fanno che duplicare oneri previdenziali equivalenti ad altri già sostenuti nello stato di origine²⁶. O ad azioni collettive dal chiaro tenore xenofobo quali quelle verificatesi qualche anno fa nel Regno Unito all'insegna dello slogan «British jobs for British workers»²⁷. È chiaro come in entrambi i casi il costituzionalismo statale faticò ad arginare misure e condotte che poco hanno a che vedere con il genuino esercizio dei diritti sociali. Non pare perciò che l'autonomia collettiva o i diritti sociali siano meritevoli di un'indiscriminata deferenza o immunità. Sembra piuttosto che via siano in concreto circostanze in cui la garanzia dei diritti dei lavoratori abbia solo da guadagnare dalla prudente applicazione dei principi di regolamentazione del mercato unico europeo.

²⁶ Puntuali a riguardo le Conclusioni dell'AG Mengozzi, paragrafi 285-307.

²⁷ EUobserver, *The EU defends free movement of labouring face of UK workers protests*, 21.5.2009, «<http://euobserver.com/851/28168>» (consultato il 22 dicembre 2011).

PIETRO FARAGUNA

VIKING-LAVAL-RÜFFERT UN MOSAICO DI CONFLITTI DI DIFFICILE (RI)COMPOSIZIONE

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Diritti sociali vs. libertà economiche. – 3. Conflitto tra conflitti: a chi spetta l'ultima parola? – 4. La pronuncia del *BVerfG* del 1006. – 5. Le valvole di sfogo per scongiurare una catastrofe costituzionale.

1. *Introduzione*

La giurisprudenza *Viking*¹-*Laval*²-*Rüffert*³ è stata oggetto di grande attenzione, non solo da parte della dottrina, bensì anche dei media, probabilmente per essere riuscita a concretizzare ed esemplificare fulgidamente alcuni caratteristici timori della più recente fase del percorso costituzionale europeo. Si potrebbe dire che, già a partire dall'allargamento a est del 2004, c'è uno spettro che si aggira per l'Europa⁴: tale spettro che – umanizzato – ha assunto le vesti dell'idraulico polacco, si posa sul timore che dall'allargamento dell'Unione possano derivare per gli Stati dell'Europa a 15 più svantaggi che vantaggi. Il timore, già ben presente nelle fasi pre-allargamento 2004, è stato⁵ ben suddiviso in tre versanti: quello di una migrazione di massa da est verso ovest, alla ricerca di sistemi di *welfare* più solidi; il timore, poi, di un'invasione e di un danneggiamento del mercato del lavoro dei paesi dell'Europa a 15; e, infine, il timore che la differenza tra le condizioni dei mercati del lavoro dell'Europa centro-orientale e quelli dell'Europa occidentale potessero condurre a indesiderati effetti di *dumping* sociale.

¹ ECJ, Case C-438/05, *Viking* [2007] ECR I-10779-10840.

² ECJ, Case C-341/05, *Laval* [2007] ECR I-11767-11894.

³ ECJ, Case C-346/06, *Rüffert* [2008] ECR I-1989.

⁴ L'espressione è di M. DOUGAN, *A spectre is Haunting Europe... Free movement of Persons and the Eastern Enlargement*, in C. HILLION (ed.), *Eu Enlargement: A Legal Approach*, Oxford/Portland, 2004, 111-142.

⁵ M. DOUGAN, *A spectre is Haunting Europe*, op. cit.; U. BELAVUSAU, *The Case of Laval in the Context of the Post-Enlargement EC Law Development*, in *German Law Journal*, Vol. 9, No. 12, 2008, 2279 ss.; N. REICH, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union - the Laval and Viking Cases before the ECJ*, in *German Law Journal*, Vol. 9, No. 2, 2008, 125 ss.

L'obiettivo di questo breve contributo sarà, dapprima, quello di astrarre l'analisi di alcuni aspetti di tale giurisprudenza da più o meno fondati timori o da altre interferenze di natura emotiva. A tal fine si cercherà di scomporre il grossolano conflitto tra Est e Ovest dell'Europa in un mosaico di conflitti più complesso; quindi si trarrà spunto da un conflitto particolarmente acro che, in riferimento alla giurisprudenza di cui si occupa questo volume, è emersa nell'ordinamento giuridico della Repubblica Federale di Germania; infine si cercherà di ricomporre questo mosaico, avendo cura di proiettarlo in un orizzonte futuro, per capire in quale misura i timori e le interferenze emotive che hanno circondato e continuano a circondare tanto l'allargamento all'Europa centro-orientale, quanto la giurisprudenza della Corte possano continuare ad alimentarsi in un'ottica di medio periodo.

2. *Diritti sociali vs. libertà economiche*

Prima ancora che il conflitto tra ragioni dell'Europa a 15 e ragioni dell'Europa allargata, la giurisprudenza qui presa in considerazione evoca il classico conflitto fra diritti sociali e libertà economiche.

Tale conflitto, non certo inedito nell'esperienza costituzionale europea e occidentale dal secondo dopoguerra ad oggi, è già da diversi anni oggetto di studio degli osservatori più attenti della costruzione dell'ordinamento europeo.

Si è infatti negli ultimi decenni progressivamente rimarcato come la formula vincente del metodo funzionalista fosse consistita nei primi decenni dell'esperienza comunitaria proprio nell'operare una scissione tra «costituzione economica» e «costituzione sociale»⁶. La prima veniva progressivamente trasferita a livello sovranazionale, a beneficio di un'economia di mercato sempre più forte; la seconda doveva invece saldamente rimanere in capo agli Stati membri.

Il punto forte di questa scissione era senz'altro quello di stemperare la questione democratica del processo di integrazione europea, mantenendo in capo agli Stati la sovranità sul settore più delicato di esercizio dei pubblici poteri. Il punto più debole, invece, era prettamente strutturale: distinguere la «costituzione economica» dalla «costituzione sociale» è operazione che riesce piuttosto bene sulla carta, eppure nella concreta vita degli ordinamenti la rigida distinzione mostra tutta la sua illusorietà. La recente fase di crisi economica mostra con crudezza quanto l'esigenza

⁶ F. SCHARPF, *The European Social Model: Coping with the Challenges of Diversity*, in *Journal of Common Market Studies*, 40, 2002, 645 ss.

di allinearsi ad una certa «costituzione economica» possa costare in termini di corrispettiva riduzione degli standard prima garantiti sul terreno della «costituzione sociale».

In occasione dell'allargamento, i contorni di questo (classico) conflitto costituzionale si sono peraltro sfumati, complicandone – se possibile – ancor di più i fondamenti concettuali. Il conflitto non è più (soltanto) il classico conflitto fra ragioni delle libertà economiche, e ragioni dell'utilità sociale (conflitto già espressamente sancito dall'art. 41 Cost. italiana): a fronte di sistemi di *welfare* sociale fortemente disomogenei, è emerso anche un multiforme conflitto longitudinale in Europa. Garantire il diritto di delocalizzare un'impresa in uno Stato membro con costi di gestione dell'impresa più bassi, e – parimenti – garantire a un'impresa proveniente da tali Stati membri di prestare i suoi servizi a basso costo in economie più ricche, non sono questi esattamente gli obiettivi di un mercato unico⁷? Certamente tale dinamica impone dei sacrifici ai lavoratori e alle imprese localizzati negli Stati membri ove il sistema di *welfare* più elevato imponga costi più alti, eppure, dall'altra parte, offre opportunità al mercato (e dunque alle imprese e ai lavoratori) degli Stati membri ove viga un sistema di *welfare* meno avanzato. Ciò non dovrebbe condurre a uno sviluppo solidale del mercato unico, con un progressivo riallineamento e un'omogeneizzazione dei sistemi di *welfare*?

Attraverso quesiti che non fanno altro che sollevare dubbi, si può se non altro cercare di dimostrare che la questione è ben più complessa di quanto possa a primo acchito sembrare. Sarebbe bello poter risolvere sempre il conflitto a favore delle soluzioni che garantiscono elevati standard di tutela sociale, salari minimi alti, orari lavorativi bassi, e granitiche tutele sindacali. Eppure, nel caso dell'interazione di sistemi economici diversi all'interno di un medesimo mercato unico, ciò può equivalere a una scelta fortemente conservativa, che comporta il mantenimento di accentuate diseguaglianze e arretratezze sociali oggi esistenti.

Il macro-conflitto tra ragioni dello Stato sociale e ragioni delle libertà economiche non è peraltro risolvibile una volta per tutte, ed è destinato ad affidarsi alle categorie del bilanciamento. Su questo terreno, non esistono né soluzioni risolutive, ovvero non esistono soluzioni che compongano il conflitto facendo prevalere del tutto le ragioni di un termine del bilanciamento, e facendo del tutto soccombere le ragioni dell'altro termine. Così, l'unico modo onesto per approcciarsi al macro-con-

⁷ Si veda, in questo senso, l'analisi di C. JOERGES, *Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, a Re-conceptualisation and Recent True Conflicts*, in *EUI Working Papers Law*, 2007/25, 21.

flitto, prima di scomporlo nelle sue molteplici componenti (micro-conflitti), è arrendersi al dato che qualunque esito che si voglia ricercare deve essere capace di salvare parte delle ragioni dello Stato sociale e parte delle ragioni delle libertà economiche.

3. *Conflitto tra conflitti: a chi spetta l'ultima parola?*

Il conflitto tra ragioni dello Stato sociale e delle libertà economiche ha mostrato un risvolto procedurale interessante nelle vicende *Viking*, *Laval* e *Rüffert*. Tra i tre casi, invero piuttosto diversi tra loro⁸, e sulla cui descrizione per brevità è utile rimandare agli altri contributi di questo volume, quello che riesce meglio a mostrare questo risvolto procedurale è il caso più recente, *Rüffert*. Alla base della pronuncia della Corte vi era infatti un istituto di diritto tedesco, le c.d. *Tariftreuerklärungen*, attraverso le quali un'impresa dichiara che si atterrà agli accordi collettivi vigenti nel mercato locale ove è tenuta ad eseguire un contratto in seguito all'aggiudicazione di un appalto pubblico. L'impegno ad aderire alle condizioni dei contratti collettivi applicabili – esteso anche ai rapporti di lavoro tra imprese subappaltanti e i suoi lavoratori – veniva posto dalla legge del Niedersachsen quale requisito per partecipare a gare d'appalto bandite da Enti pubblici: in tal modo si tentava di stemperare il ricorso al criterio del massimo ribasso – suscettibile di giocare a scapito della tutela dei lavoratori – in ottemperanza al principio del bando di gara.

La Corte di giustizia, con la pronuncia *Rüffert*, dichiarerà le *Tariftreuerklärungen* in contrasto con il diritto dell'Unione, adottando una decisione per certi versi sorprendente (l'opinione dell'AG conduceva, ad esempio, all'esito opposto). La reazione alla pronuncia della Corte di giustizia in Germania fu molto dura, sia in ambienti politici che nel dibattito scientifico⁹. Poco tempo dopo la decisione, il ministro del lavoro e degli

⁸ Ci si soffermerà sul caso *Rüffert* anche in relazione al fatto che è l'unico nel quale emergeva un conflitto specifico con il diritto tedesco, sebbene anche i casi *Viking* e *Laval* avessero un impatto significativo su quell'ordinamento giuridico: vedi A. BÜCKER, *Germany. The decisions of the European Court of Justice in the Viking, Laval and Rüffert cases from a German legal perspective*, in A. BÜCKER - W. WARNECK, *Viking - Laval - Rüffert: Consequences and policy perspectives*, Brussels, 2010, 29 ss.

⁹ Le pronunce della Corte hanno trovato alcune voci di sostegno, volte a valorizzare il riconoscimento operato dalla Corte del diritto di sciopero e di porre in essere azioni collettive. Ma la predominante reazione della dottrina tedesca è stata aspramente critica: *ex multis*, F. BAYREUTHER, *Das Verhältnis zwischen dem nationalen Streikrecht und der Eu-Wirtschaftsrechtsprechung*, in *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht, EuZA*, 2008, 395 ss.; T. BLANKE, *Die Entscheidungen des EuGH in den Fällen Viking, Laval und Rüffert - Domestizierung des*

affari sociali, in seno ad una conferenza organizzata dal ministero come reazione alle pronunce *Laval*, *Viking* e *Rüffert* (circostanza già di per sé anomala), dichiarava che attraverso la strada intrapresa l'Europa rischiava di mettere seriamente in dubbio la sua legittimazione politica e sociale¹⁰.

Lo scalpore suscitato dalla pronuncia *Rüffert* in Germania è comprensibile soltanto se si tiene conto del travagliato *iter* attraverso il quale le *Tariftreuerklärungen* hanno trovato la loro genesi normativa. A partire dalla fine degli anni '90 è infatti cominciata in Germania una faticosa negoziazione politica su tali «dichiarazioni di attenersi ai contratti collettivi»¹¹. Questa strada prendeva infatti le mosse dalla progressiva crisi del sistema di contrattazione collettiva precedente: nella tradizione tedesca, i contratti collettivi si applicavano soltanto laddove le due parti del contratto individuale fossero aderenti alle rispettive associazioni di categoria che avevano concluso l'accordo collettivo, ma – nella pratica delle relazioni industriali – finivano ciononostante per fissare *standard* generali, poiché la maggior parte dei soggetti datoriali applicava le condizioni previste dai contratti collettivi a tutti i lavoratori, anche se non iscritti al sindacato di riferimento, al fine di evitare di agevolare l'adesione sindacale, se non addirittura una più attiva attività sindacale presso le loro imprese. In tal modo i contratti collettivi, pur essendo *ex lege* privi di un'efficacia *erga omnes*, ne diventavano dotati *de facto*.

Tale sistema di regolazione delle relazioni industriali presupponeva l'esistenza di un sistema sindacale forte che, a partire dalla caduta del muro di Berlino, cominciava invece a vedere un progressivo declino. L'alternativa, disponibile nel sistema giuridico tedesco, era quella di conferire efficacia *erga omnes* agli accordi collettivi, ma ciò necessitava del consenso di un comitato paritario di associazioni sindacali e datoriali. Ciò che accadde di rado, per il mancato consenso delle associazioni dei datori di lavoro. Questo quadro, delineato per sommi capi, portò alla ricerca di alternative, che pian piano si assestarono nel senso di ricorrere

Streitsrechts und europaweite Nivellierung der industriellen Beziehungen, in J. SCHUBERT (ed.), *Sozialer Dialog in der Krise - Social dialogue in crisis?*, Baden-Baden, 2009, 131 ss.; H. WILMANN, *Zwischenruf: Viking und Laval: Grundfreiheiten über alles?*, in *Arbeit und Recht* 2009, 57 (5), 149 ss.

¹⁰ Le esternazioni furono pronunciate dal Ministro alla Conferenza «*Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshof auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten*» tenutasi a Berlino il 26 giugno 2008, e sono riportate da F. RÖDL, *The ECJ's Rüffert-Judgment: A case for «Undistorted» wage competition*, in *Harvard European Law Working Paper No. 1/2009*.

¹¹ Th. SCHULTEN - M. PAWICKI, *Tariftreue Regelungen in Deutschland - Ein aktueller Überblick*, in *WSI-Mitteilungen*, 2008, 186 ss.

alle *Tariftreuerklärungen*. Le dichiarazioni di attenersi ai contratti collettivi applicabili furono prima (1998) estese al solo settore edile, e successivamente (2007 e 2008) ad alcuni altri settori. Un tentativo di adottare una legge federale sulle *Tariftreuerklärungen* in tutti gli appalti pubblici venne introdotto in Parlamento nel 2002, ma – a causa del mutamento della maggioranza politica al *Bundestag* – non ebbe esiti.

Ciononostante simili tentativi ebbero successo a livello di alcuni *Länder* (Berlino, Baviera, Niedersachsen, Amburgo, Assia, Brema, Schleswig-Holstein). Tale epifania normativa, seppure territorialmente frammentata, assume un significato notevole ai fini del discorso che qui si sta conducendo: la legge del *Land* Berlino venne infatti portata all'attenzione del *Bundesverfassungsgericht*¹² che, così, nel luglio 2006 ebbe l'occasione di pronunciarsi su un complesso normativo del tutto analogo a quello che era alla base della successiva pronuncia *Rüffert* della Corte di giustizia.

4. *La pronuncia del BVerfG nel 2006*

La pronuncia del *BVerfG* sulle *Tariftreuerklärungen* berlinesi è degna di nota perché l'esito della valutazione di compatibilità costituzionale di quelle norme fu opposto rispetto all'esito del sindacato di compatibilità con il diritto dell'Unione successivamente operato dalla Corte di giustizia nel caso *Rüffert*.

I parametri del giudizio del Tribunale di Karlsruhe implicavano allo stesso modo un bilanciamento tra le ragioni della libertà di impresa e quelle dei diritti sociali e del perseguimento dell'interesse pubblico. Il Tribunale federale, in breve, ritenne che le *Tariftreuerklärungen* perseguivano finalità sociali che giustificavano una restrizione alla libertà di iniziativa economica.

Conclusioni sostanzialmente contrarie a quelle a cui poco più tardi giunse la Corte di giustizia nel caso *Rüffert*, ove le ragioni delle libertà economiche vennero considerate prevalenti rispetto all'esigenza di tutela dei diritti sociali.

In altre parole, laddove le *Tariftreuerklärungen* berlinesi non violavano – a detta del *BVerfG* – la Costituzione tedesca, gli analoghi strumenti normativi del Niedersachsen violavano invece – a detta della Corte di giustizia – il diritto dell'Unione.

¹² BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, *Beschluss vom 11. Juli 2006 - BvL 4/00*, in *BVerfGE*, Band 116, 202.

Non è certo un caso inedito, né di per sé un dato drammatico, che la stessa normativa venga valutata da una Corte statale compatibile rispetto al parametro costituzionale, e quasi contemporaneamente venga valutata non compatibile dalla Corte di giustizia con il diritto dell'Unione¹³.

Le due tipologie di giudizio si svolgono infatti in sedi separate, sulla base di presupposti e parametri differenti, e perciò non è affatto strano che gli esiti siano difformi. Ciò che però induce, in questo caso, a qualche ulteriore riflessione è che la materia del contendere si colloca sul guado di quella che lo stesso *Bundesverfassungsgerichtshof* ha identificato come parte dell'identità costituzionale della Repubblica federale tedesca.

In alcune recenti sentenze¹⁴ il Tribunale federale aveva infatti perentoriamente affermato che il processo di integrazione europea non avrebbe potuto in alcun modo svuotare il Parlamento tedesco di un margine di manovra decisivo in una serie di materie, tra le quali faceva rientrare la determinazione degli *standard* di tutela dello Stato sociale. Ciò sarebbe imposto dalla necessità di rispettare il principio democratico che, esplicandosi attraverso le garanzie del diritto di voto del singolo elettore tedesco, sarebbe vanificato laddove i parlamentari eletti dai cittadini tedeschi si ritrovassero ad esercitare il loro mandato in seno a un organo il cui margine decisionale su materie fondamentali per la vita dei cittadini fosse sostanzialmente assente.

Inserito in questo quadro, il conflitto che emerge sullo sfondo del caso *Rüffert* può adombrare orizzonti piuttosto foschi: la pronuncia con cui la Corte di giustizia censura le *Tariftreuerklärungen* vanifica un travagliato *iter* legislativo in materia di regolazione delle relazioni industriali, che assumeva – proprio in quanto faticoso e travagliato – un significato

¹³ È interessante riportare anche un caso costituzionale sulle *Tariftreuerklärungen*, successivo alla pronuncia *Rüffert* della Corte di giustizia, emerso ancora nell'ordinamento giuridico di un *Land* tedesco. Il caso riguardava una normativa di diritto bavarese, del tutto simile a quella del Niedersachsen di cui al caso *Rüffert*: il Tribunale costituzionale bavarese (BAYERISCHE VERFASSUNGSGERICHTSHOF, Entscheidung v. 20.6.2008, Az. Vf. 14-VII-00, NJW-RR 2008, 1403 ss.) si pronunciò sulla normativa sancendo la compatibilità con la Costituzione bavarese. Nel prendere atto della pronuncia *Rüffert* della Corte di Lussemburgo, il Tribunale costituzionale affermò espressamente che le norme sulle c.d. «dichiarazioni» rimanevano valide, e non andavano applicate soltanto laddove fosse applicabile il diritto dell'Unione Europea.

¹⁴ Il riferimento all'identità costituzionale, come limite ultimo alla trasferibilità di sovranità, al cui presidio si (auto)elegge il *BVerfG*, è per la prima volta resa esplicita nella sentenza sul Trattato di Lisbona (*BVerfG*, 30 giugno 2009, 2 BvE 2/2008), e viene poi richiamata nella sentenza sugli aiuti di Stato alla Grecia (*BVerfG*, 7 settembre 2011, 2 BvR 987/10). Il tema echeggiava, invero, già nella più risalente (e almeno altrettanto nota) sentenza Maastricht (*BVerfG*, 12 ottobre 1993, BVerfGE 89, 155).

particolarmente pregnante in termini di legittimazione democratica. E l'intervento censorio giunto da Lussemburgo è ancora più delicato, innestandosi su una giurisprudenza costituzionale interna che aveva invece valutato gli stessi strumenti compatibili con la Legge Fondamentale tedesca.

Una lettura critica della giurisprudenza europea è possibile, senza esercitare esagerati sforzi di pessimismo, anche in relazione alla giurisprudenza *Viking* e *Laval*, laddove questa incide direttamente sull'esercizio del diritto di sciopero che, nell'ordinamento costituzionale tedesco (non diversamente da molti ordinamenti costituzionali degli Stati membri), è espressamente tutelato dall'art. 9 GG, e che perciò è suscettibile di evocare lo spettro della giurisprudenza *Solange II*¹⁵ del *BVerfG* con la quale, ormai più di vent'anni fa, si sospendeva il sindacato costituzionale delle norme di diritto dell'Unione, ma soltanto *finché* lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali garantito a livello sovranazionale fosse analogo a quello garantito dal *Grundgesetz*¹⁶.

5. *Le valvole di sfogo per scongiurare una catastrofe costituzionale*

Non è detto però che tale lettura pessimista della recente evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia sia l'unica possibile, soprattutto riguardo agli esiti cui potrebbe condurre nel prossimo futuro.

L'ordinamento europeo, nonché quelli costituzionali degli Stati membri, dispongono infatti di diverse valvole di sfogo per poter scongiurare di giungere a un conflitto che tiri in ballo l'identità costituzionale, nonché il diritto a dire l'ultima parola sui principi supremi dell'ordinamento.

Prima di arrivare ad adombrare una catastrofe costituzionale, sembra preferibile analizzare le vie d'uscita, che – anche in riferimento al versante specifico di cui alla giurisprudenza *Viking*, *Laval* e *Rüffert* – non mancano.

Prendendo, per brevità, a spunto la vicenda *Rüffert* – particolarmente eloquente per le quasi contemporanee pronunce di *BVerfG* e Corte di giustizia – una prima via d'uscita potrebbe essere offerta dalla riconsiderazione di alcune argomentazioni della Corte di Lussemburgo

¹⁵ BUNDESVERFASSUNGSGERICHT, Beschluss vom 22. Oktober 1986, Az: 2 BvR 197/83, BVerfGE 73, 339-388,

¹⁶ Nel senso di evocare il pericolo di far riemergere dalle ceneri *Solange II*, si veda A. BÜCKER, *Germany. The decisions of the European Court of Justice in the Viking, Laval and Rüffert cases*, op. cit., 33.

sul parametro europeo applicabile. Infatti la pronuncia della Corte di giustizia si fondava sull'assunto per cui l'applicabilità delle *Tariftreuerklärungen* sarebbe incompatibile con il diritto dell'Unione in quanto esse sarebbero applicabili al solo settore pubblico, configurando una discriminazione con il settore privato. Va però ricordato che una tale asimmetria, in altri segmenti della giurisprudenza della Corte di giustizia, venne ritenuta non discriminatoria¹⁷.

Inoltre è possibile auspicare un ripensamento di quella lettura della direttiva sui lavoratori distaccati come misura di armonizzazione minima e non come misura di armonizzazione massima. Lo stesso testo della direttiva sembra offrire conforto in questa direzione, ammettendo che gli Stati membri adottino una legislazione che introduce misure di tutela superiori rispetto a quelle indicate dalla direttiva. E tra queste misure potrebbero certamente considerarsi le *Tariftreuerklärungen*.

Inoltre, con riferimento al più vasto ambito della giurisprudenza europea in materia di bilanciamento tra ragioni delle libertà economiche e ragioni della tutela dei diritti sociali, un'importante valvola di sfogo può essere oggi rappresentata da una valorizzazione di «nuovi» parametri, come l'art. 28 della Carta dei diritti e l'art. 11 della CEDU¹⁸. La valorizzazione di tali parametri, anche alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, troverebbe peraltro sostegno nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, laddove – in precedenti casi – aveva dato prova di poter operare bilanciamenti di tenore ben diverso¹⁹.

Anche dal punto di vista della gestione procedimentale del conflitto si poteva (e si può, in futuro) fare molto di più, con gli strumenti già disponibili nell'ordinamento comunitario: in tal senso sembrava volgere il c.d. Rapporto Monti²⁰ che, prima dell'insorgere di un tale conflitto, prevedeva – in ossequio al principio di leale collaborazione – un procedi-

¹⁷ Ci si riferisce, ad esempio, al caso *Mazzoleni* (ECJ, Case C-165/98, *Mazzoleni*, [2001] ECR I-2189). Su questa asimmetria si veda F. RÖDL, *The ECJ's Rüffert-Judgment: A case for «Undistorted» wage competition*, op. cit., 10.

¹⁸ Già in riferimento alla sentenza *Laval* si era osservato come una maggiore valorizzazione dei nuovi parametri avrebbe potuto agevolare la ricerca di diverse soluzioni: così R. ZAHN - B. DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 131, 3, 2011, 443.

¹⁹ Si pensi ai casi *Schmidberger* e *Omega*, spesso citati come argomento per una diversa composizione dei conflitti tra libertà economiche e diritti fondamentali. Vedi, *ex multis*, T. BLANKE, *Die Entscheidungen des EuGH*, op. cit.

²⁰ Il c.d. Rapporto Monti, «*A new strategy for the single market*», è stato presentato il 9 maggio 2010, ed è reperibile presso www.ec.europa.eu/depa/pdf/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf. Si veda in particolare, 68 ss.

mento di informativa della parti coinvolte e l'esercizio di una funzione conciliativa da parte dello Stato membro interessato.

E sul piano più strettamente giurisdizionale della gestione procedimentale del conflitto, è da auspicarsi anche un ricorso più coraggioso del rinvio pregiudiziale, anche in una consapevolezza critica per cui la Corte di giustizia non ha sempre ragione²¹. Un esercizio maggiormente critico del rinvio pregiudiziale, tanto di interpretazione quanto di validità, sarebbe auspicabile sia da parte delle Corti «periferiche», chiamate, ad esempio, ad applicare la tutela risarcitoria contro le organizzazioni sindacali per la violazione del diritto dell'Unione tramite l'esercizio di azioni collettive²²; sia da parte delle Corti costituzionali che avrebbero la sufficiente autorità per dar voce alle perplessità più radicali, espresse in termini di tutela dell'identità costituzionale. A questo punto ci si potrebbe attendere che il bilanciamento operato dalla Corte di giustizia, laddove fosse direttamente sollecitato dalle Corti costituzionali degli Stati membri, finirebbe per essere meno "disinvolto".

Infine, direttamente a livello sopranazionale, non si può non rilevare la necessità di trovare la via per superare una micidiale *impasse*: il diritto dell'UE finisce infatti per avere, seppure indirettamente, un forte impatto sulla retribuzione dei lavoratori, il diritto di sciopero e di serrata, il diritto di associazione, pur essendo queste materie espressamente escluse dalle competenze dell'UE in forza dell'art. 153.5 TFUE²³. Ciò è determinato dall'impossibilità materiale di separare nettamente la c.d. «costituzione economica» dalla «costituzione sociale»: eppure la scelta di continuare a mantenere a livello dei trattati fondativi dell'Unione questa divisione di facciata, illusoriamente rassicurante in termini di «sovranità sociale» per gli Stati membri, conduce al rischio di sottrarre tanto all'Unione, quanto *de facto* agli Stati membri la possibilità di intervenire a tutela della «costituzione sociale».

²¹ R. ZAHN - B. DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione europea*, op. cit., 444.

²² Nel senso di auspicare un esercizio più critico del rinvio pregiudiziale da parte delle Corti periferiche, si veda S. SCIARRA, *Il diritto di sciopero nel dialogo fra corti. Casi nazionali a confronto dopo Laval*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 131, 3, 2011, 443, 366.

²³ In questo senso si vedano le considerazioni di R. ZAHN - B. DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione europea*, op. cit., 442-443, che osservano, in relazione alla giurisprudenza *Laval*, che il fatto per cui tale impatto «indiretto» abbia fonte nelle sentenze della Corte di giustizia, «in un campo in cui il legislatore europeo non è autorizzato ad agire», sembra problematico anche per altre ragioni rispetto a quelle citate nel testo.

STEFANO GUADAGNO

CONSEGUENZE NAZIONALI DELLE SENTENZE CGE
E SVILUPPI NELL'AMBITO DEL CONFLITTO INDUSTRIALE
NELL'UNIONE EUROPEA

Nel processo di integrazione europea il perseguimento dei principali obiettivi relativi alla creazione del mercato interno e la conseguente espansione (in termini geografici e giuridici) dello spazio di manovra degli operatori economici hanno spesso imposto alle istituzioni europee di riconciliare bisogni e pretese divergenti; in particolare, la garanzia del rispetto delle libertà economiche fondamentali previste dai Trattati si è non di rado scontrata con le esigenze di promozione dei diritti sociali, oggetto dal loro canto di una sensibile evoluzione dall'adozione dell'Atto Unico Europeo sino all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Le soluzioni adottate dalla CGE nel quartetto di sentenze Viking, Laval, Ruffert e Lussemburgo¹ riguardo al bilanciamento della promozione del mercato unico con la protezione dal dumping sociale per i lavoratori sono state giudicate insoddisfacenti da più lati, in quanto dall'apparente perdita di «imparzialità» a detrimento degli interessi sociali derivano rischi per la tenuta degli esistenti livelli di protezione sociale nei vari Stati Membri dell'Unione, e potenzialmente pericoli per lo stesso processo di integrazione europea.

Le decisioni assunte dalla CGE rappresentano senza dubbio uno snodo cruciale nel dibattito sui diritti fondamentali: la teorica importanza del riconoscimento del diritto all'azione collettiva in ambito europeo, è attualmente oscurata, sino al punto di renderla irrilevante, dalle «inevitabili» restrizioni poste all'esercizio del diritto stesso, incardinandosi in un contesto caratterizzato a livello nazionale dalle notevoli diffe-

¹ C-438/05, International Transport Workers' Federation, Finish Seamen's Union c. Viking Line ABP, Viking Line Eesti, C-341/05, Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Elektrikerförbundet, C-346/06 Rechtsanwalt Dr. Dirk Ruffert als Insolvenzverwalter über das Vermögen der Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG c. Land Niedersachsen e C-319/06, Commissione c. Granducato di Lussemburgo.

renze presenti nei vari sistemi di diritto del lavoro e di relazioni industriali dei vari Stati Membri e, a livello dalle istituzioni europee, dalla mancanza di competenze in materia, una condizione che ha permesso che lo sciopero rimanesse un tema regolato quasi esclusivamente a livello nazionale e sostanzialmente inesplorato dalla dottrina comunitaria, lasciando notevole libertà ricostruttiva alla Corte di giustizia.

Gli sviluppi intervenuti dal 2008 ad oggi nell'area dei diritti fondamentali si prestano poi a una lettura ambivalente per quel che riguarda l'azione collettiva: sentenze quali *Palhota*² (della CGE) o *Demir ed Enerji* (della CEDU)³ lasciano infatti ipotizzare una accresciuta rilevanza dei diritti sociali fondamentali nella nuova architettura dell'Unione Europea, testimoniata anche da iniziative politiche come il Rapporto Monti⁴ ed il *Single Market Act*⁵, che esplicitamente sottolineano la necessità di procedere al bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali, ivi incluso il diritto di sciopero; quest'ultimo rapporto in particolare è attualmente oggetto di un tentativo di chiarificazione ad opera del c.d. Regolamento «Monti II»⁶.

D'altro canto, in assenza di chiari criteri di coordinamento tra le corti nazionali – in particolare quelle di ultima istanza e quelle Costituzionali – e quelle di livello europeo e comunitario, nonché di una precisa gerarchia delle fonti cui accedere per la risoluzione delle controversie è ipotizzabile che la CGE, indipendentemente dai tentativi di riallineamento della sua giurisprudenza, continui a mantenere il suo primato interpretativo in materia, in particolare in considerazione dell'essenzialità delle libertà economiche ai fini della tenuta del sistema comunitario.

La perdurante impossibilità per le istituzioni europee di definire una disciplina comunitaria in materia di azione collettiva è inoltre acuita dallo svolgersi di una fase come quella attuale, dominata dalla prevalenza di

² C-515/08, Procedimento penale a carico di Vítor Manuel dos Santos Palhota, Mário de Moura Gonçalves, Fernando Luis das Neves Palhota, Termiso Limitada.

³ *Demir and Baykara v. Turkey*, n. 34503/97 ECtHR 2008, ed *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey*, n. 68959/01, ECtHR 2009.

⁴ A new Strategy for the Single Market at the Service of Europe's Economy and Society - Report to the President of the European Commission José Manuel Barroso, 9 maggio 2010, disponibile online presso http://ec.europa.eu/internal_market/strategy/docs/monti_report_final_10_05_2010_en.pdf.

⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – *Single Market Act – Twelve levers to boost growth and strengthen confidence «Working together to create new growth»* (COM/2011/0206 final).

⁶ COM(2012) 130 final, attualmente allo stadio di proposta.

prospettive economiche collegate alle conseguenze della crisi economica e finanziaria, piuttosto che di elaborazione e promozione di diritti sociali.

Nell'affrontare l'analisi dei potenziali effetti delle sentenze in questione e dei possibili sviluppi in ambito europeo e comunitario, va sottolineato come gli elementi principali del bilanciamento tra libertà economiche e diritto all'azione collettiva condotto dalla Corte in *Viking* e *Laval* si siano naturalmente riflessi in primo luogo sui sistemi direttamente coinvolti dalle sentenze, e in particolare quello svedese, che pure riconosce a livello costituzionale il diritto di azione collettiva⁷ per le organizzazioni rappresentative di lavoratori e datori di lavoro.

A seguito delle sentenze della CGE si è quindi assistito – nel marzo 2010 – all'introduzione di limitazioni del diritto sciopero attuato allo scopo di imporre il rispetto di contratti collettivi nei confronti di datori di lavoro stranieri, attuati attraverso degli specifici emendamenti alla normativa relativa al distacco dei lavoratori⁸ e all'Atto sulla Partecipazione dei Lavoratori⁹, che definisce una disciplina di dettaglio per l'esercizio dell'azione collettiva in particolare per quel che riguarda le clausole di tregua¹⁰.

Inoltre, come noto, il Tribunale del Lavoro svedese ha emesso una sentenza relativa alle conseguenze dell'illegittimità dell'azione collettiva determinata dalla CGE, in particolare per quel che riguarda la responsabilità del sindacato per i danni patiti dall'impresa¹¹; va preliminarmente sottolineato che la Corte di Stoccolma costituisce un organo giurisdizionale specializzato in controversie in tema di lavoro, complesso¹² e che rappresenta una corte di ultima istanza ai sensi dell'articolo 267 TFEU, e che nel decidere la causa la corte scandinava ha ritenuto sufficiente il livello di dettaglio derivante dalla CGE per determinare la responsabilità nella controversia dimostrando, se non altro, un elevato grado di forza istituzionale nella decisione di non procedere ad un ulteriore rinvio pregiudiziale.

⁷ Strumenti di Governo (Regeringsformen) Cap. 2, Sez. 17.

⁸ Lag om utstationering av arbetstagare, Legge sul Distacco dei Lavoratori (Gazzetta Ufficiale 1999:678, Atto del Governo Svedese 1998/99:90, di seguito LUA).

⁹ Lag om Medbestämmande i arbetslivet (1976:580, di seguito MBL).

¹⁰ Vedi in particolare MBL, § 41.

¹¹ Arbetsdomstolen AD 2009:89 del 2 dicembre 2009. Il testo utilizzato per l'analisi è rappresentato dall'ufficosa (ancorché assai preziosa) traduzione del Jur. Dr. Laura Carlson, disponibile online presso <http://www.lex.unict.it/eurolabor/documentazione/sentenze/07/Laval.pdf>.

¹² Il collegio giudicante è infatti composto da sette giudici (di cui tre togati, e gli altri paritariamente divisi tra associazioni sindacali e datoriali).

Non si può tuttavia ritenere che le corti nazionali potenzialmente coinvolte da simili controversie abbiano le specifiche competenze tecniche o l'autorevolezza istituzionale per determinare un corretto bilanciamento in materie così rilevanti quali quelle in questione¹³, in particolare quando si consideri che proprio la correttezza dell'interpretazione del diritto comunitario – cui la Tribunale del Lavoro ha fatto amplissimo riferimento – è stata particolarmente criticata¹⁴.

L'ordinamento svedese prevede una disciplina speciale per il risarcimento del danno in caso di sciopero illegittimo, sulla base delle sezioni 54 e 55 della citata MBL, che rendono possibile il risarcimento di tutti i danni subiti dall'altra parte ma anche la corresponsione di una somma a titolo di «danno punitivo» o «non-economico», collegata a circostanze non esclusivamente economiche, con funzione sostanzialmente deterrente, senza che emerga la rilevanza dell'elemento soggettivo nella produzione del danno.

Con una decisione raggiunta a maggioranza il Tribunale del Lavoro ha determinato la risarcibilità del danno derivante dall'azione collettiva condotta in violazione del diritto UE, ed ha condannato i sindacati coinvolti al pagamento di circa 55.000 €¹⁵ di danni punitivi ai sensi della § 55 della MBL, le cui previsioni relative ai danni sono state estese in via analogica alla controversia in esame. La compagnia Laval aveva stimato i danni in circa 270.000 € equamente divisi tra danni economici e non finanziari; la Corte di Stoccolma, tuttavia, non ha ritenuto sufficienti le

¹³ La Corte di Stoccolma ha sottolineato come non ci fosse necessità di procedere ad un ulteriore rinvio pregiudiziale sulla questione della responsabilità per danni del sindacato, cfr. AD 2009:89, p. 40. Va notato, però, che tale decisione non sembra appropriata, in particolare in considerazione del fatto che la Corte di Stoccolma rappresenta, per le controversie in tema di lavoro, una corte di ultima istanza ai sensi dell'articolo 267 TFEU nè la questione ha rappresentato l'oggetto di una precedente sentenza della Corte (e che la Corte del Lavoro aveva mancato di inserire tali questioni nel rinvio pregiudiziale). Quando poi si consideri la dottrina *acte clair*, nonché i criteri derivanti da CILFIT (C-283/81), non sembra realizzarsi la condizione che l'applicazione del diritto UE non lasciasse adito «ad alcun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione» (CILFIT, par. 16), in particolare dato che la decisione finale ha rappresentato un risultato tutt'altro che unanime (vedi anche infra). M. RÖNMAR, *Laval returns to Sweden: The Final Judgment of the Swedish Labour Court and Swedish Legislative Reforms*, in *Industrial Law Journal*, Vol. 39(3), 284.

¹⁴ Vedi amplius E. SACCA, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno «da sciopero» e innovazioni legislative (indotte)*, WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT-86/2010, S. SCIARRA, *Il diritto di sciopero nel dialogo tra corti. Casi nazionali a confronto dopo Laval*, in *GDLRI*, 131, 3, p. 366, nonché Comments by LO and TCO to the CEACR on Sweden's application of C. 87 and 98, par. 43.

¹⁵ Oltre alla quasi totalità delle spese di procedura, in un ammontare pari a circa 200.000 €.

prove fornite dalla Laval in particolare per quel che riguarda il nesso causale tra l'azione collettiva ed il fallimento della sua controllata nel corso della vertenza Vaxholm.

Va altresì sottolineato come il Tribunale non abbia utilizzato la possibilità di ridurre i danni o non procedere alla condanna agli stessi sulla base di un criterio di ragionevolezza¹⁶, ed abbia invece sottolineato come i sindacati avrebbero dovuto considerare la possibilità che l'azione intrapresa fosse incompatibile con il diritto UE, in particolare sulla base delle obiezioni sollevate dalla Laval e dell'effetto retroattivo della giurisprudenza della Corte di giustizia.

Il risarcimento determinato dal Tribunale del Lavoro si quindi è allontanato significativamente da una precisa valutazione economica della controversia, venendo ad assomigliare ad una sanzione amministrativa per violazione del diritto comunitario, e sembra quindi rappresentare una nuova applicazione di un rimedio già previsto dalla legislazione svedese; a prescindere dalla controversia dalla quale è derivato e dai problemi ricostruttivi che la sentenza presenta, soprattutto per quel che riguarda la determinazione degli elementi di responsabilità degli attori sindacali, sembra rispondere in maniera appropriata ai criteri del diritto comunitario sull'effettiva protezione giurisdizionale desumibili da Manfredi¹⁷, che ammette altresì un criterio rigido nella determinazione della sanzione, consentendo che venga irrogata anche in assenza di determinazione di colpa¹⁸, e va considerata un risultato ragionevole del giudizio nazionale sulla controversia Laval.

La soluzione del Tribunale del Lavoro, inoltre, risulta in linea con il rinnovato quadro legislativo nazionale; a seguito degli emendamenti contenuti nella Lex Laval, infatti, un'azione collettiva in presenza di presupposti paragonabili a quelli della vertenza Vaxholm andrebbe considerata illegittima sulla base dell'articolo 5a della LUA che, come accennato, collega la legittimità di un'azione collettiva contro un imprenditore stabilito in un altro Paese appartenente allo Spazio Economico Europeo al soddisfacimento di varie condizioni¹⁹, e sarebbe quindi sottoposta al regime sanzionatorio previsto dalle sez. 54 e 55 della MBL.

¹⁶ MBL, § 60.

¹⁷ Cause riunite C-295 e 298/04, Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA.

¹⁸ Vedi C-432/05 Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd contro Justitiekanslern e C-268/06, Impact contro Minister for Agriculture and Food e altri.

¹⁹ Ed in particolare se le condizioni salariali e di lavoro di cui il sindacato chiede l'applicazione corrispondono a quelle contenute in contratti collettivi di livello nazionale di

Tuttavia va sottolineato che mentre la sentenza dell'Arbetsdomstolen costituisce in effetti l'esito finale della vicenda giudiziale in questione²⁰, nel giugno 2011 il Parlamento Svedese ha imposto²¹ al governo di attivare un'indagine che tenda alla revisione della Lex Laval per proteggere e rinforzare il modello svedese di regolazione del lavoro in una prospettiva internazionale²², nonché di proporre al Parlamento una proposta legislativa in materia²³, e che in conseguenza di ciò gli effetti fin qui prodottisi nell'ordinamento svedese non possono essere considerati stabili.

La sanzione emessa dalla Corte di Stoccolma sembra avvicinarsi, sia per la finalità sanzionatoria sia in termini economici, alla sanzione pecuniaria massima stabilita dalla l. 146/90 in caso di sciopero illegittimo²⁴ e parametrata, come noto, sulla base della consistenza dell'organizzazione coinvolta, della severità della violazione, degli effetti sul servizio e del

applicazione generale nel settore rilevante e possono solo riferirsi a livelli minimi contenuti in questi ultimi. Il ricorso all'azione collettiva, inoltre, è da considerarsi illegittimo se i lavoratori distaccati godono già di condizioni essenzialmente simili nel paese d'origine (cfr. LUA, § 5a.2); questa previsione è collegata ad un requisito probatorio che può implicare l'obbligo per il datore di lavoro di dimostrare che, nel corso del periodo di distacco, le condizioni applicate siano dello stesso livello di quelle nazionali. N. BRUUN - C.-M. JONSSON - E. OLAUSON, *Consequences and policy perspectives in the Nordic countries as a result of certain important decisions of the Court of Justice of the EU*, in A. BÜCKER - W. WARNECK, *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Nomos, Baden-Baden, 2011, 29 nonché GOVERNO SVEDESE, *Action in response to the Laval judgment*, Swedish Government Official Reports SOU 2008:123 Stoccolma, 2008.

²⁰ I sindacati coinvolti dalla vicenda hanno, in effetti, proposto nel maggio del 2010 un ricorso alla Corte Suprema (un rimedio assolutamente eccezionale esperibile sulla base di una grave violazione dei diritti fondamentali) che però è stato rigettato (sentenza HD 2181/10 del 6 luglio 2010).

²¹ Approving the Labour Committee Report (Arbetsmarknadsutskottetsbetänkande) 2010/11:AU10. See Protocols 2010/11: 16 and 2010/11:117 (decision of 16 June 2011), § 13.

²² Le premesse fondamentali del rapporto della Commissione Lavoro sono rappresentate dal fatto che l'autonomia delle parti sociali deve essere pienamente rispettata e che tutte le forme di dumping sociale e salariale devono essere combattute e punite, e che le soluzioni proposte devono rispettare i requisiti del diritto comunitario ed essere compatibile con le convenzioni internazionali cui la Svezia aderisce, nonché risultare «stabile» nel senso che gli eventuali ulteriori emendamenti non devono essere a rischio evidente di contestazioni da parte della Commissione o nel caso di rinvii alla Corte di giustizia. Rapporto della Commissione Lavoro (Parlamento Svedese) 2010/11:AU10.

²³ In particolare allo scopo di consentire l'applicabilità i contratti collettivi nazionali a tutti i lavoratori che svolgano la loro attività in Svezia, e di valutare la possibilità della sostituzione del requisito probatorio attualmente previsto per determinare l'equivalenza delle condizioni di lavoro nel paese d'origine con una verifica da effettuarsi attraverso il ricorso a un accordo collettivo o a una serie di requisiti qualitativi.

²⁴ Indicata in 51.645,69 € dall'articolo 4.4-ter della l. 146/90.

pregiudizio arrecato agli utenti e alla possibile recidiva della condotta²⁵; tralasciando una serie di considerazioni di ordine generale sulle possibili interazioni delle sentenze della CGE in esame con l'ordinamento italiano, in particolare per quel che riguarda l'effettivo contenuto delle libertà economiche del datore di lavoro e gli scopi legittimi dell'azione collettiva, nonché con riferimento all'esercizio sciopero come ultima ratio in un conflitto industriale, si può ipotizzare la possibilità di un'estensione della disciplina in materia al di là del suo ambito originario come rimedio a scioperi che violino il diritto comunitario come alternativa alla possibilità eccezionale della creazione di un «nuovo rimedio» in materia²⁶.

Tuttavia i presupposti specifici della legge in questione, ovvero sia la salvaguardia dei diritti fondamentali protetti dalla Costituzione – da cui discende direttamente la necessità del contemperamento che a sua volta dà origine alle varie regole e requisiti procedurali cui è sottoposto il diritto di sciopero – non consentono di ritenere realizzabile in pratica questa ipotetica estensione; in particolare, azioni collettive come quelle alla base delle controversie Viking e Laval non sarebbero sottoposte, nell'ordinamento italiano, ad alcuna disciplina speciale, non rientrando nella definizione composita di cui all'art. 1 della l. 146/90. Di conseguenza, un'applicazione del regime sanzionatorio in questione ad azioni collettive che non coinvolgano servizi pubblici essenziali ma interferiscano con l'esercizio delle libertà economiche fondamentali non rispetterebbe il principio di equivalenza, dal momento che per queste situazioni una tutela di tipo risarcitorio è lungi dall'essere applicata, pur non essendo esplicitamente esclusa²⁷.

In secondo luogo va considerato che le norme dell'ordinamento svedese adempiono sia ad una funzione sanzionatoria che risarcitoria: la mancata attivazione di quest'ultimo tipo di tutela nel giudizio nazionale sulla controversia Laval non implica che, in presenza di una sufficiente consistenza probatoria, il sindacato non si possa trovare a dover risarcire anche l'intero danno economico derivante dalla violazione del diritto dell'Unione. Per quel che riguarda il caso italiano l'esclusiva funzione sanzionatoria delle sanzioni economiche previste dalla l. 146/90 non sembra sufficiente a garantire la funzione essenzialmente ristorativa che do-

²⁵ Un ulteriore elemento di somiglianza tra le due situazioni può quindi essere identificato nell'assegnazione di un elevato potere discrezionale al giudice nel determinare la sanzione. Cfr. l. 146/90, artt. 4.2 e 4.4-4.4-*bis*.

²⁶ Cfr. Unibet, par. 41.

²⁷ È da ritenersi invece teoricamente possibile utilizzare questo rimedio all'interno del settore dei servizi pubblici essenziali in caso di sciopero in violazione del diritto UE, quando la sua applicazione venga collegata alla «severità della violazione».

vrebbe caratterizzare un rimedio effettivo in termini di equivalenza ed efficacia²⁸, nè, nel caso che venga individuata la necessità di una tutela risarcitoria per queste ipotesi, il massimale previsto dalla legge 146/90 può essere considerato limite generale dell'ordinamento per la determinazione dei danni da sciopero illegittimo per violazione del diritto comunitario.

Va sottolineato come la rilevanza del tema della possibile responsabilità per danni del sindacato coinvolto in scioperi confliggenti con le libertà economiche comunitarie sia emersa anche nell'ordinamento britannico, ed in particolare nella controversia BALPA, durante la quale la British Airways indicò la sua intenzione di richiedere un risarcimento pari a 100 milioni di sterline per giorno di sciopero²⁹, in particolare sulla base del fatto che la responsabilità limitata del sindacato prevista dal «cap for damages» ai sensi della § 22 del TULRCA³⁰ non sarebbe stata compatibile con i principi UE in tema di rimedi effettivi³¹.

Tale proposta ricostruzione, tuttavia, non sembra condivisibile; il limite ai danni ascrivibili al sindacato, infatti, rappresenta un fondamentale elemento nel riconoscimento e riequilibrio dell'asimmetria delle relazioni industriali nell'esperienza inglese, che mira a proteggere la capacità contrattuale e conflittuale del sindacato rimuovendo il pericolo di dover rispondere a pretese risarcitorie illimitate³².

Inoltre, rappresenta uno strumento complesso che non prevede semplicemente un arbitrario massimale per il risarcimento, ma che invece consente variazioni alla soglia del tetto basate sulla consistenza numerica dell'organizzazione sindacale³³, e che potrebbe essere applicato indipen-

²⁸ Una simile conclusione può essere raggiunta per quel che riguarda i provvedimenti disciplinari stabiliti dalla legge o desumibili sulla base dei rimedi per inadempimento delle obbligazioni contrattuali. A. LO FARO, *Responsabilità e sanzioni per sciopero illegittimo: cambia qualcosa in Italia dopo Laval?*, in *GDLRI*, n. 2/2011, 425 ss.

²⁹ Come noto, il BALPA rinunciò di lì a poco all'azione legale, posto che il riconoscimento anche solo di una piccola parte del risarcimento richiesto dalla British Airways sarebbe stato sufficiente a produrre un rilevantissimo danno economico al sindacato.

³⁰ Trade Union and Labour Relation (Consolidation) Act del 1992, che costituisce l'elemento centrale della frammentata disciplina riguardo lo sciopero e l'azione collettiva nell'ordinamento britannico.

³¹ Un altro elemento a sostegno della tesi dell'inapplicabilità del «cap for damages», maggiormente collegato all'ordinamento interno, aveva a che fare con la non derivazione da illecito dell'incompatibilità con il diritto UE dell'azione portata avanti dal sindacato.

³² Originariamente riconosciuta dalla nota sentenza Taff Vale (Taff Vale Co v. Amalgamated Society of Railway Servants [1901] A.C. 426).

³³ Da 10.000 (per un sindacato con meno di 5000 membri) a 250.000 (per 100.000 o più aderenti) sterline. Va sottolineato che il numero di membri di un sindacato viene consi-

dentemente dall'origine nazionale o comunitaria della responsabilità, venendo quindi a rappresentare un rimedio effettivo alla luce dei principi del diritto dell'Unione³⁴.

derato direttamente collegato alla sua forza economica e quindi alla sua capacità di far fronte ad un risarcimento danni, senza che rilevi la natura (sanzionatoria o ristorativa) del risarcimento. K. APPS, *Damages claims against trade unions after Viking and Laval*, in *E.L. Rev.*, febbraio 2009, 152.

³⁴ Questo elemento è stato anche sottolineato nella risposta del Governo inglese al ricorso all'OIL da parte del BALPA, in particolare facendo presente che il limite previsto dal § 22 TULRCA presenta un solido collegamento con la protezione delle libertà sindacali, che andrebbe preso in considerazione se la sua compatibilità con il diritto UE dovesse essere contestata. International Labour Conference, 99th Session, Geneva, 2010, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, 209.

ANDREA GUAZZAROTTI

LA CORTE EDU COME CONTRAPPESO:
ALLA RICERCA DI SINERGIE TRA CONVENZIONE,
CARTA SOCIALE EUROPEA E OIL

La dottrina *Viking e Laval* della Corte di giustizia ha già causato conseguenze rilevanti tanto nell'ordinamento svedese che in quello del Regno Unito, tutte di segno negativo per i diritti sindacali in quei Paesi¹. Si tratta di conseguenze che non hanno preoccupato solo i sindacati ma anche il Comitato sull'applicazione delle Convenzioni e Raccomandazioni OIL, che ha espresso seria preoccupazione con riguardo alla dottrina della Corte di giustizia e ai suoi effetti sul Regno Unito², mentre ha chiesto alla Svezia di monitorare l'impatto delle modifiche legislative introdotte nel 2010 e di fornire un rapporto dettagliato per la successiva sessione³. Sebbene il Comitato Europeo sui Diritti Sociali, che vigila sull'applicazione della Carta sociale europea, non sembra essersi ancora pronunciato sul punto, la dottrina *Viking e Laval* va probabilmente a scontrarsi anche con gli orientamenti pregressi di detto Comitato⁴.

¹ Per la Svezia, il riferimento è alle modifiche legislative alla legge sul distacco di lavoratori stranieri e alla legge del 1976 (Codetermination Act), approvate il 15 aprile 2010 (c.d. «legge Laval»), nonché i danni punitivi inflitti ai sindacati dalla Corte del lavoro di Stoccolma il 2 dicembre 2009: cfr. E. SACCA, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno «da sciopero» e innovazioni legislative (indotte)*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT-86/2010, in www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca/presentazione/; per il Regno Unito, cfr. il caso *BALPA v. British Airlines* del 2008, ove un sindacato è stato indotto a ritirare la proclamazione di uno sciopero a causa della minaccia di un'azione risarcitoria milionaria da parte della compagnia aerea datrice: K.D. EWING, J. HENDY *The dramatic implications of Demir and Baykara*, in *Industrial Law Journal*, 39, 2010/1, 44 ss.).

² Cfr., per il Regno Unito, il rapporto degli atti della 99ª Conferenza OIL, *Application of International Labour Standards 2010 (1)*, Ginevra 2010, 208 s., le cui considerazioni sono ribadite nel rapporto della 100ª Conferenza OIL.

³ Rapporto degli atti della 100ª Conferenza OIL, *Application of International Labour Standards 2011 (1)*, Ginevra 2011, 167 s. La riforma legislativa svedese, nel restringere le materie su cui la contrattazione collettiva è ammessa con un'impresa di un altro Stato membro, sembra assai probabilmente contraria alla pregressa «giurisprudenza» del Comitato OIL (cfr. E. SACCA, *op. cit.*).

⁴ Per una panoramica comparata sull'impatto della giurisprudenza *Viking e Laval* negli ordinamenti di alcuni Stati membri, cfr. R. BLANPAIN (cur.), *The Laval and Viking cases*:

La Corte EDU, dal canto suo, non ha ancora avuto modo di pronunciarsi sul punto (né su questioni affini a quelle dei casi *Viking e Laval*). Ciononostante, la situazione attuale ha suggerito a molti di riporre fiducia nella giurisprudenza CEDU, quale correttivo alla dottrina della Corte di giustizia⁵. Ciò perché, a partire dal caso *Demir* del 2008, la Corte di Strasburgo si sarebbe convertita ai diritti sindacali abbandonando il precedente *self-restraint*, così da riconoscere finalmente che il diritto alla contrattazione collettiva (caso *Demir*) e quello di sciopero (caso *Enerji Yapi* del 2009) costituirebbero un elemento *essenziale* del diritto a dar vita e iscriversi ai sindacati per tutelare i propri interessi *ex art. 11 CEDU*⁶. V'è stato persino chi, preso forse da troppo entusiasmo, ha parlato in proposito della nascita di una «Corte europea dei diritti sociali»⁷. Certo è che si tratta di una piccola rivoluzione: nel diritto dell'UE, la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi rappresentano il cuore della garanzia, mentre la tutela collettiva e il diritto di sciopero rappresentano semplicemente dei limiti apponibili all'esercizio di tali libertà, legittimi nella misura in cui rispettino lo stretto scrutinio di proporzionalità imposto dalla Corte di giustizia⁸. Nella CEDU, al contrario, sarebbero i diritti sindacali a costituire il cuore della tutela, mentre le libertà economiche potrebbero al più rivestire il ruolo di limiti a tali diritti fondamentali, da interpretarsi restrittivamente⁹.

freedom of services and establishment v. industrial conflict in the european economic area and Russia, Alphen aan den Rijn, 2009. Con sintesi efficace, si è detto che le sentenze della Corte di giustizia hanno avuto come effetto principale quello di rendere incerta la legittimità di qualsiasi sciopero il cui scopo sia quello di opporsi alla delocalizzazione: G. ORLANDINI, *Italy*, *ivi*, 107.

⁵ Cfr., tra gli altri, G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009/4, 975 ss.; K.D. EWING, J. HENDY, *op. cit.*, 2 ss.

⁶ Cfr. i casi *Demir e Baykara c. Turchia*, Grande Chambre, sent. del 12 novembre 2008; *Enerji Yapi - Yol Sen c. Turchia*, sent. del 21 aprile 2009.

⁷ J.-P. MARGUÉNAUD, J. MOULY, *L'avènement d'une Cour européenne des droits sociaux*, in *Recueil Dalloz*, n. 11, 2009, 739 ss. (il ruolo compensativo rispetto alla giurisprudenza della Corte di giustizia nei casi *Viking e Laval* è trattato a p. 742).

⁸ Cfr. O. DE SCHUTTER, *The Role of the European Social Charter in the development of the Law of the EU*, in ID. (cur.), *The European Social Charter: a social Constitution for Europe*, Bruxelles 2010, 116 e 118, secondo cui, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, i diritti sociali non vengono intesi come prerogative della persona bensì come obiettivi che gli Stati possono legittimamente perseguire, derivandone la logica dei diritti sociali come meri limiti giustificabili alle libertà del mercato, come tali da interpretarsi restrittivamente (caso *Arblade*, 23 novembre 1999, C-369/96 e C-376/96).

⁹ Cfr. G. RAIMONDI, «*Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali*». *L'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo* (2011), in <http://www.europeanrights.eu/>.

Non è questa una visione troppo ottimistica? Non stanno i sostenitori del nuovo corso della Corte EDU dimenticando che la giurisprudenza di Strasburgo viaggia su un doppio binario, fatto di alti principi ma anche di tecnica casistica?¹⁰ Non stanno essi dimenticando che i fatti di causa, dinanzi a Strasburgo, spesso contano più dei nobili principi coinvolti e che il *distinguishing* offre alla Corte una facile via di fuga dinanzi a problemi spinosi?¹¹

Nessuno dei casi decisi dalla Corte EDU in favore dei sindacati e dei lavoratori ha a che fare con questioni di «economia transazionale», ancora meno con questioni di diritto dell'UE. Conoscendo la deferenza mostrata dalla Corte EDU nei riguardi della Corte di giustizia (v. caso *Bosphorus* del 2005), è assai difficile immaginare uno scontro giurisprudenziale diretto che aggredisca di petto la dottrina *Viking* e *Laval*. I casi recenti della «svolta» di Strasburgo, per quanto importanti, si limitano a smantellare divieti anacronistici nei confronti dell'attività sindacale in alcuni settori del pubblico impiego; fra l'altro, nel tanto celebrato caso *Demir*, la Turchia aveva già modificato la legislazione contestata al momento della decisione¹²; qualcosa di simile era accaduto nel precedente caso *Wilson* del 2002, ove la Corte aveva, sì, mostrato coraggio nel riconoscere i diritti sindacali, ma dove aveva a che fare con una legislazione inglese approvata dai conservatori dieci anni prima e che i laburisti al governo stavano già modificando, al fine di bandire la pratica anti-sindacale in questione¹³.

L'unico caso di mia conoscenza ove la Corte EDU si è trovata a bilanciare diritti sindacali con beni cari al diritto dell'UE, come la concorrenza, non è proprio incoraggiante: nel '99, l'Antitrust svedese aveva invalidato una clausola di un contratto collettivo tra sindacato dei trasportatori e associazione degli editori di giornali, un anno dopo che il supremo giudice del lavoro svedese aveva dichiarato la legittimità della stessa clausola, il cui scopo era quello di impedire il *dumping* sociale vietando agli editori di ingaggiare trasportatori autonomi esterni al sindacato. Nel giudizio di Strasburgo la Svezia ha sostenuto che l'Antitrust aveva dato applicazione alla legge sulla concorrenza e che detta legge

¹⁰ Cfr. S. GREER, *The European Convention on Human Rights: Achievements, Problems and Prospects*, Cambridge, 2006, 193.

¹¹ Per un esempio eclatante di strumentalizzazione del *distinguishing* al fine di non trattare con il dovuto approfondimento una questione scottante, cfr. il noto caso del crocifisso, *Lautsi c. Italia*, Grande Chambre, sent. del 18 marzo 2011, § 73.

¹² Caso *Demir c. Turchia*, GC, cit. § 152.

¹³ Cfr. il caso *Wilson, Unione nazionale dei giornalisti e altri c. Regno Unito*, sent. del 2 luglio 2002.

rappresentava uno strumento *cruciale* per l'economia di mercato in Svezia e un *prerequisito per l'entrata della stessa Svezia nell'UE*. La Corte EDU si limitò a dichiarare, con riguardo all'art. 11, che il ricorso dei sindacati era *inammissibile*, con una motivazione assai evanescente:

«Mentre la Corte riconosce l'importanza dei contratti collettivi come strumenti di tutela degli interessi degli iscritti al sindacato, l'art. 11 della Convenzione non garantisce un diritto dei sindacati a conservare un accordo collettivo in una particolare materia per un periodo indefinito di tempo. Agli occhi della Corte, l'oggetto del ricorso non è tale da far insorgere alcuna questione ai sensi dell'art. 11»¹⁴.

Altro caso interessante ma forse poco incoraggiante è il caso *Gustafsson* del 1996, ove il ricorrente era un imprenditore della ristorazione che aveva subito un boicottaggio da parte di altri imprenditori (fornitori, ecc.), per non aver applicato un contratto collettivo ai propri dipendenti¹⁵. Dinanzi alla Corte, il ricorrente sottolineava il nesso tra il suo rifiuto e la sua profonda contrarietà al sistema di contrattazione collettiva in Svezia, invocando il profilo negativo dell'art. 11, ossia il diritto a non partecipare a una contrattazione dei sindacati della propria categoria. Se è vero che la Corte EDU riconosce che nel caso specifico non era stata violata la libertà negativa di associazione, nonostante che il ricorrente avesse subito danni economici a causa del boicottaggio, la Corte aggiunge che il ricorrente non aveva dimostrato la sua affermazione per cui le condizioni contrattuali offerte ai suoi dipendenti erano più favorevoli di quelle del contratto collettivo, con ciò quasi anticipando il test di giudizio formulato dalla Corte di giustizia in *Viking* e *Laval*¹⁶.

Ho volutamente tratteggiato fin qui un panorama a tinte grigie. Ma quello che va ancora investigato della giurisprudenza della Corte è l'aspetto più saliente che accomuna l'evoluzione che ha condotto la giurisprudenza di Strasburgo verso una crescita di tutela dei diritti sindacali. Si tratta della connessione che la Corte instaura tra la Convenzione e altri strumenti di tutela internazionale ed europea di tali diritti, quali le Convenzioni OIL e la Carta sociale europea.

Occorre fare un piccolo inciso e ricordare che, agli albori della giurisprudenza CEDU, l'esistenza della Carta sociale (di 11 anni posteriore alla Convenzione) aveva paradossalmente inibito l'interpretazione evolu-

¹⁴ Caso *Swedish Transport Workers' Union c. Svezia*, decisione del 30 novembre 2004.

¹⁵ Caso *Gustafsson c. Svezia*, sent. del 25 aprile 1996.

¹⁶ Per la parte in cui si chiede ai giudici nazionali di verificare che le azioni collettive mirino *effettivamente* a migliorare la condizione dei lavoratori coinvolti.

tiva dell'art. 11 e di altri articoli potenzialmente aperti alla garanzia di diritti sociali, con un argomento che più o meno suona così: se gli Stati del Consiglio d'Europa hanno concepito uno strumento di «soft law» come la Carta sociale europea al fine di tutelare i diritti sociali e sindacali, rifiutando di affidarli alla supervisione della Corte, non può la stessa Corte surrettiziamente farli rientrare nel sistema di «hard law» della Convenzione¹⁷. Per dirlo con le parole della Corte, il dilemma è quello di sapere «ove si trova la frontiera che separa i diritti garantiti dalla Convenzione, da una parte, e i diritti sociali garantiti dalla Carta sociale europea, dall'altra parte»¹⁸.

Da allora le cose sono cambiate, e il motore di tale cambiamento è, molto probabilmente, la «giurisprudenza» del Comitato OIL e del Comitato della Carta sociale europea. Il primo *overruling* della Corte EDU sull'art. 11 e sulla libertà sindacale è, infatti, il caso *Sigurdur*, del 1993, ove la Corte, per garantire la libertà negativa di non appartenere a un sindacato, si appoggiò proprio sulla specifica «giurisprudenza» del Comitato della Carta sociale che aveva già «condannato» l'Islanda per le stesse prassi oggetto di ricorso a Strasburgo¹⁹. Per la prima volta, forse, troviamo una coincidenza tra l'oggetto della causa sottoposto all'attenzione degli esperti del Comitato della Carta sociale con quello sottoposto alla Corte EDU. Lo stesso schema è adottato più di recente in altri casi importanti, in materia di sindacati (come i già citati *Wilson* e *Demir*)²⁰ non-

¹⁷ Cfr. i casi *National Union of Belgian Police c. Belgio*, del 27 ottobre 1975; *Swedish Engine-Drivers' Union c. Svezia*, del 6 febbraio 1976; ma, con i dovuti distinguo, v. anche il caso *Schmidt and Dahlström c. Svezia*, sempre del 6 febbraio 1976. Cfr. T. NOVITZ, *Remedies for Violation of Social Rights within the Council of Europe: The Significant Absence of a Court*, in C. KILPATRICK, T. NOVITZ, P. SKIDMORE, *The Future of Remedies in Europe*, Oxford 2000, 247 s.; J-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Charte Sociale Européenne et Convention Européenne des Droits de l'Homme: quelle perspectives pour les 10 prochaines années?*, in O. DE SCHUTTER (cur.), *op. cit.*, 149.

¹⁸ *Zehnalová e Zehnal c. Repubblica Ceca*, dec. di irricevibilità del 14 maggio 2002. In realtà, senza riferirsi esplicitamente alla Carta sociale, la Corte aveva già da tempo affermato che non può escludersi una data interpretazione della Convenzione per il solo motivo che così facendo si rischierebbe di invadere la sfera dei diritti economici e sociali, posto che nessuna barriera impermeabile separa questi ultimi dalla sfera d'applicabilità della CEDU (caso *Airey c. Irlanda*, sent. del 9 ottobre 1979, § 26, richiamato dalla Grande Camera, nella decisione di ammissibilità sul caso *Stec e altri c. Regno Unito*, del 6 luglio 2005, § 52, ove il riferimento alla Carta sociale è esplicitato). Sulla permeabilità della CEDU ai diritti sociali, cfr. F. SUDRE, *La «perméabilité» de la Convention européenne des droits de l'homme aux droits sociaux*, in *Mélanges J. Mourgeon*, Bruylant, Bruxelles, 1998, 467 s., cui fa riferimento G. GUGLIA (2010), *Le prospettive della Carta sociale europea*, su «<http://www.forumcostituzionale.it>».

¹⁹ Caso *Sigurdur A. Sigurjonsson c. Islanda*, sent. del 30 giugno 1993.

²⁰ Cui adde i casi *Sorensen e Rasmussen c. Danimarca*, del 11 gennaio 2006 e *Associated Society of Locomotive Engineers and Fireman c. R.U.*, del 27 febbraio 2007.

ché in materia di diritti sociali²¹: anche in essi la Corte si appoggia agli specifici giudizi di espressi dal Comitato della Carta sociale e dai Comitati OIL²² contro la legislazione statale controversa.

Concentrarsi sulla Carta sociale e sul suo meccanismo di controllo permette anche di fissare uno spartiacque convenzionale nella giurisprudenza CEDU sul tema dei diritti sindacali e dei lavoratori (nonché dei diritti sociali *tout court*): nel 1999 è entrata in vigore la riforma della Carta sociale (c.d. Carta sociale «revisionata»), dopo che un anno prima erano entrate in vigore le nuove regole di supervisione assieme con il «nuovo» Comitato di esperti indipendenti (il Comitato europeo dei diritti sociali), senza dimenticare che il 1998 è anche l'anno in cui la «nuova» Corte EDU è entrata in funzione, secondo il Protocollo XI. Dal 1998-99, dunque, si è assistito non solo a un arricchimento dei contenuti di garanzia sostanziale della Carta, ma anche al rafforzamento del meccanismo di supervisione degli obblighi contratti dagli Stati firmatari²³. Si tratta di una data spartiacque perché, usando le parole della Corte in *Demir*, tali modifiche istituzionali palesano la volontà degli Stati del Consiglio d'Europa di operare un rafforzamento del meccanismo di supervisione della Carta sociale, dimostrando «l'esistenza di un consenso tra gli Stati circa la promozione dei diritti sociali ed economici. Non è interdetto alla Corte tener conto di tale volontà generale degli Stati quando essa interpreta le disposizioni della Convenzione»²⁴.

Fino al 1998 troviamo appena 5 decisioni di merito della Corte che citano la Carta sociale (di cui 3 citano anche le convenzioni OIL), oltre a

²¹ Cfr. i casi *Koua Poirrez c. Francia*, sent. del 30 settembre 2003; *Nart c. Turchia*, del 6 maggio 2008.

²² Con riguardo ai Comitati dell'OIL, cfr. i casi *Rainys e Gasparavičius c. Lituania*, del 7 aprile 2005; *Danilenkov e altri c. Russia*, del 30 luglio 2009.

²³ La novità più rilevante essendo quella dell'introduzione del reclamo collettivo da parte delle parti sociali (il primo reclamo è del 12 dicembre 1998, *Commission internationale des juristes c. Portogallo*): cfr. F. OLIVERI, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *RDSS*, 2008/3, 509 ss. Resta, tuttavia, ancora basso il numero di Stati che ha accettato il reclamo collettivo (14 su 47). Ma sulla debolezza degli strumenti di diffusione della «giurisprudenza» del Comitato europeo dei diritti sociali e l'opacità di tale «giurisprudenza», cfr. P. ALSTON, *Strengths and Weaknesses of the ESC's Supervisory System*, in G. DE BURCA, B. DE WITTE, *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, 64 s.; B. BOISSARD, *La contribution du comité européen des droits sociaux à l'effectivité des droits sociaux*, in *Rev. Dr. Public*, 2010/4, p. 1097 ss.

²⁴ Caso *Demir*, cit., § 84. Cfr. O. DE SCHUTTER, *The Two Lives of the European Social Charter*, in ID. (cur.), *op. cit.*, 20, nt. 30, e 26, ove si rileva l'importanza dell'introduzione del meccanismo di ricorsi collettivi all'interno della Carta sociale europea (nei primi 10 anni, i ricorsi collettivi sono stati 47), sottolineando come la procedura contenziosa dia più visibilità alla Carta e mostri che le situazioni soggettive in essa garantite possano essere «giustiziabili».

due decisioni di inammissibilità e due rapporti della Commissione, mentre abbiamo una decisione di merito della Corte più 5 decisioni di inammissibilità della Commissione che citano solo le Convenzioni OIL²⁵. Dal 1999 troviamo 29 decisioni di merito contenenti riferimenti alla Carta sociale (di cui 13 citano anche l'OIL), oltre a una decisione di ammissibilità e 4 d'irricevibilità, cui vanno aggiunte 6 decisioni di merito e 4 di ammissibilità che citano solo le Convenzioni OIL²⁶. Il totale è di 44 decisioni, contro le 12 anteriori al 1999. Non è solo un aumento numerico (in sé non significativo, posto che rientra nel *trend* successivo al Prot. XI), ma un'evoluzione qualitativa: la Carta Sociale e le Convenzioni OIL viaggiano quasi sempre con il «diritto vivente» fornito dai rispettivi Comitati di esperti che vigilano sull'implementazione statale dei diritti sindacali e dei lavoratori²⁷. In un caso, la Corte parla proprio di articolo 11 «*letto*

²⁵ Cfr., rispettivamente, le sentenze nei casi *National Union of Belgian Police*, cit.; *Swedish Engine-Drivers' Union* cit.; *Schmidt e Dahlström*, cit.; *Sigurdur A. Sigurjonsson*, cit.; *Gustafsson*, cit.; i rapporti della Commissione nel caso *Young, James e Webster c. Regno Unito*, del 14 dicembre 1979 e nel caso *Botta c. Italia*, del 15 ottobre 1996; le decisioni nei casi *Handwerker c. Germania* del 4 settembre 1996 e *National Association of Teachers in Further and Higher Education c. Regno Unito*, del 16 aprile 1998; infine i casi che citano solo l'OIL: la sent. *Vogt c. Germania*, del 26 settembre 1995; le decisioni della Commissione nei casi *X c. Irlanda*, del 1° febbraio 1971; *Van der Musselle c. Belgio*, del 23 novembre 1983; *Cheall v. Regno Unito*, del 13 maggio 1985; *Council of Civil Service Union c. Regno Unito*, del 20 gennaio 1987.

²⁶ Cfr., rispettivamente, le sentenze nei casi *Wilson*, cit.; *Koua Poirrez*, cit.; *Sidabras e Dziautas c. Lituania*, del 27 luglio 2004; *Rainys e Gasparavičius c. Lituania*, cit.; *Sørensen e Rasmussen c. Danimarca*, cit.; *Tüm Haber Sen e Çınar c. Turchia*, del 21 febbraio 2006; *Campagnano c. Italia*, *Albanese c. Italia* e *Vitiello c. Italia*, tutti del 23 marzo 2006; *Demir e Baykara c. Turchia*, del 21 novembre 2006; *Associated Society of Locomotive Engineers and Fireman c. R.U.*, cit.; *Karaçay c. Turchia*, del 27 marzo 2007; *Satılmış etc. c. Turchia*, del 17 luglio 2007; *Luczak c. Polonia*, del 27 novembre 2007; *Nart c. Turchia*, cit.; *Urcan e altri c. Turchia*, del 17 luglio 2008; *Demir e Baykara* (Grande Camera), cit.; *Güveç c. Turchia*, del 20 gennaio 2009; *Enerji Yapı-Yol Sen*, cit.; *Danilenkov e altri c. Russia*, cit.; *Kaya e Seyhan c. Turchia*, del 15 settembre 2009; *Ólafsson c. Islanda*, del 27 aprile 2010; *Anatoliy e Vitaliy Ponomaryov c. Bulgaria*, del 21 giugno 2011; *Sindicatul Păstorul Cel Bun c. Romania*, 31 gennaio 2012; *Kostantin Markin c. Russia*, 22 marzo 2012; *Yordanova e altri c. Bulgaria*, 24 aprile 2012; *K.M.C. c. Ungheria*, 10 luglio 2012; *Stummer c. Austria*, del 7 luglio 2011; *Heinisch c. Germania*, del 21 luglio 2011; le decisioni nei casi *Stec e altri c. R.U.* (ammiss.), cit.; *Federation des Syndicats de Travailleurs Offshore e altri c. Norvegia*, del 27 giugno 2002; *Zehnalová e Zehnal c. Repubblica Ceca*, cit.; *Sanchez Navajas c. Spagna*, del 21 giugno 2001; *Dev Maden Sen c. Turchia*, del 9 dicembre 1999 (tutte di irricevibilità); per le decisioni di merito che citano solo l'OIL, cfr. le 6 sentenze nei casi *Siliadin c. Francia*, del 26 luglio 2005; *Guja c. Moldavia*, del 12 febbraio 2008; *Carson e altri c. Regno Unito*, del 16 marzo 2010; *Kostantin Markin c. Russia*, del 7 ottobre 2010; *Palomo Sánchez e altri c. Spagna*, del 12 settembre 2011; *Graziani-Weiss c. Austria*, del 18 ottobre 2011; le 4 decisioni di ammissibilità nei casi *Jensen e Rasmussen c. Danimarca*, *Hoffman Karlskov c. Danimarca*, e *Sørensen c. Danimarca*, tutti del 20 marzo 2003; *Petrov c. Bulgaria*, del 30 agosto 2006.

²⁷ Cfr., in riferimento alla Carta sociale, F. TULKENS, S. VAN DROOGHENBROECK, *Pauvreté et droits de l'Homme. La contribution de la Cour européenne des droits de l'Homme*, in

alla luce dell'articolo 28 della Carta sociale europea (revisionata)²⁸, mentre in un altro afferma di non poter che sottoscrivere l'interpretazione data da «un organo particolarmente qualificato» come il Comitato europeo dei diritti sociali²⁹.

Sapendo cosa tali Comitati pensano o possono pensare della dottrina *Viking* e *Laval*, ecco che tale scenario può fornirci qualche spunto per sperare nell'operato futuro della Corte EDU quale contrappeso alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Vengo alle conclusioni. Se guardiamo all'Unione europea, possiamo ricordare come alla Carta sociale dedichi un cenno il Preambolo del TUE nonché l'art. 151 del TFUE (*ex art.* 136 TCE), mentre dobbiamo rilevare come la Carta di Nizza, seppure influenzata dalla Carta sociale, non fa espressa menzione di quest'ultima³⁰. Ben diverso è il rilievo assunto dalla CEDU per l'ordinamento comunitario, stante la stretta connessione che viene instaurata tra le disposizioni della Carta Nizza e le corrispondenti norme della CEDU (art. 52.3 della Carta di Nizza), connessione che implica un forte, anche se non formalmente obbligatorio, riferimento alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo³¹. I rapporti tra

Pauvreté, Dignité, Droits de l'Homme, Bruxelles, 2008, 68; J.P. COSTA, *La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux*, in *R.T.D.H.*, 2010, 210 ss.; G. GUIGLIA, *op. cit.*, 13. In termini più critici, cfr. B. BOISSARD, *op. cit.*, 1088 ss. Sulle esigenze di coordinamento tra i due sistemi di tutela (CEDU e Carta sociale) che scongiurino pericolose divergenze di orientamenti, cfr. ancora G. GUIGLIA, *op. cit.*, 11 ss.; J-F. AKANDJI-KOMBÉ, *op. cit.*, 149; B. BOISSARD, *op. cit.*, 1097 s.

²⁸ Caso *Sanchez Navajas*, *cit.*, ove la Corte ammette che possa rientrare nell'ambito dell'art. 11 CEDU il diritto dei lavoratori di godere, a certe condizioni e limiti, di quelle facilitazioni volte a permettere loro di svolgere attività sindacale.

²⁹ Caso *Tüm Haber Sen e Çınar*, *cit.*, § 38, in riferimento all'interpretazione dell'art. 5 della Carta sociale (ai fini dell'interpretazione da dare all'omologa disposizione dell'art. 11, 2° par.).

³⁰ Cfr. G. GUIGLIA, *op. cit.*, 2 s., ove si evidenziano le lacune della Carta di Nizza rispetto alle previsioni della Carta sociale.

³¹ Cfr. O. DE SCHUTTER, *The Role of the European Social Charter in the development of the Law of the EU*, *cit.*, 115, ove si rileva come la giurisprudenza della Corte di giustizia sia spesso ispirata dalla CEDU e dal diritto vivente di Strasburgo, assai meno dalla Carta sociale e dalla prassi del Comitato di esperti. Nelle spiegazioni ufficiali annesse alla Carta di Nizza relative all'art. 52.3, *cit.*, invero, viene menzionata anche la Carta sociale europea, in quanto fonte ispiratrice di alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE. Tuttavia, mentre la Carta di Nizza opera una selezione delle disposizioni della Carta Sociale, essa recepisce *in toto* la CEDU, implicando anche un nesso con la giurisprudenza di Strasburgo, nesso assente nei riguardi della prassi degli organi di vigilanza della Carta Sociale (*in primis*, del Comitato Europeo dei diritti sociali): O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, 135, ove si rileva come, in sede di formazione degli atti normativi dell'Unione, la Commissione operi nei riguardi della Carta sociale allo stesso modo di come opera per la CEDU, ossia predisponendo degli studi di impatto delle normative proposte sui diritti garantiti dalla Carta sociale (*ivi*, 144 s.); il limite da

Unione europea e Carta sociale, più in generale, si pongono senz'altro in una luce diversa di quelli tra UE e CEDU: basti pensare al fatto che solo per la seconda è contemplata, tanto nel TUE (art. 6) che nella stessa CEDU, l'ipotesi dell'adesione dell'Unione alla Convenzione³². Qualche anno fa, inoltre, è stato detto che la Carta sociale corre un serio di rischio di marginalizzazione laddove non riesca a coordinarsi con l'Unione europea e a imporre a quest'ultima l'attenzione per la propria «giurisprudenza»³³. Se a queste osservazioni aggiungiamo quella sull'approccio piuttosto timido che la Corte di giustizia ha fin qui avuto nei riguardi della Carta sociale e sulla riluttanza a considerarla un'importante fonte d'ispirazione in uno con la «giurisprudenza» del Comitato dei diritti sociali, capiamo quanto sia importante la giurisprudenza CEDU sui diritti dei lavoratori³⁴. L'interpretazione evolutiva della Convenzione svolta dalla Corte di Strasburgo alla luce delle prassi dei Comitati della Carta sociale e dell'OIL, infatti, potrebbe far penetrare nella giurisprudenza comunitaria (e magari nelle stesse iniziative legislative della Commissione) un'attenzione inedita per il «diritto vivente» formatosi sulla Carta sociale e sulle Convenzioni OIL, fungendo così da cavallo di Troia per introdurre nella «fortezza» dell'UE una nuova dimensione dei diritti dei lavoratori e dei sindacati.

superare resta quello della mancata riproduzione nella Carta di Nizza di alcuni tra i diritti garantiti dalla Carta sociale (*ibidem*).

³² La Carta Sociale revisionata del 1998 non prevede, a differenza della CEDU, la possibilità di far aderire l'Unione europea alla Carta stessa (per la CEDU, cfr. l'art. 59, punto 2, come modificato dal XIV Protocollo, che appunto afferma che l'UE può accedere alla Convenzione). Sulla storia dei tentativi (falliti) di adesione della Comunità Economica Europea alla Carta sociale (a partire dal 1984, poi nel 1988-89), cfr. O. DE SCHUTTER, *The Role of the European Social Charter...*, cit., 124.

³³ Cfr. P. ALSTON, *Strengths and Weaknesses of the ESC's Supervisory System*, cit., 63 s. Analizza un'ipotesi concreta di contrasto tra «giurisprudenza» del Comitato europeo dei diritti sociali e diritto comunitario, J-F. AKANDJI-KOMBÉ, *Réflexions sur l'efficacité de la Charte sociale européenne: à propos de la décision du Comité européen des droits sociaux du 23 juin 2010*, in *Rev. Dr. Travail*, 2011/4, 238 ss.

³⁴ Nel caso *Albany* (C-67/96 del 21 settembre 1999), l'AG Jacobs ebbe modo di riferirsi alla Carta sociale come portatrice di norme *programmatiche*, mentre appare piuttosto isolato il caso deciso dal Tribunale della funzione pubblica, ove viene citata la Carta sociale, in quanto fonte ispiratrice dell'art. 30 della Carta di Nizza (*Pia Langdren c. Fondation européenne pour la formation*, 26 ottobre 2006, F-1/05: cfr. O. DE SCHUTTER, *The Role of the European Social Charter...*, cit., 116 s.). Del resto, il fatto che la Carta sociale revisionata (nel 1998) non sia stata ancora ratificata da tutti gli Stati dell'UE rende difficile elevare la stessa a fonte ispiratrice della giurisprudenza della Corte di giustizia (*ivi*, 117). Per una sbrigativa affermazione circa la natura programmatica della Carta sociale fatta di recente dalla Cassazione, cfr. Cass. civ., sez. lav., 25 gennaio 2011, n. 1717.

SARA LORENZON

I DIRITTI SOCIALI
SECONDO LA CORTE EUROPEA DI GIUSTIZIA:
L'ERMENEUTICA INCIDE SUL COSTO DEI DIRITTI?

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Norme convenzionali ed effetto diretto: il problema dell'efficacia orizzontale. – 3. Principio di proporzionalità e *strict scrutiny*. – 4. Osservazioni conclusive: chi paga il conto?

1. *Introduzione*

Le decisioni della Corte europea di giustizia sui casi *Viking*, *Laval* e *Rüffert*¹ rivelano chiaramente l'emersione di una nuova tensione nell'ordinamento europeo: la pressante esigenza di tutela dei diritti sociali ha messo in crisi il granitico assetto del mercato unico nelle sue componenti essenziali, le libertà fondamentali. E, ironia della sorte, è proprio l'allargamento ed il corretto funzionamento di un'economia tutta europea, fondata sull'eliminazione delle barriere agli scambi, alla circolazione ed alla libera prestazione, ad aver accelerato ed alimentato lo scontro fra fattori economici e sociali².

I diritti sociali di partecipazione, negoziazione, conclusione di accordi collettivi e di sciopero sono tutelati e garantiti da diversi *Bill of right*, in primis, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione e la Carta sociale europea³. Tuttavia, ciò non è forse sufficiente per – ed è ben differente da – affermare che scelte profonde di politica sociale, sindacale e del lavoro – come quelle in discussione nelle cause europee – rientrino *tout court* nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione europea, legittimando le sue istituzioni ad attrarle nell'orbita delle rispettive competenze⁴. Non si può negare che il nuovo Trattato di Lisbona all'art. 4 an-

¹ Causa C-438/05, *Viking Line*; causa C-341/05, *Laval*; causa C-346/06, *Rüffert*.

² E. LONGO, R.L. ZAHN, *I casi Viking e Laval in tema di diritti sociali*, in M. CARTABIA (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 209 e ss.

³ Carta dei diritti fondamentali, artt. 12 e 28; Carta sociale europea, artt. 5 e 6.

⁴ Diversamente, auspica l'attrazione nell'orbita dell'ordinamento europeo di una parziale regolamentazione e tutela dei diritti sociali e ritiene che, a torto, il conflitto sindacale sia

noveri la politica sociale fra le materie di competenza concorrente dell'Unione con gli Stati, seppur limitatamente agli «aspetti definiti nel [presente] Trattato»; non solo, in tale ambito l'Unione possiede anche un potere di coordinamento fra le politiche dei Paesi membri, diversamente dal previgente art. 3 Tce che annoverava più genericamente «una politica nel settore sociale» all'interno dell'azione della Comunità. Alla luce di ciò solo si può, dunque, serenamente affermare, come fa l'avv. generale M.P. Maduro, che «l'ordinamento economico europeo è solidamente fondato su un contratto sociale»?⁵ L'accordo negoziale collettivo, per sua natura, è un mosaico di clausole, frutto di scelte difficili e di compromessi, all'inseguimento di punti di equilibrio che possono essere validi oggi ma inadatti a regolare il domani e che, ad ogni modo, si sviluppano diversamente, caratterizzati dal peculiare *humus* culturale, storico, politico ed economico-sociale del Paese ove sono conclusi.

In queste cause, la Corte è stata chiamata dai giudici nazionali ad esprimersi essenzialmente sull'efficacia e la portata delle norme del Trattato che disciplinano le libertà fondamentali. I casi giunti all'attenzione del giudice europeo, di fatto, hanno costretto la Corte ad un'interpretazione sistematica dei Trattati, procedendo ad un bilanciamento dei divieti tassativi ed imperativi di restrizione delle quattro libertà del mercato comune con altri diritti fondamentali e ricorrendo, ove possibile, a clausole generali quali l'ordine pubblico, come in *Schmidberger*, oppure alla dignità, come avvenuto in *Omega*⁶. In queste controversie, la presenza di previe decisioni assunte dalle autorità nazionali aveva forse orientato il giudizio della Corte⁷ che aveva optato per una formula di bilanciamento attenta a rispettare il margine di discrezionalità pertinente ai singoli Stati⁸. Diversamente, le sentenze *Viking* e *Laval* incidono significativamente e direttamente sulle posizioni giuridiche soggettive dei singoli nei

«ritenuto confinabile nell'ambito dei singoli ordinamenti nazionali», cfr. G. ORLANDINI, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT-45/2006, 4.

⁵ Conclusioni del 27 maggio 2007, dell'avv. gen. M. Poiares Maduro sul caso *Viking Line*, p.to 59. Induce un sorriso amaro – oppure, a discrezione, un moto di rammarico – leggere oggi questi passi delle conclusioni dell'avvocato ove egli postula che – sulla base di tale contratto sociale – i lavoratori di tutta Europa «devono accettare le ricorrenti conseguenze negative connesse alla creazione di una ricchezza crescente da parte del mercato comune, [...] in cambio di ciò la società si deve impegnare per un generale miglioramento delle loro condizioni di vita e di lavoro [...]».

⁶ Causa C-112/2000, *Schmidberger*; causa C-36/2002, *Omega*.

⁷ M. CARTABIA (a cura di), *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, 42 e ss.

⁸ Causa *Omega*, p.ti 36-38.

rapporti *inter privatos*, in assenza di provvedimenti o norme delle autorità interne e con uno *strict scrutiny* che vede un bilanciamento in netto sfavore dei diritti sociali dei lavoratori, senza alcun margine di apprezzamento a vantaggio dello Stato. A tal fine, la Corte fa leva sulla generale obbligatorietà delle norme europee e del rispetto degli impegni comunitari assunti dai Paesi membri, per cui anche nei settori che esulano dalla competenza dell'Unione, pur rimanendo «in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza e modi di esercizio dei diritti», gli Stati «sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario»⁹.

Investita in via pregiudiziale di questioni rilevanti e di non semplice soluzione, la Corte era indubbiamente vincolata al suo *non liquet*; ma i panni che essa ha qui indossato e gli strumenti ermeneutici di scena che ha posto in atto sembrano esorbitare a tratti dai suoi compiti, trascendendo nel diverso e più intenso obbligo di non denegare giustizia posto in capo al giudice interno. Nel dipanarsi del filo logico argomentativo delle motivazioni sviluppate dalla Corte emergono profili di incoerenza, rispetto ai precedenti giurisprudenziali, e – si ritiene – di dubbia compatibilità con i principi di tutela giurisdizionale effettiva e legalità dell'ordinamento europeo.

In questo breve intervento si cercherà, anzitutto, di porre in luce alcuni dei nodi problematici emersi nell'argomentazione sviluppata dalla Corte attraverso l'uso dell'effetto diretto orizzontale e del principio di proporzionalità, per poi considerarne le conseguenze nell'economia del sistema giudiziario di tutela dei diritti e di integrazione europea.

2. *Norme convenzionali ed effetto diretto: il problema dell'efficacia orizzontale*

Le questioni poste dai giudici remittenti ruotano intorno all'efficacia degli artt. 43 e 49 del Trattato CE, in materia di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi¹⁰.

La Corte intesse il suo ragionamento a partire dalla qualifica delle caratteristiche delle liti *a quibus*¹¹ e, al fine di attrarle nell'orbita del diritto dell'Unione, fa perno in entrambe le motivazioni sul necessario perseguimento dell'effetto utile delle norme convenzionali. Il riconosci-

⁹ *Viking*, p.to 40.

¹⁰ Nella causa *Laval* il quesito include anche l'efficacia della direttiva Ce 96/71 che rende quindi più complessa la valutazione anche in relazione all'obbligo e alla modalità di recepimento della direttiva stessa da parte del legislatore svedese.

¹¹ La Corte non si limita a chiarire i termini della lite bensì procede a qualificare e apprezzare modalità ed obiettivi dell'azione collettiva. *Viking*, p.ti 60-61; *Laval* p.ti 86-111.

mento dell'efficacia diretta orizzontale di tali precetti – seppur in forma diversa nelle due cause – rappresenta l'approdo finale della logica sviluppata dal giudice europeo. Ciononostante, non vengono puntualmente esposte né motivate le ragioni e le condizioni che, da un punto di vista interpretativo-sistematico¹², sottendono il riconoscimento della diretta efficacia delle disposizioni impugnate. In altri termini, sebbene entrambe le norme contengano un divieto esplicito di restrizione della libertà di stabilimento e prestazione di servizi, si può ritenere che ciò basti a rendere tali precetti anche incondizionati?

Se è generalmente vero che un precetto è incondizionato quando «sancisce un obbligo non soggetto ad alcuna condizione né subordinato, per quanto riguarda la sua osservanza o i suoi effetti, all'emanazione di alcun atto da parte delle istituzioni della Comunità o degli Stati membri»¹³, è altresì essenziale che l'eventuale interposizione – fra la norma comunitaria e la sua applicazione – di atti giuridici che comportano un potere di valutazione, tenda a sottrarre le norme europee da «qualsiasi possibilità di efficacia immediata»¹⁴. Il fatto, dunque, che i giudici remittenti abbiano articolato i loro quesiti intorno alla richiesta di interpretazione dei termini e delle clausole contenute nelle disposizioni convenzionali – non ultima la portata del concetto di «restrizione» – indica che le due cause in esame non sono analoghe alla fattispecie presentatasi all'attenzione della Corte in *Van Gend*. La presenza di un precetto di natura imperativa contenuto nel divieto di dazi doganali così come in quello di restrizioni, *ex artt.* 43 e 49 Tce, non significa che, per ciò solo, tali norme siano dotate della medesima efficacia diretta. La giurisprudenza della Corte ha più volte chiarito che l'effetto diretto, quale strumento ermeneutico, necessita di un apprezzamento caso per caso, alla luce del contesto giuridico e sistematico nella quale la norma è inserita – oltre che dalla «natura spirito e lettera della disposizione»¹⁵ – ed anche della valutazione di elementi estrinseci alla disposizione stessa, quali l'influenza della fattispecie concreta e gli altri interessi coinvolti¹⁶.

¹² Nella sentenza *Van Gend*, causa C-26/62, in cui la Corte per la prima volta riconosce la diretta efficacia di una norma del Trattato che poneva il divieto di imposizione di dazi doganali e misure di effetto equivalente, si specifica che l'immediata applicabilità presuppone che il divieto sia «chiaro e incondizionato».

¹³ Causa C-236/92, Comitato p.to 9. Già in *Van Gend* la Corte aveva precisato che il carattere incondizionato di una norma si evince dalla sostanziale assenza di discrezionalità residua in capo agli Stati membri. Nella giurisprudenza successiva si declinano ulteriori profili e criteri per definire tale caratteristica.

¹⁴ Causa C-28/67, *Molkerei-Zentrale Westfalen*, p.to 2, *Racc.*, 208.

¹⁵ Causa C-41/74, *Van Duyn*.

¹⁶ V. CRISAFULLI, *Le norme programmatiche della Costituzione*, in *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, 74 e ss.

L'efficacia diretta, insomma, si può graduare¹⁷ ed interpretare alla luce del contesto – giuridico e fattuale – ma presuppone un'analisi ed un'attenta considerazione da parte del giudice. È attraverso questo necessario passaggio dall'interpretazione in astratto – che pertiene alla Corte – all'applicazione in concreto – appannaggio dei giudici interni – che si consuma quel margine di apprezzamento che rende «vive» ed efficaci le regole comunitarie negli ordinamenti interni. Discrezionalità ed effetto diretto si comportano, dunque, in maniera inversamente proporzionale: laddove c'è un maggiore potere discrezionale, lì vi sarà una diminuzione del grado di precettività della norma e dei relativi effetti¹⁸.

Questi rilievi porterebbero a dubitare del carattere incondizionato delle citate norme convenzionali, specialmente per quanto concerne una loro applicabilità diretta anche ai rapporti fra soggetti privati, alla luce delle fattispecie concrete portate al vaglio della Corte.

Peraltro, si potrebbe correttamente obiettare che lo strumento del rinvio pregiudiziale è propriamente servente i dubbi del giudice interno e mira a definire la portata e l'applicabilità delle norme europee nel diritto interno. Non solo, in alcuni casi la Corte ha fatto riferimento al contesto normativo nazionale per perfezionare e definire il contenuto di un precetto comunitario¹⁹.

Tale rilievo sfuma però di fronte alle argomentazioni intessute dalla Corte nelle cause in oggetto. Essa non si è limitata a rispondere ai giudici interni sancendo un'efficacia diretta, in linea di principio, delle norme del Trattato lasciando così al giudice il compito di apprezzarne nel merito la portata, in ragione del contesto nazionale e delle domande delle parti. Bensì – considerata anche la carenza del quadro normativo di diritto interno che interveniva in misura minima a regolare la contrattazione collettiva e l'attività sindacale – ha preferito entrare nel dettaglio delle singole liti effettuando, in sostanza, un giudizio in fatto che ha ridotto a zero, o quasi, il margine discrezionale che di regola appartiene solo al giudice della singola causa. A questi, infine, non rimaneva che sovrapporre le

¹⁷ Nell'intensità degli effetti e nelle forme (interpretazione conforme, combinato disposto o disapplicazione). Sul punto cfr. R. BIN, *L'applicazione diretta della Costituzione, le sentenze interpretative, l'interpretazione conforme a Costituzione della legge*, in *La circolazione dei modelli e delle tecniche di giudizio di costituzionalità in Europa*, Napoli, 2012, 201-225.

¹⁸ È quella che viene definita *review of legality* ed è componente essenziale dell'effettività della tutela giurisdizionale postulata dall'effetto diretto. L'intensità di quest'ultimo, infatti, dipende in buona parte dal grado di controllo giurisdizionale che è possibile effettuare sul margine di discrezionalità statale. Cfr. J.H. HANS, R. DE LANGE, S. PRECHAL e R.J.G.M. WIDDERSHOVEN, *Europeanisation of Public Law*, Europa, Groningen, Law Publishing, 2007.

¹⁹ Causa C-231/87 *Comune Carpaneto*, causa C-152/84 *Marshall*, causa C-19,20/90 *Karella Karellas*.

strette maglie dello scrutinio di proporzionalità – come si vedrà *infra* – effettuato della Corte per formare la sua sentenza sul caso *a quo*.

È bene, poi, rilevare come nella causa *Van Gend*, così come in *Schmidberger*, l'efficacia diretta riconosciuta dalla Corte sia solo verticale, perciò invocabile da un privato esclusivamente nei confronti dell'autorità statale. Diversamente, l'effetto nello spazio di queste sentenze è accresciuto dal riconoscimento, in capo alle ricorrenti nella causa principale, della possibilità di invocare direttamente gli artt. 43 e 49 Tce contro altri soggetti privati – i sindacati – al fine di inibirne l'azione collettiva che, in qualche modo, rendeva difficoltoso l'esercizio di una delle libertà fondamentali dell'ordinamento europeo.

Nelle cause in esame, il riconoscimento dell'efficacia diretta orizzontale delle norme del Trattato, avvenuta in assenza di una normativa interna che ne impedisse comportamenti contrari – per omissione del legislatore interno, rilevata solo dall'avv. gen. M.P. Maduro²⁰ – è gravida di conseguenze sotto il profilo della tecnica ermeneutica utilizzata, della vincolatività delle pronunce al di là dei casi *a quibus* e, non ultimo, della titolarità dell'azione per risarcimento danni che può conseguire ad una violazione del diritto dell'Unione.

A tal proposito, è significativo che l'avv. gen. P. Maduro abbia ritenuto necessario valutare per analogia e riportare puntualmente nelle sue conclusioni i precedenti giurisprudenziali che riconoscono solo in casi specifici l'effetto diretto orizzontale delle disposizioni sulla libertà di circolazione. Questa scelta riflette la difficoltà oggettiva che sussiste nell'imporre *erga omnes* un onere diretto in capo ai singoli nei rapporti *inter privatos* – a prescindere dal contesto giuridico, normativo e fattuale della fattispecie e delle domande delle parti²¹ – volendo al contempo garantire la certezza del diritto. Non solo, nella causa *Viking*, con l'intento – poi disatteso dalla Corte – di tinggiare le sfumature del peculiare effetto diretto orizzontale riscontrabile nel cuore dell'art. 43 Tce, lo stesso avv. gen. ricorre ad una distinzione che appare piuttosto capziosa fra effetto diretto ed effetto orizzontale indiretto²². Avrebbe forse avuto più seguito una ricomposizione dei rapporti fra norme interne ed europee che facesse perno sulla funzione integrativa dei principi generali²³ oppure

²⁰ Conclusioni, p.to 40.

²¹ Conclusioni, p.ti 43-48.

²² La distinzione in dottrina corrisponde al diverso tipo di obbligatorietà che il precetto immediatamente efficace genera. Se l'effetto diretto rappresenta un vincolo generale e obbligatorio cui tutti si devono conformare, l'effetto orizzontale indiretto crea un obbligo solo in fase di *judicial review*, nel corso di un giudizio, davanti ad un giudice che ha l'onere di assumere una decisione rispettosa delle norme europee dotate di tale efficacia. Cfr. L.J. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la CEE*, in LGDJ, Paris 1970.

sull'obbligo di interpretazione conforme a carico del giudice interno, onerato dell'obbligo di adeguare il divieto di restrizioni sancito dai Trattati alla singola fattispecie.

Indipendentemente dalla sfumatura o accezione dottrinale cui si preferisce aderire per definire l'obbligatorietà delle norme *self-executing*, la conseguenza è la stessa: si concretizza un comportamento contrario alle regole europee, una violazione ascrivibile alla responsabilità di chi l'ha commessa ed è per ciò sanzionabile. Nei rapporti verticali, i singoli possono legittimamente agire nei confronti dello Stato colpevole di non essersi conformato alle norme europee, chiedendo il risarcimento dei danni, così come più volte ribadito dalla Corte²⁴. Ma nei rapporti *inter privatos*, può una società chiedere ad un sindacato il risarcimento dei danni per l'azione collettiva da questi legittimamente posta in essere in armonia con l'ordinamento interno ma apparentemente contraria alla libertà di stabilimento, così come interpretata dalla Corte alla luce dell'art. 43 del Tce?

Inoltre, non è stato considerato il comportamento omissivo del legislatore interno. Trascurando – o semplicemente scegliendo – di armonizzare l'ordinamento interno con quello europeo, il legislatore nazionale viene espunto dalla logica delle responsabilità per la violazione degli obblighi comunitari che ricadono così per intero sui singoli privati. Chi avrebbe risposto, invece, della violazione dell'art. 43 Tce se nella legislazione finlandese vi fosse stata una norma positiva facoltizzante che legittimava *apertis verbis* il diritto del sindacato a porre in essere quel tipo di azione collettiva ai danni dell'impresa?

Diversamente dai casi *Viking* e *Laval*, nella sentenza *Rüffert* è la legge del Land sugli appalti pubblici ad essere l'oggetto del giudizio della Corte. È, dunque, legittimo chiedersi se e come gli effetti eventualmente restrittivi di un'azione collettiva²⁵ possano essere assimilati a quelli prodotti da un atto statale d'imperio. A tal riguardo, non sembra persuasivo l'argomento della Corte che, facendo leva sul principio dell'effetto utile, richiama la sua giurisprudenza sull'applicabilità degli artt. 43 e 49 Tce genericamente anche al «lavoro subordinato»²⁶. L'attività sindacale e le

²³ S. BARTOLE, *Principi generali del diritto (diritto costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto*, XXXV, Milano, 494-533.

²⁴ Causa C-6 e 9/90 *Francoovich*, causa C-46/93 *Brasserie du pecheur*, causa C-48/93 *Factorame*, causa C-224/01 *Köbler*, causa C-173/03 *Traghetti del Mediterraneo*.

²⁵ Al netto delle considerazioni che qui non si intendono sviluppare – ma che sono inevitabilmente coinvolte nella difficile valutazione – in merito all'efficacia generalizzata degli accordi collettivi nei diversi ordinamenti dei Paesi membri.

²⁶ *Viking* p.ti 33-35; *Laval* p.ti 98-99.

azioni collettive che tali organizzazioni possono decidere di porre in essere rientrano in un complesso gioco di trattativa fra diverse parti sociali ed appartengono alla sfera dell'autonomia privata²⁷. In questo senso, appare altresì infelice la scelta della Corte di voler qualificare nel merito – sulla base dei soli elementi forniti dal giudice remittente – gli scopi e gli intenti delle azioni sindacali coinvolte nelle liti. Ammesso che, in una certa misura, l'azione intrapresa dai sindacati abbia prodotto (anche) l'effetto di «scoraggiare o rendere più difficile» l'esercizio delle libertà di prestazione e stabilimento, tuttavia la Corte collega questo «svantaggio economico» solo ed esclusivamente al mancato beneficio per le imprese coinvolte del «medesimo trattamento degli altri operatori economici stabiliti in tale Stato»²⁸, trascurando che un tale argomento poteva essere parimenti sviluppato considerando, invece, la parità di trattamento e il divieto di discriminazione delle condizioni di lavoro.

Si ha così l'impressione che, nei casi *Viking* e *Laval*, la Corte nello svolgimento della prima parte delle sue motivazioni sia tutta tesa a qualificare nel dettaglio la singola fattispecie e la specificità dell'effetto orizzontale coinvolto, preparando così il terreno al passaggio logico successivo che le permetterà di fissare il (suo) equilibrio ed un rigido schema di giudizio nel confronto fra libertà fondamentali e diritti sociali.

3. *Principio di proporzionalità e strict scrutiny*

Dopo aver incluso le azioni collettive nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione – grazie anche all'ausilio del principio dell'effetto utile – la Corte imposta il giudizio di bilanciamento. La premessa necessaria è basata sui precedenti *Omega* e *Schmidberger* ove si afferma che la tutela dei diritti fondamentali costituisce un «legittimo interesse» che può giustificare anche la parziale limitazione delle libertà fondamentali alla base del Trattato. Ciononostante, una tale tutela dev'essere «conciat[a] con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato» e «conforme al principio di proporzionalità»²⁹.

Prima di procedere ad individuare e qualificare i termini di verifica del principio di proporzionalità che sottende il suo apprezzamento, la Corte in *Viking* fa un passo indietro: introduce un ulteriore argomento apparentemente *ad adiuvandum* che svela però la debolezza e l'incertezza

²⁷ V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009.

²⁸ *Laval*, p.to 99; *Viking*, p.ti 60-62 e 72-74.

²⁹ *Viking* p.to 45, *Omega* p.to 36, *Schmidberger* p.to 77.

della scelta operata dal giudice europeo. Quasi in un (inutile) «eterno ritorno» – dalla Carta alla Corte – viene invocato l'art. 28 della Carta di Nizza che invita al rispetto del regime di tutela dei diritti fondamentali così come previsto dagli ordinamenti interni. A suffragio di ciò, la Corte individua nella giurisprudenza della Corte suprema finlandese un orientamento consolidato che vincola l'esercizio del diritto di sciopero al rispetto del diritto comunitario³⁰. Il motivo non viene però sviluppato, né si paventa una possibile mancanza da parte del giudice remittente che non si è conformato ai precedenti della sua giurisprudenza interna. Sembra, invece, qualificarsi come un maldestro tentativo atto a giustificare i discutibili termini del bilanciamento svolto di lì a breve.

Distaccandosi significativamente dai precedenti *Omega* e *Schmidberger* appena richiamati, in entrambe le cause *Viking* e *Laval*, la Corte decide di applicare un rigoroso test di proporzionalità: utilizzando la tecnica delle indicazioni puntuali, fattuali e delle valutazioni nel merito delle singole liti, essa indica alle giurisdizioni interne come interpretare e bilanciare i divieti di restrizione degli artt. 43 e 49 Tce con i diritti sociali coinvolti, giungendo così, di fatto, ad azzerare il margine di apprezzamento degli Stati e la discrezionalità tipica di cui godono i giudici delle cause *a quibus*. L'atteggiamento della Corte è basato sull'assunto per cui se da un lato il «giudice nazionale è il solo competente a valutare i fatti e interpretare la normativa nazionale», dall'altro la Corte è chiamata a «fornire indicazioni» ricavate dal fascicolo che «consentano a tale giudice di pronunciarsi sulla concreta controversia ad esso sottoposta»³¹. A ben vedere, tuttavia, dopo aver indicato al giudice interno gli elementi puntuali in base ai quali apprezzare l'adeguatezza dell'azione collettiva, la Corte stessa conclude che azioni come quelle al vaglio della lite principale non possono essere oggettivamente giustificate³². Non solo, fra le indicazioni necessarie per procedere alla sua valutazione, il giudice interno avrebbe dovuto verificare – a giudizio della Corte – se il sindacato disponesse di mezzi meno restrittivi della libertà di stabilimento per condurre a buon fine il suo negoziato, quasi a voler suggerire l'esercizio del diritto di sciopero come strumento *residuale* e sostituendosi così a scelte e considerazioni che pertengono alla sfera dell'autonomia privata – strettamente connessa ai fatti ed al contesto della singola causa – e che certamente sfuggono all'occhio seppur attento del giudice europeo.

Tradendo così i preziosi suggerimenti dell'avv. gen. Maduro, secondo il quale «spetta al giudice nazionale determinare, sulla base delle

³⁰ *Viking* p.to 44.

³¹ *Viking* p.ti 84-89.

³² *Viking* p.to 88, *Laval* p.to 110.

norme nazionali applicabili all'esercizio del diritto alle azioni collettive, se le azioni in esame vadano al di là di ciò che il diritto nazionale considera legittimo», la Corte ha ridotto sensibilmente il margine di apprezzamento in capo ai giudici nazionali, a dispetto, dunque, della «discrezionalità che il diritto comunitario lascia agli Stati membri»³³.

Non solo, sembra che la Corte esprima qui un intento di «omogeneizzazione» della disciplina in materia negli ordinamenti dei Paesi membri, ricorrendo ad uno strettissimo e dettagliato vaglio del principio di proporzionalità che inevitabilmente tende all'esclusione dello spazio lasciato alle scelte di ciascun ordinamento interno. Così, essa si allontana significativamente dai suoi precedenti *Omega* e *Schmidberger*: in quell'occasione, aveva sostenuto l'importanza dell'apprezzamento del margine da parte del giudice interno poiché «la necessità e la proporzionalità» delle scelte dell'autonomia privata o legislativa dei singoli Paesi «non sono escluse per il solo fatto che uno Stato membro abbia scelto un regime di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro». Infatti – prosegue la Corte – non è necessario che una misura restrittiva – sia essa un comportamento o un provvedimento dell'autorità statale – «corrisponda ad una concezione condivisa da tutti gli Stati membri relativamente alle modalità di tutela del diritto fondamentale»³⁴.

Se la cifra significativa dell'integrazione europea e lo stimolo essenziale al suo sviluppo si sono sempre riconosciuti proprio nella ricchezza caratterizzante i differenti ordinamenti giuridici – da cui, peraltro, hanno tratto vita anche le «tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri» – questa giurisprudenza rischia invece di portare il composito sistema di tutela giurisdizionale europeo verso uno stallo. Non ultimo, riducendo il ruolo delle giurisdizioni interne nell'apprezzamento del margine di discrezionalità, la Corte trascura forse un profilo rilevante: i giudici nazionali «hanno il dovere di garantire» il rispetto del diritto dell'Unione anche nella parità di trattamento e del principio di non discriminazione in ragione della nazionalità³⁵.

4. Osservazioni conclusive: chi paga il conto?

In seguito alla pronuncia sul caso *Laval*, Il Tribunale del lavoro scandinavo ha condannato il sindacato al pagamento di un'ingente somma di danaro, a titolo di risarcimento per i danni subiti dall'impresa *Laval* – in ragione della violazione dell'efficacia diretta orizzontale del-

³³ Conclusioni avv. gen. Maduro nella causa *Viking*, p.to 65.

³⁴ *Omega*, p.ti 37-38. Così anche *Schmidberger*, p.ti 82, 89, 93.

³⁵ Conclusioni avv. gen. Maduro nella causa *Viking*, p.to 65.

l'art. 49 Tce – a causa dell'azione collettiva dichiarata illegittima proprio dalla Corte europea di giustizia³⁶.

Si tratta di una decisione molto discussa a livello interno, dalla dottrina e dalla giurisprudenza, che ha raccolto diverse *dissenting opinion* all'interno del collegio giudicante, in parte scettico sul nesso causale fra responsabilità e danno effettivamente arrecato³⁷. Al di là della qualificazione delle singole fattispecie di responsabilità del caso specifico, la ripercussione a livello interno della sentenza della Corte non può sorprendere: è la conseguenza logico-giuridica che discende – in base alla citata e consolidata giurisprudenza europea *Francovich* – dalla constatazione di una violazione del diritto dell'Unione, in particolare, dell'obbligatorietà di una norma convenzionale che la Corte ha dichiarato *self-executing* anche nei rapporti *inter privatos*. Se fino ad ora è il privato cittadino che, se danneggiato da una cattiva applicazione del diritto dell'Unione, poteva far valere nei rapporti verticali la responsabilità dello Stato ed ottenerne il risarcimento, ora, nei casi in esame, la stessa azione viene legittimamente esercitata anche nei rapporti di tipo orizzontale, con un significativo costo (o svantaggio) a carico di una delle parti.

Il conto appare, infatti, poco ragionevole e forse un po' troppo salato per le tasche delle associazioni sindacali che agendo sulla base del legittimo affidamento hanno optato per un'azione collettiva – conforme alla legislazione interna – seppur parzialmente lesiva di una libertà fondamentale del Trattato. Sotto questo profilo, infatti, è innegabile come la Corte si sia fatta guidare essenzialmente dall'esigenza di garantire uniformità nell'interpretazione e nell'applicazione del diritto dell'Unione nell'ordinamento europeo. Tale obiettivo, peraltro sancito dall'art. 19 del TUE, sembra così aver prevalso da un lato sulla certezza del diritto – *longa manus* del principio di legalità dell'ordinamento europeo – e dall'altro sulla portata ed il ruolo della politica sociale europea e dei diritti sociali, come tutelati dagli artt. 12 e 18 della Carta dei diritti fondamentali.

A cosa giova, dunque, l'esistenza di un *Bill of right* tutto europeo e qual è la sua efficacia?³⁸ Allo stato dell'arte, l'unica efficacia certa ed effettiva sembra essere quella del *bill*...

³⁶ La condanna avvenuta con sentenza del 2 dicembre 2009, prevede il pagamento di 200.000 SEK per i sindacati dei lavoratori edili svedesi, 150.000 SEK per il sindacato degli elettricisti, più 220.000 euro di spese legali.

³⁷ E. SACCA, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per danno da sciopero» e innovazioni legislative (indotte)*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT-86/2010

³⁸ J.H.H. WEILER, *Costituzionalismo e integrazione: iconografia e feticismo*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2002, 521-536.

In effetti, l'art. 51 della Carta dei diritti dell'Unione europea ne sancisce un ambito di applicazione limitato, *ratione personae e materiae*. Non solo, l'*opting out* di alcuni Paesi membri ed i dubbi che ancora persistono intono alla sua vincolatività mostrano tutta la fragilità della Carta³⁹: allora, forse, bene ha fatto la Corte a non imperniare la sua motivazione su tali norme di tutela dei diritti fondamentali. Infatti, vi è una ragione più valida per non chiamare in causa la Carta dei diritti e le questioni connesse alla sua applicabilità ed efficacia per dirimere le questioni poste all'attenzione del giudice europeo. La natura dei dubbi che circondano dispositivi e argomenti di queste pronunce – come si è già detto – affonda le sue radici nella «distribuzione» verticale del principio di tutela giurisdizionale effettiva e nell'interpretazione del principio di legalità europea fatto proprio dalla Corte, sia sotto il profilo dell'uniformità del diritto, sia sotto quello della sua certezza.

Anzitutto, le ordinanze di rimessione rivelano come il nodo della pregiudizialità sembri essersi molto allentato: un efficace dialogo fra Corti è fortemente condizionato dalla formulazione di una buona domanda. Emerge così dagli atti che il giudice finlandese in *Viking* aveva posto alla Corte un numero considerevole di interrogativi, facendo sbiadire i confini del *petitum* e mettendo così quasi in dubbio la rilevanza di tutti i quesiti proposti rispetto alla soluzione della lite principale. Così in *Rüffert*, il giudice *a quo* si avventurava nel suo atto di rinvio in una valutazione sulla perdita del «vantaggio concorrenziale» per le imprese straniere che non era di sua competenza e rischiava d'essere fuorviante e poco pertinente per la determinazione del suo giudizio⁴⁰.

Per contro, la Corte ha accolto tutte le domande proposte, scremandole però – di fatto – all'atto della motivazione della sua decisione. Non solo, essa ha debolmente argomentato l'efficacia orizzontale della norma convenzionale e la sua applicabilità al comportamento chiamato in causa. Avrebbe potuto forse scegliere altri strumenti ermeneutici più efficaci – i.e. l'interpretazione conforme – nell'ottica di un migliore dialogo fra corti che garantisse una reale effettività della tutela giurisdizionale. Inoltre, la Corte ha attratto a sé il giudizio di bilanciamento, ridimensionando il ruolo ed il margine di apprezzamento dei giudici interni ed approdando ad un dubbio punto di equilibrio fra libertà fondamentali e diritti sociali. Se la Corte si fosse limitata a svolgere il suo delicato

³⁹ Si rinvia qui alle brevi considerazioni svolte in merito ai nodi problematici sulla portata e sull'effettività della Carta di Nizza dopo l'approvazione del Trattato di Lisbona. Cfr. S. LORENZON, *Il dopo Trattato di Lisbona: completezza ed effettività dei rimedi giurisdizionali di fronte alla Corte di giustizia*, in *Quaderni costituzionali*, 1/2010, 135 e ss.

⁴⁰ *Rüffert*, p.to 14.

ruolo di interprete nomofilattico ciò avrebbe giovato anche al legislatore interno ed al margine di discrezionalità nella disponibilità di questi, stimolandolo così – ove necessario – ad attivarsi per riparare all'eventuale mancanza o violazione.

La tenuta del sistema europeo non è garantita esclusivamente dal delicato equilibrio dei principi generali comuni agli Stati membri; per essere effettiva, essa necessita anche della certezza e della fiducia degli operatori del diritto – giudici, legislatori e amministrazioni statali – chiamati, a pena di responsabilità per violazione del diritto dell'Unione, ad intessere materialmente i lembi dell'integrazione fra diversi ordinamenti. Il costo della tutela dei diritti, dunque, non può essere appaltato esclusivamente – e talora arbitrariamente – all'interpretazione monocorde della giurisdizione europea ma deve nutrirsi di un'ermeneutica corale.

ALBERTO MATTEI

POSSIBILI TECNICHE DI TUTELA
DEI DIRITTI FONDAMENTALI
PER IL LAVORO TRANSNAZIONALE

1. All'interno del dibattito europeo in tema di conflitto tra diritti fondamentali dei lavoratori e libertà economiche, vi sono possibili correttivi «tecnico-giudiziari», sia a livello di Corte di giustizia sia potenzialmente in capo alle Corti nazionali: l'utilizzo di strumenti internazional-privastici volti a far emergere nelle controversie transnazionali schemi di tutela a favore dei lavoratori che svolgono la prestazione in più Stati.

In questa prospettiva, il diritto internazionale privato dell'U.e., alla luce della sua base giuridica presente nel TFUE all'art. 81 riguardante la cooperazione giudiziaria in materia civile, e a partire dalla Convenzione di Roma del 1980, ora trasfusa nel Regolamento c.d. «Roma I» (n. 593/08), può assumere un ruolo incisivo sulla disciplina del rapporto di lavoro con elementi di transnazionalità.

In questo senso, infatti, i processi di globalizzazione delle economie e, nello specifico contesto dell'Unione europea, la crescente espansione della libera prestazione dei servizi¹, determinano un aumento della mobilità sia dei lavoratori, sia delle imprese e, per effetto, una crescita delle relazioni contrattuali «senza confini»².

In termini generali, uno degli strumenti di diritto internazionale privato è la Convenzione di Roma del 19 giugno 1980, che ha cercato di favorire lungo gli anni l'integrazione degli Stati membri e il corretto funzionamento del mercato interno, consentendo di risolvere le questioni del diritto nazionale da applicare alle fattispecie contrattuali, nelle sempre più numerose controversie determinate dall'espansione dei rapporti di diritto privato, anche di lavoro, a carattere transnazionale³.

¹ G. ORLANDINI, *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in S. SCIARRA - B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, 2009, 551 ss.

² A. LO FARO, *Turisti e vagabondi»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e Diritto*, 3, 2005, 437 ss.

³ A. LYON-CAEN - S. SCIARRA, *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 20, 1998, 20 ss.

Nell'opera di comunitarizzazione del diritto internazionale privato, è comparso al primo posto dell'agenda delle istituzioni comunitarie l'obiettivo di realizzare, all'interno dell'Unione, uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia ai sensi dell'art. 67 TFUE⁴. Questo obiettivo ha portato all'adozione di numerosi atti e proposte in materia di diritto internazionale privato, fra cui la conversione della Convenzione di Roma nel Regolamento n. 593 del 2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali, c.d. Roma I.

La base giuridica che ha consentito alle istituzioni comunitarie di procedere alla revisione della Convenzione del 1980 è rinvenibile nell'art. 81 TFUE: tra le misure che possono essere adottate dal Consiglio nel settore della cooperazione giudiziaria in materia civile, che presenti implicazioni transfrontaliere, sono incluse quelle per la promozione della «compatibilità delle regole applicabili negli Stati membri ai conflitti di leggi e di competenza giurisdizionale», attribuendo all'Unione la competenza ad emanare atti interni di diritto internazionale privato⁵, in particolare regolamenti, come appunto il Regolamento Roma I, su cui è trasferita la Convenzione del 1980, nel quale si prevedono, in materia di contratti di lavoro all'art. 8, i criteri per individuare la scelta della legge applicabile⁶.

2. Con riguardo alla legge applicabile al rapporto di lavoro con elementi di transnazionalità, una recente tecnica giudiziaria è stata posta

⁴ T. BALLARINO, *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2009, 41 ss.

⁵ P. BENVENUTI, *Diritto internazionale privato*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2008, 164.

⁶ «1. Un contratto individuale di lavoro è disciplinato dalla legge scelta dalle parti conformemente all'articolo 3 (libertà di scelta). Tuttavia, tale scelta non vale a privare il lavoratore della protezione assicurategli dalle disposizioni alle quali non è permesso derogare convenzionalmente in virtù della legge che, in mancanza di scelta, sarebbe stata applicabile a norma dei paragrafi 2, 3 e 4 del presente articolo. 2. Nella misura in cui la legge applicabile al contratto individuale di lavoro non sia stata scelta dalle parti, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale o, in mancanza, a partire dal quale il lavoratore, in esecuzione del contratto, svolge abitualmente il suo lavoro. Il paese in cui il lavoro è abitualmente svolto non è ritenuto cambiato quando il lavoratore svolge il suo lavoro in un altro paese in modo temporaneo. 3. Qualora la legge applicabile non possa essere determinata a norma del paragrafo 2, il contratto è disciplinato dalla legge del paese nel quale si trova la sede che ha proceduto ad assumere il lavoratore. 4. Se dall'insieme delle circostanze risulta che il contratto di lavoro presenta un collegamento più stretto con un paese diverso da quello indicato ai paragrafi 2 o 3, si applica la legge di tale diverso paese», sul punto, per una ricostruzione della giurisprudenza comunitaria e nazionale in proposito, ved. P. FRANZINA, *art. 8*, in G. CIAN, *Codice civile e leggi collegate. Commento giurisprudenziale sistematico*, Padova, 2010, 6150 ss.

in essere dall'avvocato generale Verica Trstenjak nella causa C-29/10, *Koelzsch*, riguardante la vicenda di un autotrasportatore internazionale, la quale nelle conclusioni presentate il 16 dicembre 2010, accolte poi favorevolmente dalla Grande Sezione della Corte di giustizia nella pronuncia del 15 marzo 2011, ha offerto una disamina dei profili che legano la Convenzione di Roma, la Convenzione di Bruxelles sulla giurisdizione applicabile e il sistema transazionale di protezione dei lavoratori.

Nella controversia, l'autotrasportatore tedesco, divenuto membro del consiglio aziendale in Germania, pur avendo sottoscritto un contratto di lavoro che designava la legge lussemburghese come legge applicabile al contratto di lavoro e la competenza esclusiva dei giudici lussemburghesi in caso di controversia, si è rivolto al giudice interno con l'obiettivo di far applicare la legislazione tedesca in materia di licenziamento.

Nello specifico delle valutazioni di fronte alla Corte di giustizia, l'avvocato generale Trstenjak si è soffermato sulla relazione tra Convenzione di Roma, come strumento tutela del lavoratore quale parte contrattuale più debole, e la giurisprudenza comunitaria sulla Convenzione di Bruxelles sotto il profilo letterale, storico, sistematico e teleologico, nell'alveo del 23° «considerando» di Roma I, per il quale l'interpretazione della norma sul contratto di lavoro (art. 6 nel testo della Convenzione, art. 8 nel Regolamento Roma I) deve ispirarsi ai principi del favor per il lavoratore, poiché le parti più deboli del contratto devono essere protette «tramite regole di conflitto di leggi più favorevoli».

L'avvocato generale, oltre a toccare preliminarmente la questione relativa al fondamento giuridico della responsabilità dello Stato (punti 38-43), si è soffermato in maniera specifica sulla relazione tra Convenzione di Roma, come strumento di tutela del lavoratore quale parte contrattuale più debole, e la giurisprudenza comunitaria sulla convenzione di Bruxelles sotto il profilo letterale (punti 59-64), storico (punti 65-69), sistematico (punti 70-79) e teleologico (punti 80-81), tenendo, comunque, a precisare i limiti di una lettura parallela tra le due Convenzioni, ossia: «è necessaria una certa prudenza nell'interpretare parallelamente nozioni simili o analoghe che compaiono nelle norme di conflitto e nelle norme di determinazione della competenza giurisdizionale, in quanto i due sistemi di norme hanno diversi obiettivi. Mentre lo scopo delle norme di conflitto è quello di individuare la legge applicabile ad un'obbligazione contrattuale (nel caso in esame ad un contratto di lavoro), lo scopo delle norme per la determinazione della competenza giurisdizionale è quello di individuare il giudice competente. Le norme di conflitto (vale a dire la convenzione di Roma) conducono di regola alla determinazione della legge di un solo Stato, mentre sulla base dell'applicazione delle norme di

determinazione del giudice giurisdizionalmente competente il ricorrente può avere – quantomeno in taluni casi – anche la possibilità di scegliere il foro in cui proporre ricorso.» (punto 82).

Nell'analisi dell'art. 6, n. 2 della Convenzione di Roma, qualora le prestazioni lavorative siano eseguite in più di uno Stato membro, per l'avvocato generale il criterio del paese dell'esecuzione abituale del lavoro deve formare oggetto di un'interpretazione ampia ed essere inteso nel senso che si riferisce al luogo in cui o a partire dal quale il lavoratore esercita effettivamente le proprie attività professionali e, in mancanza di un tale centro di affari, al luogo in cui il medesimo svolge la maggior parte delle sue attività.

Nella pronuncia successiva di marzo 2011, la Corte ha fornito un criterio di concretezza degli effetti dando, nel caso di specie, rilievo alla norma imperativa di legge dell'ordinamento tedesco che tutela il licenziamento dei membri appartenenti al consiglio aziendale, rispetto al contratto che rinviava alla legge lussemburghese sul lavoro⁷.

A dire il vero, com'è stato rilevato in dottrina, la ragione protettiva della parte debole si traduce nella previsione di un limite all'autonomia individuale delle parti, secondo la tradizionale logica fondativa del diritto del lavoro, ma il principio del favor per il lavoratore è un'affermazione che non va «intesa nel senso che le norme di conflitto sussidiarie rispetto alla volontà delle parti debbano garantire comunque al lavoratore gli *standard* di tutela più favorevoli tra quelli possibili. La legge applicabile in base ad esse è quella del luogo dove è identificato il centro di gravità effettivo del rapporto, ovvero dove il lavoratore esercita la sua funzione economica e sociale. Il principale criterio sussidiario di collegamento dettato dall'articolo 8 [...] pare ispirato, piuttosto che dal principio del «*favor*», da quello di «prossimità», che il primo principio presuntivamente realizza»⁸.

⁷ Da ultimo, la Corte di giustizia nella sentenza 15 dicembre 2011, C-384/10, *Voogsgaerd*. La Corte ha invitato il giudice nazionale a tener conto dei medesimi principi per selezionare la legge applicabile ad un rapporto di lavoro di un lavoratore marittimo assunto con contratto regolato (di nuovo) dal diritto lussemburghese, ed impiegato da un'impresa navale con sede in Lussemburgo a bordo di navi mercantili salpanti prevalentemente da Anversa (in Belgio). La legge applicabile deve considerarsi quella del Belgio se, alla luce di tutti gli elementi che caratterizzano il rapporto, in tale paese si colloca il luogo a partire dal quale il lavoratore svolge le sue missioni, nel quale riceve le istruzioni o dove deve presentarsi prima di compierle, ved. G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT-137/2012, 14 (anche in M. PERSIANI - F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, VII, M. MISCIONE (a cura di), *I contratti di lavoro speciali e i rapporti di lavoro tra autonomia e subordinazione*, di prossima pubblicazione).

⁸ G. ORLANDINI, *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, cit., 10.

Ad ogni modo, nella prospettiva del «first order conflict of laws»⁹, la tecnica giudiziaria volta a far emergere le tecniche proprie del diritto internazionale privato, porta in rilievo nelle controversie transnazionali strumenti di tutela a favore dei lavoratori che svolgono la prestazione in più Stati.

Sul fronte legislativo, l'Unione europea, nel proposito di incidere proprio sull'individuazione della legge applicabile al fine di tutelare a livello transnazionale i lavoratori, recentemente (22 maggio 2012) ha approvato il regolamento di sicurezza sociale n. 465/2012, volto a emendare il regolamento n. 883/2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e il regolamento n. 387/2009 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento del 2004.

Si prevede, infatti, l'inserimento della formula della «base di servizio»¹⁰, che diventa il criterio per l'individuazione della normativa previdenziale applicabile ad equipaggi di condotta e di cabina nel settore del trasporto aereo¹¹. In sostanza, si va ad individuare come legislazione previdenziale del paese dei lavoratori di tale settore (pilota, hostess e steward) quella in cui abitualmente cominciano e concludono l'intera giornata lavorativa¹².

⁹ C. JOERGES - P. KJAER - T. RALLI, *A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation*, in *Transnational Legal Theory*, 2, 2, 2011, 153.

¹⁰ Nel testo di legge, si prevede espressamente l'aggiunta del seguente paragrafo all'art. 11 del regolamento del 2004, riguardante le norme per la determinazione della legge applicabile: «un'attività svolta dagli equipaggi di condotta e di cabina addetta ai servizi di trasporto aereo passeggeri o merci è considerata un'attività svolta nello Stato membro in cui è situata la base di servizio, quale definita all'allegato III del regolamento (CEE) n. 3922/91».

¹¹ L'intervento nasce dalla volontà del Parlamento europeo il quale, nel corso dell'aprile 2012, ha votato a larga maggioranza una risoluzione volta a contrastare una pratica commerciale, compiuta da una compagnia aerea *low cost*, al fine di rendere più conveniente l'applicazione della legislazione previdenziale. Per un approfondimento si rinvia all'inchiesta giornalistica di D. DI VICO, *Il paradosso Ryanair: porta turisti al Sud ma evade i contributi*, in *Il Corriere della Sera*, 27 aprile 2012, p. 6-7.

¹² Anziché il criterio generale riconducibile alla legislazione del paese dove ha sede legale la compagnia aerea. Infatti, il nuovo considerando 18-ter, inserito nel regolamento 883/04, prevede che «il concetto di “base del servizio” per gli equipaggi di condotta e di cabina è definito come il luogo designato dall'operatore per ogni membro d'equipaggio dal quale il membro di equipaggio solitamente inizia e dove conclude un periodo di servizio o una serie di periodi servizio e nel quale, in condizioni normali, l'operatore non è responsabile della fornitura dell'alloggio al membro d'equipaggio interessato. Al fine di facilitare l'applicazione del titolo II del presente regolamento agli equipaggi di condotta e di cabina, è giustificato utilizzare il concetto di “base di servizio” come il criterio per determinare la normativa applicabile agli equipaggi di condotta e di cabina. Tuttavia, la legislazione applicabile agli equipaggi di condotta e di cabina dovrebbe restare stabile e il principio della “base di servizio” non dovrebbe condurre a modifiche frequenti, della legislazione applicabile a causa dei modelli di organizzazione del lavoro in questo settore e delle domande stagionali».

Bibliografia

- BALLARINO T., *Dalla Convenzione di Roma del 1980 al Regolamento Roma I*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1, 2009.
- BENVENUTI P., *Diritto internazionale privato*, in C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO (a cura di), *Manuale di diritto privato europeo*, Milano, 2008.
- DI VICO D., *Il paradosso Ryanair: porta turisti al Sud ma evade i contributi*, in *Il Corriere della Sera*, 27 aprile 2012, p. 6-7.
- FRANZINA P., art. 8, in G. CIAN, *Codice civile e leggi collegate. Commento giurisprudenziale sistematico*, Padova, 2010.
- JOERGES C. - KJAER P. - RALLI T., *A New Type of Conflicts Law as Constitutional Form in the Postnational Constellation*, in *Transnational Legal Theory*, 2, 2, 2011.
- LO FARO A., *Turisti e vagabondi»: riflessioni sulla mobilità internazionale dei lavoratori nell'impresa senza confini*, in *Lavoro e Diritto*, 3, 2005.
- LYON-CAEN A. - SCIARRA S., *La Convenzione di Roma e i principi del diritto del lavoro*, in *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 20, 1998.
- ORLANDINI G., *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in S. SCIARRA - B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, Torino, 2009.
- ORLANDINI G., *Il rapporto di lavoro con elementi di internazionalità*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».IT-137/2012 (anche in M. PERSIANI - F. CARINCI (diretto da), *Trattato di diritto del lavoro*, Padova, VII, M. MISSIONE (a cura di), *I contratti di lavoro speciali e i rapporti di lavoro tra autonomia e subordinazione*, in corso di pubblicazione).

GIOVANNI ORLANDINI

LA PROPOSTA DI REGOLAMENTO MONTI II ED IL DIRITTO DI SCIOPERO NELL'EUROPA POST-LISBONA*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La giurisprudenza delle Corti europee in materia di sciopero: conflitto o convergenza? – 3. Lo sciopero nella Carta sociale europea. – 4. La struttura della proposta di regolamento Monti II. – 5. I «principi generali» secondo la proposta della Commissione: continuità con la giurisprudenza della Corte. – 6. I meccanismi di composizione delle controversie: nuovi vincoli per il conflitto sindacale? – 7. Principio di sussidiarietà e ruolo delle corti nazionali. – 8. Il meccanismo di allerta e la responsabilità indiretta dello Stato per i danni provocati dall'azione sindacale. – 9. La clausola di salvaguardia che non salvaguardia.

1. *Introduzione*

L'adozione della proposta di regolamento c.d. Monti II rappresenta la risposta della Commissione ai problemi generati dalle storiche sentenze *Viking* e *Laval*¹. Essa si accompagna alla proposta di direttiva tesa a dare completamente alla direttiva 96/71/CE, colmandone le lacune regolative e superandone le incertezze interpretative che hanno accompagnato la sua implementazione negli Stati membri². Nell'ottica della Commissione le due proposte sono strettamente legate, in quanto un corretto contenimento tra libertà economiche e azione sindacale presuppone un quadro

* Il 12 settembre 2012 la Commissione ha ritirato la proposta di regolamento Monti II: pur non riconoscendo la fondatezza delle contestazioni avanzate dai Parlamenti nazionali nell'ambito della c.d. procedura «yellow card» (vedi *infra* par. 4), ha deciso in tal senso considerando l'assenza di un consenso politico sufficiente per la sua adozione. Il presente scritto, già in stampa in tale data, ha così perso la sua ragion d'essere originaria. Ad opinione di chi scrive, esso mantiene comunque rilievo di contributo al dibattito in corso su un tema la cui importanza e complessità è testimoniata proprio dalla vicenda che ha portato al fallimento dell'iniziativa della Commissione. Da ciò la decisione di pubblicarlo ugualmente.

¹ Commissione europea, Proposta di regolamento del Consiglio sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione di servizi, COM(2012)130 def., del 21.3.2012.

² Commissione europea, Proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione della direttiva 96/71/CE relative al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, COM(2012)131 def., del 21.3.2012.

di regole europee chiare e condivise in merito alle condizioni di lavoro applicabili ai lavoratori coinvolti nelle dinamiche del mercato interno.

La strategia di intervento della Commissione è stata delineata dall'*ex* Commissario Mario Monti nel suo rapporto a Barroso del maggio 2010³, sulla cui base l'organo di governo dell'UE ha adottato l'«Atto per il mercato Unico» dell'aprile 2011⁴, dove le due proposte vengono ufficialmente annunciate. Quanto affermato da Monti nel suo rapporto è esemplificativo della logica che ispira l'azione legislativa della Commissione, riflesso di un'ottimistica lettura degli effetti prodotti dalla piena integrazione di mercato: per evitare che questa incida negativamente sui regimi di tutela dei diritti sociali non è necessario ripensare le regole sulle quali esso si fonda, né a livello di normativa derivata né, tanto meno, sul piano delle fonti primarie. Proprio con riferimento a queste ultime, le «*preoccupazioni dei sindacati*» generate dalle decisioni della Corte di giustizia dovrebbero essere fugate già dalle riforme introdotte con il Trattato di Lisbona, successive a tali decisioni. In particolare, l'aver indicato tra i compiti dell'UE la realizzazione di un'«*economia sociale di mercato*» (art. 3.3 TUE) e, soprattutto, l'attribuzione dello stesso «*valore giuridico dei Trattati*» alla Carta di Nizza (art. 6.1 TUE), il cui art. 28 riconosce il diritto di sciopero, agli occhi dell'attuale presidente del Consiglio italiano sono elementi capaci di configurare un nuovo e più equilibrato rapporto tra libertà di mercato e istanze sociali. L'iniziativa legislativa della Commissione si iscrive in un contesto più favorevole per i lavoratori rispetto a quello tenuto presente dalla Corte nelle controverse sentenze e si traduce in «*ulteriori azioni strategiche*», a completamento di quelle già operate a livello di fonti primarie⁵.

Se così è, l'integrazione dei due piani di intervento dovrebbe davvero modificare sostanzialmente il quadro giuridico complessivo rispetto alle sentenze *Viking* e *Laval*, in modo tale da poter rassicurare il fronte sindacale. Qualche dubbio in merito è però legittimo sollevarlo, considerando sia le tutele che per il diritto di sciopero conseguono dal nuovo assetto dei Trattati delineato a Lisbona, sia gli effetti che l'adozione del regolamento Monti II può produrre.

³ Mario Monti, Rapporto al Presidente della Commissione Europea Josè Manuel Barroso, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, 9 maggio 2010.

⁴ Commissione Europea, 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.

⁵ M. MONTI, *Rapporto*, cit., 75.

2. *La giurisprudenza delle Corti europee in materia di sciopero: conflitto o convergenza?*

È indubbio che nel periodo che ci separa dalle sentenze *Viking* e *Laval* siano intervenute significative novità sul piano del diritto primario dell'UE che vi configurano un più solido fondamento per il diritto di sciopero. All'espresso riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale nell'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali, si aggiunge la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, superando le precedenti incertezze, nella sentenza *Enverji Yapi* ha abbandonato l'interpretazione «*in chiave individualista*»⁶ dell'art. 11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo (CEDU) e ricondotto il diritto all'azione sindacale nell'ambito della libertà di associazione⁷, con ciò aderendo al consolidato orientamento seguito dagli organismi dell'OIL⁸.

Il fatto che il comitato di esperti OIL chiamato a vigilare sul rispetto delle Convenzioni n. 87 (sulla libertà di associazione) e n. 98 (sulla contrattazione collettiva) riconosca nello sciopero un'espressione irrinunciabile della libertà di associazione sindacale, di per sé potrebbe bastare per considerare quel diritto parte integrante dei principi generali dell'ordinamento europeo; le convenzioni in questione sono ratificate da tutti gli Stati membri e l'art. 351 TFUE esclude che i Trattati possano pregiudicare gli obblighi di diritto internazionale da questi assunti⁹. Le recenti sentenze della Corte di Strasburgo rappresentano comunque un ulteriore passo in avanti nel consolidarsi di più certe basi giuridiche per il diritto

⁶ Così S. SCIARRA *Diritto di sciopero e dialogo tra Corti sopranazionali*, in *Liber Amicorum. Spunti di diritto del lavoro in dialogo con Bruno Veneziani*, Cacucci, 2012, p. 293.

⁷ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Enerji Yapi - Yol Sen v. Turkey* (68959/01) del 21 aprile 2009, che fa seguito alla sentenza *Demir and Baykara v. Turkey* (34503/97) del 12 novembre 2008 con la quale anche il diritto alla contrattazione collettiva è stato ricondotto sotto la copertura dell'art. 11 CEDU (in merito si rinvia al puntuale commento di G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, 975 ss.; cfr. anche K. EWING - J. HENDY, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, in *Industrial Law Journal*, 2010, 2 ss., che, dopo aver ripercorso l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo, prospettano rilevanti effetti delle sentenze sia sul piano dell'ordinamento dell'UE che su quello degli ordinamenti nazionali, britannico *in primis*).

⁸ Cfr. T. NOVITZ, *International and European Protection of the Right to Strike*, Oxford UP, Oxford, 2003, 192 ss. per una ricostruzione approfondita del processo che ha portato gli organismi di governo dell'OIL a definire standard di tutela del diritto di sciopero, non oggetto specifico di alcuna Convenzione ma espressione della libertà di associazione sindacale sancita dalla Convenzione n. 87.

⁹ Così ancora T. NOVITZ, *Labour Rights as Human Rights: Implications for Employers' Free Movement in an Enlarged European Union*, Cambridge Yearbook of European Legal Studies, 2006, 366.

in questione nell'ordinamento dell'UE. I diritti riconosciuti dalla CEDU infatti «fanno parte integrante del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 6.3 TUE) e la stessa Carta di Nizza richiama la CEDU sia per sancire l'equivalenza del «significato e la portata» dei diritti riconosciuti nelle due fonti (art. 52.3), sia per escludere che alle disposizioni contenute nella prima possa essere data un'interpretazione «limitativa o lesiva» dei diritti affermati dalla seconda. Con l'adesione dell'Unione alla CEDU, espressamente prevista dall'art. 6.2 TUE, si porterebbe poi a compimento il processo di integrazione tra le diverse fonti «europee», rendendo le sentenze della Corte di Strasburgo parte integrante del diritto dell'UE¹⁰.

La Corte di giustizia, dunque, 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 interpreto dalla Corte dei diritti dell'uomo. Che ciò possa tradursi in una revisione sostanziale dei principi enunciati nelle sentenze *Viking* e *Laval* è però tutt'altro che scontato¹¹.

Oggetto della sentenza *Enerji Yapi* è una circolare ministeriale che vietava la partecipazione di tutti i dipendenti dei servizi pubblici ad uno sciopero nazionale. La Corte di Strasburgo, una volta incluso il diritto di sciopero nell'ambito di applicazione dell'art. 11, ha valutato se le restrizioni contestate fossero o meno compatibili con quelle ammesse dalla norma in questione, la quale al comma 2 ne esclude la legittimità se non sono «stabilite dalla legge» e se non «costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione dei diritti e delle libertà altrui». Visto il carattere generale ed assoluto dei limiti consentiti dalla normativa turca all'esercizio dell'azione sindacale, la con-

¹⁰ Sulle ricadute che ciò avrebbe per la tutela dei diritti sociali nell'UE cfr. A. BÜCKER - F. DORSSEMONT - W. WARNECK, *The search for a balance: analysis and perspective*, in ID. (eds.), *Reconciling Fundamental Social Rights and Economic Freedoms after Viking, Laval and Rüffert*, Nomos, Baden-Baden, 2011, 349 ss.

¹¹ La maggior parte dei commentatori tende invece ad enfatizzare lo scarto tra la recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art. 11 e la dottrina «Viking e Laval» (oltre agli autori citati in nota 7, cfr. A. IOSSA, *Protecting the right to collective action and to collective bargaining: developments and news perspectives at European and International levels*, in BÜCKER - DORSSEMONT - WARNECK, *ult. cit.*, spec. 276 ss.).

clusione che questa non potesse considerarsi compatibile con gli standard della CEDU era quasi scontata¹².

Il caso oggetto della sentenza *Enerji Yapi* non ha evidentemente alcuna affinità con quelli oggetto della giurisprudenza della Corte di giustizia e lascia senza risposta la questione centrale da questa sollevata: tra le «*libertà altrui*» per la cui protezione l'art. 11 della CEDU ammette sia limitato il diritto di sciopero rientrano anche le libertà economiche fondamentali riconosciute dall'ordinamento dell'UE? E se la risposta è positiva, in base a quali criteri deve condursi il giudizio di bilanciamento che necessariamente ne consegue?

Sotto il primo profilo, proprio l'intensificarsi del dialogo tra Corti Europee rende difficile per i giudici di Strasburgo negare rilievo al diritto dell'UE in relazione ai suoi principi fondamentali, quali sono quelli sui quali si basa il mercato unico. In altre parole, quella stessa «*interpretazione evolutiva e dinamica*» del diritto internazionale¹³ che ha portato la Corte di Strasburgo a considerare lo sciopero espressione della libertà di associazione potrebbe indurla a riconoscere che, per effetto del processo d'integrazione europea, la tutela delle libertà sulle quali si fonda il mercato interno costituisce un «*fine legittimo*» necessario in «*una società democratica*», ai sensi dell'art. 11, comma 2 della CEDU.

Che sia così non pare aver dubbi la Corte di giustizia, la quale non ha avuto bisogno di aspettare né il Trattato di Lisbona né le sentenze della Corte dei diritti dell'uomo per riconoscere che lo sciopero è un diritto fondamentale parte integrante dei principi generali dell'ordinamento dell'UE; salvo poi affermare che esso, come tutti i diritti, debba essere esercitato nel rispetto delle «*esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato*»¹⁴, ovvero, in primo luogo, alle libertà economiche fondamentali. E d'altra parte lo stesso articolo 28 della Carta di Nizza, nell'affermare quel diritto, ne giustifica limiti di esercizio derivanti dal «*diritto dell'Unione*», con ciò riconoscendo rilievo ai principi sanciti dalle norme del TFUE.

È vero che la Corte di Strasburgo prospetta un bilanciamento che muove da un'ottica opposta rispetto a quella della Corte di giustizia, dal momento che per la prima lo sciopero è il diritto da tutelare mentre per

¹² La censura della Corte di Strasburgo nella sentenza *Enerji Yapi* si basa sul fatto che la normativa turca rende possibile «*un divieto assoluto di sciopero per tutti i dipendenti, senza operare un tentativo di bilanciamento rispetto alle esigenze imperative elencate nell'art. 11 comma 2 della Convenzione*».

¹³ Così G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva*, cit., 981.

¹⁴ Corte di giustizia, 11 dicembre 2007, C-438/05, *Viking*, punto 46 e 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval*, punto 94.

la seconda un limite ad un'altrui libertà, da giustificare¹⁵. Il test di proporzionalità posto a base del giudizio di bilanciamento per la Corte dei diritti implica che i limiti al diritto di sciopero (come per qualsiasi altro diritto fondamentale) debbano essere definiti «*chiaramente ed in misura più restrittiva possibile*»¹⁶. Non si tratta però di un'affermazione in contraddizione con la giurisprudenza della Corte di giustizia. Lo confermano le conclusioni dell'A.G. Trstenjak nel caso *Commissione/Germania*¹⁷. Discostandosi dall'impostazione seguita dalla Corte nei casi *Viking* e *Laval*, questi sottolinea la necessità di condurre il giudizio di bilanciamento in modo da preservare il contenuto essenziale di entrambi i diritti/libertà oggetto dello stesso; un approccio già adottato dalla Corte nella sentenza *Schmidberger*¹⁸ e che nei fatti non produce esiti significativamente diversi da quelli delle controverse sentenze del 2007. Lo stesso A.G. in base ad esso finisce infatti per entrare nel merito dell'esercizio dell'autonomia collettiva, con la conseguente censura del contenuto dei suoi prodotti negoziali considerati «sproporzionatamente» lesivi delle altrui libertà economiche. Una conclusione confermata dalla Corte di giustizia, che pur formalmente non ha seguito l'approccio dell'A.G.¹⁹.

3. *Lo sciopero nella Carta sociale europea*

Il diritto di sciopero trova espresso riconoscimento nell'art. 6, comma 4 della Carta sociale europea (CSE), richiamato dalla stessa CEDU nella sentenza *Enerji Yapi* a sostegno delle proprie conclusioni. Come noto, alla Carta Sociale, anche nella sua versione «riveduta» del 1996, non può essere riconosciuto lo stesso valore giuridico della CEDU, né (oggi) della Carta di Nizza, vista la sua natura di fonte non vincolante

¹⁵ In merito cfr. M. SCHLACHTER, *Reconciliation between fundamental social rights and economic freedoms*, paper presentato alla Conferenza «*Social rights and economic freedoms*», Bruxelles, 27/28.6.2011, ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=6923&langId=en, 3.

¹⁶ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Enerji Yapi*, cit.

¹⁷ AG Trstenjak, Conclusioni in causa C-271/08, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*, punti 188-190.

¹⁸ Corte di giustizia, 12 giugno 2003, C-112/00, *Schmidberger*.

¹⁹ Corte di giustizia, 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione c. Repubblica Federale di Germania*; la Corte non recepisce l'argomentazione dell'A.G., anche se nel giudizio di bilanciamento richiama espressamente la precedente sentenza *Schmidberger* che nelle conclusioni viene contrapposta alle sentenze *Viking* e *Laval*. In merito, da ultimo, 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 in onore di Tiziano Treu*, Jovene, Napoli, 2011, 1411 ss.

ed il carattere non giurisdizionale delle decisioni adottate dal Comitato europeo dei diritti sociali, deputato a vigilarne il rispetto da parte degli Stati aderenti. E non è un caso che l'art. 6 TUE, nel momento in cui individua le fonti da cui trarre i diritti fondamentali riconosciuti dall'Unione, ometta di richiamare la CSE. Ad essa (ed alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989) fa espresso riferimento l'art. 151 TFUE, ma solo per segnalare alle istituzioni europee che i diritti ivi contenuti debbano essere «*tenuti presenti*» nel perseguire gli obiettivi di politica sociale indicati dal titolo X del Trattato.

L'attrazione della Carta di Nizza tra le fonti dell'UE può però influire anche sull'efficacia da riconoscere alla CSE nell'ordinamento dell'Unione. Ciò in ragione del fatto che, come espressamente prevede l'art. 6.1 TUE, nell'interpretare la Carta devono essere tenute «*in debito conto*» le «spiegazioni» del presidium, richiamate dall'art. 52.7 della stessa Carta. E nelle «spiegazioni» i diritti sociali contenuti nella CSE sono richiamati tutte le volte che coincidono con quelli riconosciuti nella Carta di Nizza. Nell'interpretare l'art. 28 della Carta dei diritti non si può dunque prescindere da quanto prevede in merito al diritto di sciopero la CSE.

Sulla questione dei limiti applicabili al diritto in questione l'art. G, comma 1 della CSE conferma quasi alla lettera quanto previsto dall'art. 11, comma 2 della CEDU, ivi compreso il riferimento alle «*restrizioni necessarie in una società democratica per la protezione dei diritti e libertà altrui*»²⁰. Pur avendo escluso che i meri interessi economici del datore possano giustificare restrizioni dell'azione collettiva²¹, il Comitato dei diritti sociali non ha mai chiarito quali siano i diritti e le libertà tutelabili a fronte di uno sciopero, né è stato mai posto alla sua attenzione il problema della riconducibilità ad essi delle libertà economiche e di mercato garantite dall'UE. Più volte invece l'art. G, comma 1 è stato utilizzato per vagliare i limiti posti dalle legislazioni nazionali all'esercizio dello sciopero nei servizi pubblici, ed il Comitato ha sempre ribadito la necessità di contenere gli stessi a quanto strettamente necessario per garantire gli interessi da proteggere²², nel (più o meno esplicito) ossequio al criterio di proporzionalità che si è visto adottato anche dai giudici di Strasburgo.

²⁰ Nell'appendice alla Carta sociale europea, come riveduta nel 1996, si legge che le parti aderenti regolano l'esercizio dello sciopero in modo che qualsiasi restrizione sia giustificata nei termini previsti dall'art. G, il quale ripete appunto quanto prescritto dall'art. 11.2 della CEDU.

²¹ Council of Europe, ECSR, *Conclusions XVI-1*, relative al Belgio.

²² Sulla giurisprudenza in merito del Comitato Europeo dei Diritti Sociali cfr. E. KOVÁCS, *The Right to Strike in the European Social Charter, Comparative Labour Law and Policy Journal*, 2005, 459 ss.

Indicazioni più significative si ricavano dalla definizione di diritto di sciopero adottata dalla CSE, che implica una delimitazione degli obiettivi legittimamente perseguibili attraverso il suo esercizio. L'art. 6.4 garantisce la tutela ad ogni azione collettiva attuata «*in caso di conflitto di interessi*»; un inciso recepito dallo stesso articolo 28 della Carta di Nizza, che lo rafforza con il riferimento al «*perseguimento dei propri interessi*» da parte dei lavoratori. Se ne ricava l'attribuzione ai lavoratori del diritto di (auto)determinare gli obiettivi da perseguire con l'azione collettiva, con la sola eccezione di quelli di natura esclusivamente politica²³. Il riferimento al «conflitto di interessi» porta però ad escludere dalla copertura dell'art. 6.4 gli scioperi attuati per risolvere un «conflitto di diritti», quali quelli finalizzati a modificare un contratto collettivo in vigore²⁴.

Dall'art. 6.4 della CSE si deduce allora che, in linea di principio, non dovrebbe essere consentito utilizzare il test di proporzionalità per impedire l'attuazione di scioperi finalizzati ad ottenere condizioni di occupazione migliori di quelle esistenti (al contrario di quanto affermato nella sentenza *Viking*) o superiori a dei livelli minimi di tutela riferiti a determinate materie (al contrario di quanto affermato nella sentenza *Laval*); spetta infatti ai lavoratori (ed a loro soltanto) stabilire quali siano gli interessi da perseguire con l'azione sindacale²⁵. Tuttavia, la nozione di diritto di sciopero fatta propria dalla norma della CSE può giustificare una diversa valutazione dei due casi oggetto della giurisprudenza della Corte di giustizia.

I limiti allo sciopero configurati nella sentenza *Viking* sembrano conciliabili con gli *standard* deducibili dall'art. 6.4 e sino ad oggi accolti dal Comitato dei diritti sociali, essendo in questo caso l'azione sindacale finalizzata a perseguire interessi «propri» dei lavoratori coinvolti, nell'ambito di un «tipico» conflitto di interessi²⁶. A conferma di ciò giunge

²³ Sulla posizione degli organi di controllo della CSE e dell'OIL in relazione agli scioperi politici («*purely political strikes*») si rinvia alle considerazioni critiche di T. NOVITZ, *International and European Protection*, cit., 294-295.

²⁴ Su questo aspetto degli standard della Carta sociale in materia di sciopero si sofferma ampiamente S. EVJU, *The right to collective action under European Social Charter*, *European Labour Law Journal*, 2011, 204 ss. (ivi anche i riferimenti alla giurisprudenza del Comitato). Alla distinzione tra «controversie su diritti e controversie su interessi», ignota nell'ordinamento italiano, dedica pagine illuminanti Lord Wedderburn nell'ormai classico *Il diritto di sciopero: esiste uno standard europeo?*, ora in ID., *I diritti del lavoro*, Giuffrè, Milano, 1998, 178 ss.

²⁵ In tal senso M. SCHLACHTER, *Reconciliation between fundamental social*, cit., 5.

²⁶ Che la sentenza *Viking* contrasti in maniera evidente con i principi sui quali in qualsiasi ordinamento europeo si fonda il diritto di sciopero lo osserva già N. REICH, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union - the Laval and Viking cases before the ECJ*, *German Law Journal*, 2008, 169, che pur giustifica le limitazioni al conflitto necessarie per garantire il funzionamento del mercato interno.

la posizione del Comitato sulla libertà di associazione (CFA) dell'OIL, che si è espresso in merito al caso BALPA su ricorso del sindacato dei piloti della *British airways*, inibiti dal proseguire un'azione di sciopero dai giudici britannici proprio in forza dei principi della sentenza *Viking*. Pur non entrando nel merito del contenuto della giurisprudenza della Corte di giustizia, il Comitato ha espresso «seria preoccupazione» per gli effetti, potenzialmente letali per il diritto di sciopero, che questa può produrre negli ordinamenti nazionali, specie quando (come in Gran Bretagna) i datori dispongono di efficaci strumenti processuali per inibire l'azione sindacale²⁷.

Lo scenario appare parzialmente diverso con riferimento alla sentenza *Laval*. Non è infatti scontato che il caso dalla quale essa è originata possa essere ricondotto ad un'ipotesi di «conflitto di interessi» ai sensi dell'art. 6.4 CSE, perché con l'azione collettiva i sindacati svedesi intendevano indurre il datore a rinegoziare un contratto collettivo in vigore, ovvero quello firmato dal sindacato lettone. Il fatto poi che quest'ultimo non avesse proclamato né aderito all'azione sindacale complica ulteriormente il quadro, non potendosi qualificare lo sciopero dei sindacati svedesi come «secondario» o di «solidarietà»; una tipologia di azione collettiva questa che il Comitato dei diritti sociali riconosce come legittima espressione del diritto sancito dall'art. 6.4 CSE.

Gli standard di tutela del diritto di sciopero deducibili dalla CSE, e di riflesso dalla Carta di Nizza, non garantiscono in conclusione un antidoto efficace agli effetti destrutturanti del processo d'integrazione economica. Non lo fanno sia perché la nozione di sciopero accolta in entrambe le Carte prospetta possibili limitazioni al suo esercizio, in parte compatibili con quelle configurate dalla Corte di giustizia. Sia, soprattutto, perché, al pari di quanto visto in relazione alla CEDU, resta irrisolta la questione cruciale relativa a quale rilievo nell'interpretare la CSE debba essere attribuito ai principi posti dal TFUE a fondamento del mercato unico. Se è vero infatti che la Corte di giustizia non può prescindere dagli standard di protezione dei diritti fondamentali che emergono dalla giurisprudenza degli organismi deputati ad interpretare le altre fonti internazionali, è anche vero che questi ultimi difficilmente possono ignorare il fatto che, per effetto del processo d'integrazione europea, le libertà economiche fondamentali vanno ad arricchire l'elenco dei «valori» necessariamente da tenere presenti nella definizione di quegli stessi standard, come affermano ormai costantemente i giudici di Lussemburgo.

²⁷ *Report of the Committee of Experts on the Application of the Conventions and Recommendations*, 2010, ilolex nr. 062010GBR087.

4. *La struttura della proposta di regolamento Monti II*

È nel contesto dei principi sin qui analizzati che si colloca la proposta di regolamento Monti II adottata dalla Commissione il 21 marzo 2012. La versione definitiva della proposta differisce significativamente dall'iniziale bozza, la cui informale presentazione ha suscitato una dura reazione da parte della CES²⁸ e forti perplessità da parte di alcuni Stati membri (Germania *in primis*). Il testo finale risulta meno ambizioso e ridimensionato nella sua portata innovativa rispetto a quello inizialmente concepito dalla Commissione²⁹, ed ancor più rispetto alla proposta avanzata da Monti nel suo report del 2010. A differenza di quanto suggerito da Monti, l'ambito di applicazione della proposta di regolamento non è però limitato al mercato dei servizi, ma è esteso alla libertà di stabilimento (art. 1.1): segno evidente della volontà di adottare uno strumento normativo capace di rispondere alle problematiche originate sia dalla sentenza *Laval* che dalla sentenza *Viking*.

Tale obiettivo è perseguito muovendosi su due piani. Nella prima parte della proposta (artt. 1-2) vengono definiti (oltre all'ambito di applicazione del regolamento) i principi generali sui quali si basa il rapporto tra azione sindacale e libertà di mercato nell'UE (art. 2). È in questa parte che si colloca la c.d. «clausola di salvaguardia», finalizzata a garantire che l'adozione del regolamento non comporti effetti limitanti l'esercizio dei diritti fondamentali come riconosciuti dagli Stati membri e dall'UE, ed in specie di quello all'azione sindacale (art. 1.2). Nella seconda parte (artt. 3 e 4), la proposta configura due meccanismi per ridurre o evitare gli effetti pregiudizievoli causati dal conflitto sindacale ai titolari delle libertà economiche ed al funzionamento del mercato interno in generale. Il primo chiama in causa le procedure di composizione stragiudiziale delle controversie sindacali previste negli ordinamenti nazionali, che devono trovare applicazione anche in caso di conflitti sindacali di carattere transnazionale (art. 3). Il secondo impone agli Stati membri di attivare una procedura di allerta qualora azioni di soggetti privati mettano a serio rischio il corretto funzionamento del mercato interno; procedura che implica obblighi di informazione nei confronti degli altri Stati interessati e della Commissione (art. 4).

²⁸ La CES ha prontamente presentato all'attenzione della Commissione una serrata analisi critica della bozza (ETUC, *Draft Monti 2 Regulation- Preliminary analysis*, Brussel, 19.1.2012).

²⁹ Il che non ha comunque modificato la posizione della CES, che resta contraria all'adozione del regolamento come dichiarato dal Segretario Generale Bernadette Ségol (<http://www.etuc.org/a/9820>).

Anche questa seconda versione della proposta tuttavia ha suscitato forti reazioni critiche all'interno di molti Stati membri, al punto da provocare l'attivazione della c.d. *yellow card procedure*, per la prima volta dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona³⁰. La via per l'adozione della proposta appare dunque in salita, condizionata dalla decisione della Commissione in merito alla sua compatibilità con il principio di sussidiarietà, invocato da 12 Parlamenti degli Stati membri a difesa delle prerogative nazionali.

Nelle pagine che seguono si evidenziano i profili della proposta che, ad opinione di chi scrive, presentano le maggiori criticità. Tra di essi la contrarietà al principio di sussidiarietà non appare però di centrale rilievo. Non perché il regolamento non sia destinato ad incidere sui sistemi nazionali di relazioni sindacali e sull'esercizio dello sciopero in particolare, ma perché tale effetto appare il riflesso del recepimento dei principi regolatori del mercato interno, enunciati dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza. Nel recepire tali principi, la Commissione da una parte conferma che spetta agli Stati (ed *in primis* alle autorità giudiziarie nazionali) garantirne il rispetto, dall'altra configura dei meccanismi funzionali a ridurre i rischi di intralcio al funzionamento del mercato unico da parte di azioni collettive; un obiettivo che, proprio per la natura transazionale di queste ultime, difficilmente può ritenersi perseguibile senza un intervento dell'Unione europea ai sensi dell'art. 5 TUE.

Altro è invece il problema della possibile invasione di ambiti di competenza statali, visto che l'art. 153.5 TFUE riserva la materia dello sciopero agli Stati membri. Ma si tratta di un profilo di eventuale illegittimità del regolamento non rilevante ai fini dell'attivazione della *yellow card procedure*; e che spetterà eventualmente alla Corte di giustizia affrontare. Non può a riguardo tuttavia essere ignorato come la Corte di giustizia, proprio nelle sentenze *Viking* e *Laval*, abbia affrontato e risolto la questione ammettendo che lo sciopero possa essere attratto nell'ambito del diritto dell'Unione laddove ciò sia necessario per assicurare il ri-

³⁰ Il Protocollo n. 2 del Trattato di Lisbona (*Protocollo sull'applicazione del principio di sussidiarietà e di proporzionalità*) permette ai Parlamenti nazionali di contestare un'iniziativa legislativa dell'UE se ritenuta contraria al principio di sussidiarietà sancito dall'art. 5 TUE. Se, entro 8 settimane dalla presentazione della proposta, almeno un terzo dei Parlamenti (o di loro rami) trasmette ai Presidenti della Commissione, del Parlamento Europeo e del Consiglio un «parere motivato» in merito, la Commissione è tenuta a rivederla e può decidere di confermarla, riformarla o ritirarla, motivando la decisione.

Prima della scadenza delle 8 settimane (22 maggio 2012), 12 Parlamenti (o rami) su 40 (di Belgio, Danimarca, Finlandia, Francia, Lituania, Lussemburgo, Malta, Polonia, Portogallo, Svezia, Olanda e Regno Unito) hanno trasmesso l'opinione sulla proposta di regolamento Monti II.

spetto delle regole del mercato interno: ed esattamente questo è il fine che la Commissione intende perseguire con la proposta di regolamento.

5. *I «principi generali» secondo la proposta della Commissione: continuità con la giurisprudenza della Corte*

Come detto, il regolamento Monti II dovrebbe costituire la risposta a quanti non si sentono sufficientemente assicurati dalle novità introdotte nell'ordinamento dell'UE dal Trattato di Lisbona. Difficile però pensare che la sua eventuale approvazione possa riuscire in una così ardua missione. E ciò per un motivo dirimente: il nodo problematico all'origine dei casi *Viking* e *Laval* è affrontato dalla Commissione in una logica di piena continuità con i principi enunciati dalla Corte di giustizia. E d'altra parte questo nodo non poteva realisticamente essere sciolto in una fonte di natura derivata, perché quei principi sono dedotti dai giudici di Lussemburgo direttamente dalle norme iscritte nel Trattato.

Fatto è che proprio alla giurisprudenza della Corte di giustizia fa riferimento la Commissione nei considerando e, ancora più chiaramente, nella relazione che accompagna la proposta. A conferma di quanto detto in precedenza in merito alle fonti sovranazionali che riconoscono il diritto di sciopero, queste vengono richiamate per affermare che, se tale diritto trova ormai piena cittadinanza nell'ordinamento dell'Unione, ciò non implica una sua immunità dalle regole che sovrintendono al funzionamento del mercato unico e che attribuiscono alle libertà economiche fondamentali pari dignità rispetto ai diritti dei lavoratori. In tale equiparazione tra libertà economiche e diritti sindacali, nell'ottica dell'organo di governo dell'UE, si troverebbe il punto d'equilibrio tra logica di mercato e istanze sociali, capace di realizzare quell'idea di «*economia sociale di mercato*» che, dopo Lisbona, l'Unione è chiamata a realizzare³¹. È ovvio però che proprio in una simile equiparazione si annida il *vulnus* letale per l'azione sindacale, perché da essa consegue la necessità di bilanciare i diritti collettivi con gli interessi economici della controparte; e, quindi, di sottoporre i primi a limiti che ne mettono in discussione la legittimità ogni volta che il loro esercizio incide sulle dinamiche del mercato interno. Né rassicura il fatto che la Commissione si ispiri espressamente all'approccio seguito dall'A.G. Trstenjak nelle sue conclusioni al caso *Commissione/Germania*; un approccio che solo nominalmente appare come alternativo a quello seguito nei casi *Viking* e *Laval* e che si è detto impli-

³¹ Commissione Europea, (COM(2012) 130, relazione, pp. 3 e 4 e considerando 1-4.

care comunque l'imposizione di limiti all'azione sindacale fondati sul principio di proporzionalità.

L'equiparazione tra libertà economiche e diritti sindacali viene enunciata nell'art. 2 della proposta. Vi si legge infatti che «L'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali»³².

Lungi dal rassicurare, una simile disposizione non può non preoccupare chi auspica una ridefinizione delle regole di mercato più sintonica con la logica dell'azione sindacale. L'art. 2 renderebbe norma di diritto positivo un principio che la Corte di giustizia è giunta a configurare nelle sentenze *Viking* e *Laval* muovendo da un presupposto teorico assai discutibile: quello per il quale lo sciopero, al pari di qualsiasi azione collettiva, costituisce un ostacolo al funzionamento del mercato interno, come tale equiparabile alle «misure» che gli Stati membri sono chiamati dalle norme del Trattato a rimuovere. La Corte, rifacendosi alla sua pregressa giurisprudenza relativa alle fonti di regolazione privata, equipara le «azioni dirette» dei privati alle norme ed agli atti dei poteri pubblici, con un evidente salto di argomentazione logica. Proprio questo salto logico rende possibile l'attrazione del conflitto sindacale nell'ambito delle regole del mercato interno; con la conseguente necessità di operarne un bilanciamento con le libertà economiche che non può non implicare una restrizione del suo spazio di praticabilità.

I principi giurisprudenziali, con l'approvazione del regolamento, troverebbero cittadinanza in una norma precettiva e di diretta efficacia negli ordinamenti nazionali. Con il regolamento si compirebbe dunque un passo in avanti ulteriore nel processo di subordinazione dell'azione sindacale alla logica dell'integrazione di mercato, sancendo in via definitiva che la prima costituisce un «ostacolo» alla piena realizzazione della seconda e allontanando la possibilità di una possibile revisione di tale discutibile configurazione.

Nella versione provvisoria della proposta l'art. 2 conteneva anche un paragrafo (par. 3) con il quale si sanciva una presunzione di legittimità

³² Nella bozza iniziale della proposta della Commissione l'art. 2 era più esplicito nel dichiarare che «non esiste primazia» tra libertà economiche e diritti sindacali e che queste ultime «may have to be reconciled with the requirements relating to the rights and economic freedoms enshrined in the Treaty, in particular the freedom of establishment and to provide services cross border, in accordance with the principle of proportionality». La più prudente enunciazione del principio recepita nella versione finale non ne modifica il significato sostanziale.

(ovviamente solo sul piano del diritto dell'UE) delle azioni collettive prive di profili di transnazionalità ovvero capaci di incidere sulle dinamiche del mercato unico in maniera meramente ipotetica (come avviene quando la controparte non abbia effettivamente esercitato una libertà economica). Si tratta di un principio pacifico nella giurisprudenza della Corte, ribadito recentemente nel caso *Omalet* con il quale la Corte ha respinto il tentativo di invocare i principi della sentenza *Laval* in un caso tutto interno all'ordinamento belga³³. È vero però che non è sempre agevole identificare se nel caso concreto esista o meno un collegamento con il diritto dell'UE. Con la norma in questione la Commissione intendeva principalmente rispondere agli appunti critici dell'OIL in merito al rischio (evidenziato dal caso *Balpa*) che la sentenza *Viking* possa essere utilizzata per inibire l'attuazione di scioperi tesi a contrastare la decisione di un'impresa di spostare la sede o aprire filiali all'estero, attraverso una minaccia preventiva di azioni per danni. Si trattava di una risposta evidentemente inadeguata a risolvere il problema, insito nei principi enunciati dalla Corte di giustizia, ma che poteva valere quanto meno come un invito alla stessa a fare di quei principi un'applicazione prudente³⁴.

6. *I meccanismi di composizione delle controversie: nuovi vincoli per il conflitto sindacale?*

Se nella sua prima parte la proposta di regolamento sembra confermare i principi enunciati dalla Corte di giustizia, nella seconda parte introduce degli elementi di novità nell'ordinamento dell'Unione che prospettano ulteriori piani di incidenza di quest'ultimo sui sistemi nazionali di relazioni industriali. Per una sorta di eterogenesi dei fini, la Commissione propone di ridurre i rischi di interferenza delle regole del mercato interno con l'esercizio dell'autonomia collettiva imponendo il ricorso a procedure di risoluzione delle controversie sindacali ed introducendo un meccanismo di allerta in caso di sciopero che coinvolge la stessa Commissione; con il risultato di accentuare tali rischi.

³³ Corte di giustizia, 22 dicembre 2010, C-245/09, *Omalet*.

³⁴ Dell'originario art. 2, par. 3 è rimasta traccia nella relazione (p. 3), nel quale la Commissione, riferendosi espressamente al report del Comitato di esperti ILO sul caso *Balpa*, precisa che «Al fine di evitare che ai sindacati sia effettivamente impedito o di fatto persino vietato di esercitare appieno i loro diritti collettivi a causa della minaccia di richieste di risarcimento danni, sulla base della sentenza *Viking Line*, da parte di datori di lavoro che invocano elementi transfrontalieri, va ricordato che nel caso in cui gli elementi transfrontalieri siano assenti o ipotetici si presume che un'azione collettiva non costituisca una violazione della libertà di stabilimento o della libertà di prestazione di servizi, fatta salva la conformità dell'azione collettiva al diritto e alle prassi nazionali».

Rispetto alla bozza originaria della proposta, nella versione finale dell'art. 3 è venuto meno l'invito agli Stati membri di istituire dei meccanismi stragiudiziali di soluzione delle controversie sindacali di rilievo transnazionale. Neppure è stata accolta la proposta di Monti di creare un sistema «europeo» di composizione informale delle controversie, perché ritenuto eccessivamente limitante l'esercizio dello sciopero e incompatibile con la riserva di competenza statale in materia prevista dall'art. 153.5. Il testo definito della proposta prevede solo 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. Rispetto alla precedente versione (ed ancor più a quella proposta da Monti), la soluzione seguita dalla Commissione è senz'altro più rispettosa della sovranità degli Stati membri, ma può incidere comunque sugli equilibri dei sistemi di relazioni industriali nazionali.

L'adeguamento all'obbligo configurato dalla proposta implica evidentemente che siano introdotte le modifiche necessarie a rendere accessibili a soggetti stranieri le procedure esistenti. Non è chiaro però in che modo ciò debba avvenire e quali procedure tale obbligo riguardi. In Italia si pone in primo luogo il problema di capire se ed in che modo esso possa riguardare le esistenti procedure di conciliazione previste dall'art. 2, comma 2 della legge n. 146/90.

Un'azione collettiva che ostacoli le libertà economiche può coinvolgere sindacati di diversi Stati membri o può essere attuata dai lavoratori di un solo Stato (come accaduto nei casi *Laval* e *Viking*). In entrambe le ipotesi il nodo interpretativo da sciogliere riguarda il dubbio se le procedure previste dalla l. 146/90, per il solo fatto di essere presenti nell'ordinamento, debbano essere attivate in ogni caso di azione collettiva che intralcia l'altrui libertà economica fondamentale, ovvero solo quando uno sciopero posto in essere da lavoratori di un settore dei servizi pubblici incida (anche) sulla libertà economica di un'impresa di muoversi nell'ambito del mercato unico. Si pensi ad uno sciopero di lavoratori di un settore dei servizi teso a bloccare l'esecuzione di un appalto con un'impresa straniera (come è avvenuto con i lavoratori «elettrici» nel caso *Laval*) o ad uno sciopero dei trasporti che ostacoli in qualsiasi modo l'accesso al mercato nazionale ad un'impresa straniera di servizi: quest'ultima dovrebbe aver accesso alle sedi di conciliazione previste dalla legge, con una torsione di non poco conto della sua logica interna visto che in questo caso la conciliazione non riguarderebbe (soltanto) l'impresa nazionale erogatrice del servizio pubblico.

Effetti assai più dirompenti produrrebbe la prima opzione interpretativa. Si configurerebbe in questo caso un'estensione dei vincoli procedurali previsti dalla legge del novanta a tutela dei diritti dell'utenza, in funzione di tutela delle libertà economiche delle imprese che si spostano o erogano servizi nell'ambito del mercato unico. Il riferimento al «rispetto del diritto, tradizione e prassi nazionali», cui lo stesso art. 3, par. 1 consente di tener conto nell'applicare la norma, dovrebbe scongiurare un simile scenario. È indubbio però che su un profilo così rilevante non ci sia sufficiente chiarezza nel testo della proposta; chiarezza che sarà quindi chiamata a fare la Corte di giustizia qualora questa venisse approvata nella sua versione attuale.

Altre questioni pongono le procedure di composizione stragiudiziale delle controversie eventualmente previste dai contratti collettivi al di fuori dell'ambito dei servizi pubblici. Il loro mancato rispetto potrebbe comportare l'illegittimità dello sciopero per il diritto dell'UE, anche se, come noto, per il diritto interno ciò non condiziona la legittimità dell'astensione collettiva. Seppur indirettamente, la presenza di una procedura precontenziosa infatti, ove non attivata, inciderebbe negativamente sul giudizio teso a bilanciare libertà economiche e diritto di sciopero, dal momento che (come affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza *Viking*) il principio di proporzionalità impone di valutare se esistano «altri mezzi, meno restrittivi della libertà» altrui per perseguire lo scopo cui l'azione è finalizzata, tali da ridurre gli effetti dannosi sugli scambi intracomunitarie. Con il regolamento quei «mezzi» dovrebbero essere resi accessibili alle imprese in caso di conflitti che incidono sull'esercizio delle loro libertà fondamentali. Se dunque da una parte le imprese potrebbero essere indotte a rinunciare a rivendicare in giudizio la «dottrina *Viking e Laval*» dalla presenza di una procedura tesa a risolvere la controversia, dall'altra il sindacato (o il gruppo di lavoratori che organizza l'azione) si troverebbe esposto ad un rischio ancora più alto di censura da parte della Corte di giustizia (e dei giudici nazionali) laddove decidesse di ricorrere direttamente allo sciopero. L'azione sindacale attuata in violazione di una procedura di composizione della controversia rischia in breve di diventare automaticamente illegittima per il diritto dell'UE, indipendentemente dalla natura volontaria e informale della procedura stessa e dal fatto di essere prevista da una fonte convenzionale.

Ulteriori problemi solleverebbe l'applicazione del regolamento alle azioni transnazionali coinvolgenti sindacati di diversi Stati membri. La Commissione di garanzia ha già affrontato la questione dell'applicazione della legge 146/90 ad un conflitto sindacale transnazionale nel caso dello sciopero proclamato dalla Atc-Euc (sindacato europeo dei controllori di

volò) nel giugno 2002, al quale aveva aderito il sindacato autonomo della Licta. Dichiaratasi competente a valutare la legittimità dell'azione collettiva, l'organismo di garanzia da una parte ne ha sancito l'illegittimità ai sensi della legge 146/90, dall'altra ha riconosciuto l'impossibilità di applicare i vincoli procedurali da essa configurati al caso di specie, proprio in ragione del carattere transnazionale dello sciopero³⁵.

I problemi emersi in relazione al caso Licta/Atc-Euc non sembrano risolvibili con adattamenti della legge 146/90, proprio perché legati alla transnazionalità dell'azione sindacale. Vengono alla luce su questo piano le lacune derivanti dall'assenza di una base giuridica per le azioni che coinvolgono lavoratori di diversi Stati membri; lacune figlie della mancanza di competenza in materia di sciopero dell'UE, confermata a Lisbona con l'art. 153.5 TFUE. È evidente che l'imposizione di obblighi procedurali previsti dalle singole legislazioni nazionali, senza che tra questi sia possibile alcun coordinamento, renderebbe di per se stesso l'azione impraticabile.

Un timido tentativo di affrontare tali problematiche si coglie nel par. 2 dell'art. 3 della proposta, con il quale la Commissione intende attribuire un ruolo significativo all'azione delle parti sociali a livello europeo, rinviando a possibili accordi transnazionali o a linee guida per regolare le procedure di composizione delle controversie; rinvio che rappresenta un importante segnale di sostegno all'evoluzione di un sistema più strutturato di relazioni sindacali transnazionali³⁶. Resta però irrisolto il problema dell'efficacia attribuibile a tali accordi. Nel farvi rinvio, l'organo di governo dell'UE fa espresso riferimento all'art. 155 TFUE, come base normativa degli stessi³⁷. La norma in questione come noto identifica due tipologie di contratti collettivi: quelli potenzialmente recepibili in fonti vincolanti dell'UE e quelli «volontari», destinati a restare privi di fondamento giuridico nell'ordinamento europeo. Ai secondi vanno necessariamente ricondotti gli accordi relativi a materie non rientranti tra quelle di

³⁵ In particolare la Commissione ha riconosciuto l'inapplicabilità della clausola di rarefazione oggettiva, non essendo nel potere del sindacato italiano la postposizione dell'azione proclamata dal sindacato europeo (sulla vicenda, se vuoi, cfr. G. ORLANDINI, *Italian Labour Law Report*, in F. DORSEMONT - T. JASPERS - A. VAN HOEK (eds.), *Cross-Border Collective Actions in Europe: A Legal Challenge*, Intersentia, 2007, 161-163).

³⁶ L'attenzione della Commissione al ruolo dell'autonomia collettiva sul piano transnazionale emerge dal Commission Staff Working Document, *The role of transnational company agreements in the context of increasing International integration*, Bruxelles, 2 giugno 2008, SEC (2008) 2155. Sulla contrattazione transnazionale come antidoto al *dumping* sociale ed alle tentazioni protezioniste degli Stati membri e dei sindacati nazionali, cfr. S. SCIARRA, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, *Industrial Law Journal*, 2010, 223 ss.

³⁷ Commissione europea, COM(2012)130, relazione, par. 3.4.3, p. 11.

competenza dell'UE (*ex art. 153 TFUE*), quali sono gli accordi collettivi cui la proposta di regolamento rinvia. Si tratta dunque di un rinvio privo di effetti giuridicamente rilevanti, che si risolve in un mero invito alle parti a negoziare a livello transnazionale per poi recepire i prodotti di tale negoziazione a livello nazionale³⁸.

La proposta di regolamento in conclusione non risolve il problema di come coordinare i vincoli procedurali eventualmente presenti nei diversi ordinamenti in caso di azioni transnazionali. Anzi, finisce per complicarlo, se, come pare, con essa si intende rendere sempre applicabili quei vincoli prescindendo dall'impatto che ciò può produrre sulla praticabilità dell'azione collettiva.

7. *Principio di sussidiarietà e ruolo delle corti nazionali*

Che la proposta della Commissione non prospetti cambiamenti sostanziali del quadro di principi definito dalla Corte di giustizia lo conferma l'articolo 3, par. 4, con il quale si fa salva la competenza dei giudici nazionali a decidere nel merito delle controversie transnazionali, anche laddove sussistano procedure preventive di composizione delle stesse. Tale disposto è presentato dalla Commissione come un omaggio al principio di sussidiarietà capace di garantire il rispetto delle prerogative statali in materia di conflitto sindacale e di ridurre l'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia sui sistemi nazionali di relazioni industriali³⁹. Non si vede però in che modo ciò possa avvenire, dal momento che la Commissione si limita a rimettere ai giudici nazionali la valutazione in merito alla legittimità dello sciopero alla luce del principio di proporzionalità, preservando (e non si sarebbe potuto far diversamente) il ruolo della Corte di giustizia come sede di rinvio pregiudiziale. Giudici nazionali e giudice europeo, nei rispettivi ambiti di competenza, dovranno accertare, nel caso di specie, «se e in quale misura l'azione collettiva [...] vada al di là di quanto è necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti, fatti salvi il ruolo e le competenze della Corte di giustizia», nel rispetto del principio dell'equo bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali che viene richiamato nella relazione proprio con riferimento alla norma in questione.

³⁸ Sui problemi relativi all'efficacia degli accordi collettivi transnazionali cfr. E. ALES, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro*, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2007, 541 ss. e A. LO FARO, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, *ivi*, 551 ss.

³⁹ Commissione europea, COM(2012)130, relazione, par. 3.3, p. 11.

Quanto prevede l'articolo 3, par. 4 è esattamente la situazione che si è venuta a determinare per effetto delle sentenze *Viking* e *Laval*. Nel primo caso come noto la Corte di giustizia ha rinviato al giudice *de quo* la soluzione della controversia; nel secondo l'ha decisa direttamente alla luce della direttiva 96/71. In forza del regolamento un giudice continuerà ad applicare la *Viking rule* in caso di sciopero teso a contrastare una delocalizzazione, mentre terrà conto della *Laval rule* nel valutare la legittimità di uno sciopero attuato per imporre ad un'impresa di servizi straniera il rispetto del contratto collettivo vigente nel paese ospitante; vale a dire che, in questo secondo caso, potrà considerare illegittimo lo sciopero se teso ad imporre standard di tutela superiori a quelli (minimi) ammessi dalla direttiva, anche senza operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Sotto questo profilo, se si fosse voluto ampliare l'ambito di praticabilità del conflitto sindacale nel mercato interno, senza riformare il Trattato (come proposto dalla CES⁴⁰), si sarebbe dovuto intervenire sul testo della direttiva 96/71 prevedendo espressamente la libertà di esercitare l'autonomia collettiva per garantire standard di tutela più elevati rispetto a quelli fissati con la normativa di recepimento, o riformulando l'art. 3.10 e l'art. 3.8 per rendere possibile l'applicazione ai lavoratori distaccati di condizioni di lavoro più favorevoli rispetto a quelle ammesse dal testo vigente⁴¹. Ma non è questa la strada scelta dalla Commissione nella proposta di direttiva sui lavoratori distaccati, coeva alla proposta di regolamento in commento, che non modifica il testo della direttiva 96/71.

Nella versione definitiva della proposta di regolamento è sparito l'unico elemento di novità relativo al ruolo delle corti nazionali contenuto nella bozza originaria, rappresentato dall'indicazione del giudice del paese dove l'azione sindacale ha preso inizio o è stata organizzata come sede di giurisdizione esclusiva per decidere le controversie sindacali transnazionali; una previsione funzionale a scongiurare il *forum shopping* reso possibile (come dimostra il caso *Viking*) dal Regolamento Bruxelles I, n.

⁴⁰ La Confederazione europea dei sindacati propone di adottare un Social Progress Protocol cui riconoscere lo stesso valore giuridico dei Trattati, contenente una «clausola di salvaguardia» che metterebbe al riparo l'esercizio dei diritti sindacali dalle regole della concorrenza e del mercato interno (in merito, cfr. A. BÜCKER - F. DORSSEMONT - W. WARNECK, *The search for a balance*, cit., 351 ss.). Da ultimo questa proposta è stata ribadita dal Comitato esecutivo della CES del 7-8 dicembre 2011, attraverso la dichiarazione «*Achieving social progress in the single market: proposals for protection of fundamental social rights and posting of workers*» (<http://www.etuc.org/a/9503>).

⁴¹ Simili proposte di riforma della direttiva sono contenute nel *Report from the ETUC expert group on posting. A revision of the posting of workers directive: Eight proposal for improvement*, Bruxelles, 31 maggio 2010, <http://www.etuc.org/r/909>.

44/2001 sulla competenza giurisdizionale in materia civile. La Commissione sembra così confermare l'intenzione di non modificare le norme internazionali-processualistiche vigenti, avendo già rinunciato ad introdurre una disposizione *ad hoc* in materia di azioni sindacali nella proposta di regolamento di rifusione destinato a sostituire il Regolamento del 2001⁴².

8. *Il meccanismo di allerta e la responsabilità indiretta dello Stato per i danni provocati dall'azione sindacale*

I meccanismi di risoluzione delle vertenze transnazionali si associano nella proposta ad un meccanismo di «allerta», configurato dall'art. 5 traendo ispirazione dal regolamento (CE) n. 2679/98 in materia di libera circolazione delle merci (c.d. regolamento Monti)⁴³. Il meccanismo di allerta dovrebbe attivarsi tutte le volte che uno Stato membro viene a conoscenza di una situazione (creata dall'azione di soggetti privati) potenzialmente in grado di determinare una grave perturbazione del funzionamento del mercato interno e/o di provocare danni seri al sistema di relazioni industriali o seri disordini sociali. In presenza di tali presupposti, sorge in capo allo Stato l'obbligo di fornire immediate informazioni alla Commissione ed agli Stati membri interessati (*in primis* quello del luogo di stabilimento dell'azienda eventualmente coinvolta) e di rispondere alle loro richieste di chiarimenti in merito alla natura del conflitto ed ai rischi che esso determina per la libertà di circolazione.

Modificando sul punto la bozza originaria, si è rinunciato a recepire nella proposta quanto previsto dal regolamento Monti del 1998 relativamente all'obbligo di adottare tutte le misure necessarie e proporzionate per porre rimedio alla situazione, seguendo le eventuali indicazioni della Commissione. La prudenza della Commissione sul punto si spiega con gli evidenti rischi di ulteriore compressione del diritto di sciopero che un simile obbligo avrebbe prospettato. Si coglie sotto questo profilo la differenza sostanziale tra i due diversi «regolamenti Monti», il cui potenziale impatto sui sistemi nazionali di relazioni sindacali non è equiparabile.

Il regolamento del 1998 si iscrive in un contesto di principi elaborati dalla Corte di giustizia nella sentenza *Commissione/Francia*⁴⁴ (e ribaditi

⁴² Cfr. Commissione europea, *Proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale*, COM(2010)748.

⁴³ Regolamento (CE) del Consiglio n. 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri.

⁴⁴ Corte di giustizia, 9 dicembre 1997, C-265/95, *Commissione c. Repubblica francese*; si tratta della c.d. sentenza fragole con la quale la Francia è stata riconosciuta responsabile per

nella successiva *Schmidberger*) in base ai quali gli Stati rispondono dei danni causati dagli ostacoli alla circolazione delle merci posti in essere da soggetti privati, se non intervengono per rimuoverli o per ridurne l'impatto sugli scambi intracomunitari. Con il regolamento 2679/98 tali principi sono stati tradotti in norme precettive di diritto derivato, configurando una procedura funzionale a permettere alla Commissione di monitorare le misure adottate dallo Stato⁴⁵. Nell'ambito del mercato delle merci la dottrina *Viking* e *Laval* non ha trovato (almeno sino ad oggi) cittadinanza; in altre parole, dei danni causati da azioni collettive risponde solo lo Stato e non i soggetti privati che li hanno realizzati⁴⁶. Al contrario, nell'ambito del mercato dei servizi, la Corte non si è espressa in merito all'eventuale responsabilità indiretta degli Stati, riconoscendo «soltanto» quella diretta degli autori dell'ostacolo. La previsione di obblighi di intervento degli Stati a tutela della libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi costituirebbe dunque un elemento di novità nel quadro delle regole di funzionamento del mercato interno: alla responsabilità degli attori privati (ribadita dalla stessa proposta di regolamento) si sommerebbe quella dello Stato, tenuto ad intervenire per risolvere il conflitto lesivo delle libertà economiche fondamentali, con conseguenti ulteriori effetti restrittivi sull'esercizio dell'azione sindacale.

È per evitare di prospettare simili scenari che la Commissione introduce un meccanismo di allarme implicante solo obblighi di immediata informazione reciproca tra Stati e Commissione stessa. Non è chiaro tuttavia quale debba essere l'oggetto dell'informazione e, soprattutto, se il tacere del regolamento in merito agli obblighi di intervento dello Stato permetta di ritenere che questi non esistono. Il dubbio che non sia così è più che fondato; e sembra riconoscerlo la stessa Commissione la quale, nell'*Explanatory memorandum*, spiega la funzione del meccanismo di allerta con la necessità di «*prevenire e limitare il più possibile i danni causati dal conflitto*». E d'altra parte, una volta introdotto un obbligo di informazione nei confronti della Commissione, è plausibile che questa assuma su di sé quei poteri di intervento che si è detto la Corte di giustizia già le riconosce quando gli attori collettivi creano intralcio alla libera circolazione delle merci. In altre parole, il meccanismo di allerta configu-

i danni causati dalle azioni poste in essere dagli agricoltori francesi per impedire l'importazione di fragole dalla Spagna.

⁴⁵ Sulla procedura di allerta prevista dal regolamento 2679/98, se vuoi, cfr. G. ORLANDINI, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea*, Giappichelli, Torino, 2003, 283 ss.

⁴⁶ Cfr. C. BARNARD, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford UP, Oxford, 2010, 75 ss.

rato nella proposta in tanto si giustifica, in quanto implicitamente presuppone la configurazione della responsabilità indiretta dello Stato per le azioni poste in essere dai soggetti privati (nel caso, dai sindacati). Da ciò il conseguente obbligo di adottare misure «necessarie e proporzionate» per far cessare l'azione sindacale ed evitare l'attivazione di una procedura d'infrazione davanti alla Corte di giustizia *ex art. 258 TFUE*.

Se così è, resta da capire quali siano le misure adottabili dallo Stato per risolvere le turbolenze del mercato create da un conflitto sindacale. È evidente che l'intervento dei poteri pubblici non può non essere espressione di competenze e funzioni previste nell'ordinamento nazionale interessato. Si profila però una riduzione dei margini di discrezionalità dei pubblici poteri nazionali, di fatto «tenuti» ad intervenire per evitare i rischi di responsabilità per violazione delle regole del mercato unico. La necessità per gli Stati di dotarsi di «adeguati» strumenti di intervento può poi indurre gli stessi a modificare la normativa vigente.

In Italia, anche in assenza di simili modifiche, il meccanismo di allerta può (seppur indirettamente) incidere sull'esercizio del potere di precettazione *ex art. 8, l. 146/00*, rafforzandone la legittimazione quando, nell'ambito dei servizi pubblici, ai pericoli per i diritti degli utenti si aggiunga la turbativa del normale funzionamento delle dinamiche di mercato.

9. *La clausola di salvaguardia che non salvaguardia*

In un siffatto quadro di norme si pone il problema del significato da attribuire alla clausola di salvaguardia contenuta nell'art. 1, par. 2 della proposta. È questa la norma che dovrebbe rendere il regolamento uno strumento idoneo a tutelare l'esercizio del diritto di sciopero, fugando i timori prodotti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ed in effetti la clausola sembra rispondere alla richiesta di rendere «immune» l'esercizio dell'azione sindacale dai possibili effetti limitanti configurati dal regolamento. Questo, si legge nel disposto in questione, non può essere interpretato in modo da incidere «*in qualsiasi maniera*» sul diritto di sciopero (o su altri diritti fondamentali), così come riconosciuto «dai sistemi di relazioni industriali specifici degli Stati membri, in conformità al diritto e alle prassi nazionali»; né può produrre effetti pregiudizievoli sul «diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di promuovere azioni collettive in conformità al diritto e alle prassi nazionali».

Senonché, presa alla lettera, la clausola si pone in diretta contraddizione con il resto del regolamento tanto da privarlo di significato, dal

momento che tutte le norme sin qui commentate presuppongono l'esistenza di ostacoli alle libertà economiche creati dal conflitto sindacale. E non è un caso che, nella relazione, alla clausola di salvaguardia la Commissione non dedichi di fatto alcun commento che ne faccia comprendere la portata giuridica, ma si limiti a precisare come la sua formulazione sia il frutto della combinazione dell'omologa clausola contenuta nel regolamento del 1998 (art. 2) e di quella inserita nella direttiva servizi 2006/123/CE (art. 1.7)⁴⁷ ed a ricordare che clausole simili sono presenti sia nel più recente regolamento sugli equilibri macroeconomici⁴⁸ sia nella proposta di riforma del regolamento Bruxelles I⁴⁹.

Meriterebbe riflettere sul moltiplicarsi di clausole di salvaguardia dell'autonomia collettiva e delle libertà sindacali nella normativa europea che tocca cruciali aspetti dell'integrazione economica e di mercato. Qui basti osservare come l'esigenza di assicurare gli Stati e le organizzazioni dei lavoratori che le dinamiche dell'integrazione in atto non comportano restrizioni degli spazi di agibilità del conflitto sindacale sia il chiaro segnale che un simile rischio esiste. Che poi tali clausole siano in grado di garantire davvero quanto affermano è quanto meno dubitabile. Certo non è corretto, come fa la Commissione, richiamarle cumulativamente come se il loro significato fosse equiparabile sul piano giuridico. Lo prova proprio il confronto tra la clausola contenuta nella proposta in commento e quella contenuta nel «primo» regolamento Monti. Anche sotto questo profilo il parallelo tra le due fonti normative europee non regge.

Nell'ambito del sistema di regole contenuto nel regolamento 2679/98 il problema del possibile intralcio alla libera circolazione delle merci provocato dall'esercizio del diritto di sciopero resta sullo sfondo: è solo un possibile effetto dell'applicazione dei principi che la Corte di giustizia ha elaborato a fronte di ipotesi di azioni collettive estranee alle dinamiche sindacali e che chiamano in causa piuttosto la libertà di manifestazione e di associazione. La clausola di salvaguardia di cui all'art. 2 è

⁴⁷ Identica clausola di salvaguardia è contenuta nell'art. 1.2 della proposta di direttiva sui lavoratori distaccati (COM(2012)131). La portata di tale clausola è in questo caso limitata dal fatto che la proposta in questione non intende riformare, integrandolo, il testo della direttiva 96/71/CE ma costituisce un atto normativo autonomo rispetto a questa, finalizzato a garantirne la corretta ed effettiva attuazione; solo se inserita nel testo della direttiva del '96 la clausola di salvaguardia prospetterebbe (come suggerito sopra nel testo) il riconoscimento del diritto di porre in essere azioni collettive tese a imporre il rispetto dei contratti collettivi alle imprese straniere, indipendentemente dagli standard di protezione che ne conseguirebbero.

⁴⁸ Art. 1.3, Regolamento (UE) del Parlamento europeo e del Consiglio n. 1176/2011 sulla prevenzione e la correzione degli squilibri macroeconomici del 16 novembre 2011.

⁴⁹ Art. 85, COM (2010) 748 def.

stata introdotta per scongiurare i rischi che la procedura configurata dal regolamento possa finire per interferire con la regolazione del conflitto sindacale. Con essa si intende evitare che la procedura di allerta di cui ai successivi articoli 4 e 5 possa essere attivata in presenza di un'azione riconosciuta come espressione di quel diritto dall'ordinamento nazionale interessato⁵⁰.

I presupposti giuridici che fanno da sfondo al regolamento Monti II sono affatto diversi perché esso è specificamente concepito per trovare applicazione in caso di controversie sindacali. Se dunque nel caso del «primo» regolamento Monti la clausola di salvaguardia ne delimita l'ambito di applicazione in modo da non farvi rientrare la materia del conflitto sindacale, ciò non può valere nel caso del regolamento Monti II, dal momento che tutte le disposizioni ivi contenute riguardano esclusivamente tale materia; a partire dal principio enunciato nell'art. 2, cui le corti nazionali sono chiamate ad attenersi ai sensi dell'art. 3, par. 4, diretto riflesso delle sentenze *Viking* e *Laval*. Ne consegue che la clausola non può garantire l'immunità all'esercizio dello sciopero, pena la perdita di senso dell'intero regolamento.

È evidente che la clausola di salvaguardia contenuta nella proposta della Commissione prometta assai più di quanto non sia in grado di mantenere. E d'altra parte si è già osservato come una simile clausola non avrebbe potuto comunque modificare gli assetti configurati dalla Corte di giustizia interpretando le fonti primarie dell'UE, essendo contenuta in una fonte ad esse subordinata. Dell'art. 1 par. 2 si deve allora dare un'interpretazione conforme con tali assetti e coerente con il testo delle altre disposizioni del regolamento. Le «*legislazioni e prassi nazionali*» richiamate dalla clausola, al pari dei corrispondenti sistemi di relazioni sindacali, devono ritenersi evidentemente «integrate» dalle regole e dai principi dell'ordinamento dell'UE e del mercato unico. Se così è, la clausola di salvaguardia rischia di risolversi in una mera norma manifesto priva di effettivo rilievo giuridico, o al più contenente un invito alla «moderazione» per gli Stati membri, chiamati comunque ad intervenire per ridurre gli effetti pregiudizievoli dei conflitti sindacali, e per le Corti nazionali, che devono decidere nel merito delle controversie alla luce dei principi del mercato unico.

⁵⁰ Ciò non ha impedito comunque un suo utilizzo in caso di manifestazioni collegate a scioperi (dell'applicazione della procedura prevista dal regolamento Monti nella sua prima fase di applicazione rende conto il rapporto «*Evaluation of the Functioning of Regulation (EC) 2679/98 on the Functioning of the Internal Market in Relation to the Free Movement of Goods Among the Member States*» del 5 dicembre 2007, redatto per la Commissione, DG Impresa e Industria da GHK e Technopolis).

Ciò che in ultima analisi svela la proposta sin qui analizzata è come un regolamento non sia lo strumento in grado di risolvere i problemi originati dal processo di integrazione del mercato unico, guidato dai *dicta* della Corte. Non lo è strutturalmente, perché quei problemi trovano la loro origine nel testo dei Trattati. L'unica via per risolverli in modo da scongiurare rischi di erosione dei diritti sindacali è intervenire su quel testo in maniera da riconoscere che il rapporto tra autonomia collettiva e libertà economiche non si configura nei termini di una loro equiparazione ma di una «primazia» della prima sulle seconde. A meno che i giudici di Lussemburgo non rivedano l'orientamento seguito a partire dalla sentenza *Viking*, riconoscendo che le norme a tutela delle libertà di mercato non possano essere invocate nei rapporti interprivati, proprio perché, diversamente, si innesca un inevitabile processo di destrutturazione dei diritti di azione collettiva che l'UE stessa pur accoglie come parte del proprio patrimonio valoriale. Ma un *revirement* della Corte di giustizia su questo profilo cruciale del sistema di regole che governano l'integrazione del mercato sembra davvero improbabile. E lo sarà ancora di più se la proposta della Commissione si trasformerà in norma di diritto dell'UE di diretta efficacia negli ordinamenti nazionali.

In mancanza di simili cambiamenti sul piano delle fonti primarie dell'UE, il contrasto al dumping sociale resta affidato al lento e assai più complesso processo di formazione di una dimensione transnazionale dell'azione sindacale e della negoziazione collettiva. Ma anche su questo piano la proposta di regolamento delude: limitandosi ad un mero invito alle parti sociali ad intervenire (*ex art. 3.2*), esso rappresenta un'occasione persa per colmare le lacune che ad oggi privano la contrattazione transnazionale di una minima base giuridica sul piano dell'ordinamento dell'UE⁵¹.

⁵¹ Per usare le parole di S. SCIARRA, *Diritto di sciopero e dialogo tra Corti*, cit., 294, proprio il regolamento Monti II poteva costituire l'occasione per «forgiare [...] una normativa quadro flessibile, che fornisca un sostegno alla contrattazione rivolta a tutelare interessi collettivi transnazionali».

ALESSIO PAPA

ECONOMIA COME POLITICA SOCIALE? INDICATORI DI SVILUPPO POSSIBILE

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Modello Sociale Europeo e solidarietà. – 3. Le basi giuridiche nei Trattati. – 4. Flexicurity europea e articolazione interna di *welfare*. – 5. I regolamenti per la sicurezza sociale transnazionali. – 6. Ritorno ai diritti fondamentali.

1. *Premessa*

Se si considera l'evoluzione dei diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione Europea, nel mettere in risalto il ruolo ancillare loro assegnato, è d'obbligo riferirsi all'origine mercantilistica dell'allora Comunità Economica Europea. Probabilmente è diventato altrettanto scontato il riferimento al Rapporto Spaak¹ che, nel 1956, metteva in guardia circa i rischi di un'integrazione sovranazionale il cui obiettivo principe fosse la creazione di un mercato comune. In effetti, il rapporto aveva evidenziato che la differenza tra i sistemi di protezione e assicurazione sociale tra i futuri paesi membri sarebbe stata in grado di provocare il *dumping* sociale, in grado di falsare il libero gioco del mercato. Il contesto economico in rapida crescita di allora contribuì a sottovalutare il problema e rese agevole credere che il differente livello di produttività delle diverse economie, nonché i vantaggi portati da un mercato comune, avrebbero facilmente compensato lo squilibrio iniziale. Del resto, all'indomani della Seconda Guerra Mondiale, i diritti sociali costituivano la base del nuovo patto sociale e costituivano perciò un ambito nel quale gli Stati avrebbero difficilmente accettato una cessione della loro sovranità.

Di conseguenza, l'alba della Comunità economica è sorta lasciando i diritti sociali all'ombra delle diverse sovranità nazionali, nella convinzione che essi avrebbero potuto influire solo marginalmente alla crea-

¹ Y. CHASSARD, *European integration and social protection: from the Spaak report to the open method of co-ordination*, in D.G. MAYES - J. BERGHMAN - R. SALAIS (a cura di), *Social exclusion and European policy*, Cheltenham, 2001, 277 ss.

zione di un mercato sovranazionale. Il «controttempo»² con cui tali diritti hanno sostanziato l'ordinamento comunitario rispetto allo sviluppo dei sistemi di *welfare* dei paesi membri trova la sua ragione quindi nell'insieme degli elementi strutturali e di scelta politica che stanno alla base del progetto sovranazionale europeo. Gli esordi delle politiche sociali comunitarie negli anni settanta coincidono con l'inizio del declino dei sistemi di sicurezza sociale nei Paesi membri, mentre la *golden age* di tali sistemi ha fatto da sfondo alla maturazione del mercato comune sostanziato dalle quattro libertà di circolazione.

La percezione del *deficit* sociale che affligge il sistema europeo, maturata partendo da questi presupposti, alimenta da oltre un ventennio la corrente che ha progressivamente ampliato la sfera dei diritti dei cittadini, partendo dai diritti civili e politici per arrivare ai diritti sociali. È del 1984 l'istituzione della c.d. Commissione Adonnino che aveva lo scopo di rendere i cittadini più partecipi al processo di integrazione che non poteva essere legato solamente alle libertà economiche. D'altronde la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, che segue di qualche anno l'Atto Unico del 1986, per quanto priva di effettivo valore giuridico, testimonia l'attenzione a non trascurare la dimensione sociale nella creazione del mercato unico dopo che l'Atto Unico aveva introdotto nel corpo del Trattato istitutivo le basi normative autonome per realizzare una politica sociale sovranazionale. Dopo che il Trattato di Maastricht prima e di Amsterdam poi avevano ampliato e consolidato tali basi e fornito l'Unione gli strumenti istituzionali capaci di incidere più efficacemente in materia di politica sociale, il processo ha trovato il suo punto di arrivo con il Trattato di Lisbona. Eppure, la discrasia tra mercato e diritti sociali non sembra essersi ricomposta nel corso degli anni. Al contrario sembra che l'eredità ricevuta dal Trattato di Lisbona possa caratterizzarsi per la rottura al livello materiale della compatibilità tra dimensione economica e i diritti sociali rispetto al suo tradizionale sviluppo nell'ordinamento costituzionale degli Stati membri³.

Tralasciando le modificazioni intervenute nel diritto del lavoro, pare opportuno concentrarsi in questa breve analisi sulle tensioni e sull'evoluzione degli strumenti di sicurezza sociale. Del resto, trent'anni fa Guerzoni affermava che dall'articolazione costituzionale del diritto all'assistenza emerge «l'inscindibile correlazione tra ordinamento della funzione

² S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, relazione al convegno «Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani» del 25 e 26 marzo 2011, Università di Perugia, disponibile su www.principi-ue.unipg.it.

³ G.M. BUELGA, *I diritti sociali nella costituzione europea*, in *Rivista della sicurezza sociale*, I, 2006, 89.

assistenziale pubblica e il tipo di Stato che la Costituzione delinea»⁴. È noto che le Carte dei diritti fondamentali e le Carte Costituzionali moderne riescano ad estendere la loro portata oltre il dato puramente normativo, delineando quali sono i valori, le linee di sviluppo della società che descrivono ed, in definitiva, disegnando e definendo i contorni dell'orizzonte sociale. Quindi, provando a traslare l'affermazione di Guerzoni al sistema Europa, è possibile fare luce sul tipo di Unione che gli sviluppi dell'ordinamento europeo in materia sociale delineano.

2. *Modello Sociale Europeo e solidarietà*

Nel Libro Bianco della Commissione⁵ del 1994 il modello sociale europeo veniva descritto come un sistema capace di includere la democrazia e i diritti individuali, fondato sulla contrattazione collettiva, su di una economia di mercato, sull'uguaglianza di opportunità per tutti, sulla protezione sociale e sulla solidarietà. Pietra angolare del sistema è la convinzione che il progresso economico e il progresso sociale sono inseparabili: la competitività e la solidarietà devono entrambe essere prese in considerazione nella costruzione dell'Europa futura. Ma quale tipo di solidarietà sottende il modello?

Tradizionalmente lo Stato sociale, così come lo ha conosciuto l'Europa continentale dal secondo dopoguerra in poi, è caratterizzato dal particolare status assegnato ai diritti sociali. Il fatto che questi siano definiti come diritti fondamentali costituzionalmente garantiti ha fatto in modo che attorno ad essi sia sorto un argine capace di difenderli dall'espansione del mercato. Dietro di esso i diritti sociali erano indisponibili al libero gioco dell'economia, ed erano legittimati a svolgere su di essa una funzione correttiva. In altre parole, lo status loro assegnato è stato capace di sostenere la prevalenza della solidarietà sociale sul funzionamento economico e del mercato. Questa prevalenza si è sostanziata nello spazio sottratto alla concorrenza, ad esempio, per tutti quei servizi giudicati essenziali, oppure nella deroga del principio di uguaglianza contrattuale formale per imporre la tutela dei soggetti deboli, oppure stabilendo la redistribuzione dei risultati economici come garanzia del benessere sociale. Questo modello, basato sulla solidarietà distributiva, viene messo

⁴ L. GUERZONI, *Ambito dell'assistenza e della beneficenza, «stato delle autonomie» e interessi religiosi*, in R. GIANOLIO - L. GUERZONI - G.P. STORCHI (a cura di), *Assistenza e beneficenza tra pubblico e privato*, Milano, 1980, 19.

⁵ Libro bianco della Commissione, *La politica sociale europea - Uno strumento di progresso per l'Unione*, (COM(94)0333 - C4-0087/94).

in crisi da quella che Streeck ha definito «solidarietà competitiva»⁶. In un'economia di mercato maggiormente competitiva la risposta che gli Stati (e l'Europa) sembrano aver trovato per sopravvivere in un sistema globale passa attraverso lo stesso fine delle politiche sociali, le quali cessano di essere politiche di protezione per l'occupazione per divenire politiche per l'occupazione⁷. Non si tratta solo di un cambiamento di accento. Il modello di *welfare* conosciuto dall'Europa continentale ha potuto svilupparsi e sostenersi fintanto che risultavano soddisfatte specifiche condizioni: in una economia di tipo fordista la piena occupazione di tutti i lavoratori maschi sarebbe stata capace di garantire un sistema di protezione sociale basato sul mantenimento del reddito per i lavoratori. Le altre figure sociali diventavano titolari dei diritti solo di riflesso alla figura del *male breadwinner*, le donne in quanto mogli o madri, i minori in quanto figli. Il cambiamento dei sistemi di produzione piuttosto che la diversa natura della disoccupazione, diventata strutturale e non più congiunturale, l'entrata in scena di figure atipiche di lavoratori piuttosto che i cambiamenti che ha subito il modo di lavorare, l'invecchiamento della popolazione o la stessa integrazione europea sono stati altrettante falle nel vecchio argine di garanzia dei diritti sociali. La risposta immediata perché venga garantita la sostenibilità del sistema è che le politiche sociali devono ora puntare alla creazioni di posti di lavoro. Ma il reale significato è che la politica sociale non può essere un fine in sé ma deve essere subordinata alle esigenze di competitività proprio per garantire la sostenibilità del sistema. Ed ecco, allora, come si materializza l'esigenza di una flessibilizzazione del mercato del lavoro in funzione della crescita dello stesso. È evidente come il cambiamento in atto sia capace di ridefinire la stessa essenza dei diritti sociali: l'unica politica possibile diventa quella che passa per la capacità tecnica del lavoratore. Se l'ambito d'intervento sono i cittadini e la loro capacità di inserzione sul mercato, allora viene modificato anche il modo in cui opera la solidarietà. Il vecchio sistema era basato sulla solidarietà distributiva, avendo come obiettivo la redistribuzione delle risorse per favorire il benessere sociale. Ma in un sistema in cui la concorrenza è destinata ad essere perenne pietra angolare, se essa è il *medium* attraverso cui passano tutte le relazioni, la solidarietà è destinata ad essere plasmata dalla concorrenza nella misura in cui ne perturba il funzionamento. Per quello che riguarda i si-

⁶ W. STREECK, *Competitive Solidarity, rethinking the «European Social Model»*, in MPIfG Working Paper 99/8, settembre 1999.

⁷ R.M. BUELGA, *I diritti sociali nella costituzione europea*, cit.; per una descrizione della situazione italiana M. PACI, *La Costituzione e i diritti sociali e del lavoro nell'Italia che cambia*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2009, I, 13.

stemi di sicurezza sociale, nel momento in cui questi vengono percepiti come un costo esterno al mercato capace di impedire la piena competitività dei capitali essi sono destinati a cedere il passo a strumenti che si realizzano all'interno del mercato e che sono contenuti dal comune denominatore della solidarietà competitiva. In questo modo viene garantito un «ugualitarismo dal lato dell'offerta»⁸, vale a dire uguali condizioni di inserimento nel mercato del lavoro realizzato attraverso l'adattamento tecnico delle capacità dei lavoratori.

3. *Le basi giuridiche nei Trattati*

Questa lettura è solo apparentemente in contraddizione con gli strumenti giuridici alla base del modello sociale europeo. L'art. 8 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione Europea (TFUE) stabilisce che l'Unione, in tutte le sue attività, «mira a rimuovere le disuguaglianze nonché a promuovere la parità tra uomini e donne». Inoltre stabilisce 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» (art. 9), mentre al successivo art. 10 viene ribadito l'impegno dell'Unione ad eliminare ogni forma di discriminazione. Queste disposizioni fanno da contraltare e completano le previsioni del Trattato sull'Unione europea (TUE) che all'art. 2 pone l'uguaglianza e la solidarietà accanto agli altri valori fondamentali dell'Unione e all'art. 3-3 pone come obiettivo la realizzazione di una «economia sociale di mercato fortemente competitiva». Ma, anche per essi, può essere vero che «tali obiettivi, così genericamente declinati, difficilmente potranno riequilibrare la preminenza dei profili mercantilistici ed economici dell'integrazione economica e delle relative libertà»⁹. Né tantomeno l'articolo 151, in apertura del Titolo X del TFUE ora interamente dedicato alla politica sociale, nel suo richiamo ai diritti sociali fondamentali, quali sono specificati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, sembra possa paragonarsi alle tradizioni di tutela delle Costituzioni nazionali, specie quella italiana¹⁰. Nel Trattato, obiettivi quali «la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni

⁸ W. STREECK, *Competitive Solidarity, rethinking the «European Social Model»*, cit.

⁹ R. DE LUCA TAMAJO, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario e nella Costituzione italiana, Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, II, 3.

¹⁰ A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, in *Enc. giur. Treccani*, 1989.

di vita e di lavoro [...], una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale»¹¹ devono essere commisurati dalla «necessità di mantenere la competitività dell'Unione»¹². Sembra evidente la distanza che separa tale concezione dei diritti sociali rispetto al ruolo loro assegnato dalla Costituzione italiana. In essa i diritti sociali hanno un chiaro e giustificato rapporto con la garanzia dei diritti della persona. La sua autorealizzazione viene sostanziata dall'obiettivo della rimozione di ogni ostacolo all'attuazione della libertà e all'uguaglianza, non intese dicotomicamente, ma l'una corollario dell'altra. Una struttura che ci ha abituato a considerare i diritti sociali non solo compatibili, ma parte essenziale della democrazia. In questo modo, l'individuo oltre che essere il portatore di una «legalità primigenia»¹³ che l'ordinamento deve solo riconoscere, è considerato come «*homme situé*»¹⁴, come soggetto definito dalle proprie relazioni sociali. I diritti sociali non solo riflettono la posizione originaria di un individuo, ma riescono a cogliere anche la sua posizione rispetto a tutte quelle particolari relazioni che contribuiscono a determinarne la soggettività grazie alla definizione nell'ordinamento degli ambiti della vita sociale necessari al pieno sviluppo della persona, luoghi dove i diritti sociali si sostanziano. Di contro, l'art. 151 rileva espressamente come tutti gli obiettivi di politica sociale citati da esso possano trovare la propria evoluzione grazie al «funzionamento del mercato interno, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali»¹⁵. Non ci si discosta, quindi, dalla visione «funzionalista»¹⁶ con la quale D'Antona aveva descritto il processo di armonizzazione delle politiche sociali in ambito comunitario. Se questo approccio è lo strumento necessario a raggiungere l'integrazione, d'altra parte è forse colpevole di favorire una dimensione della cittadinanza impoverita nella sua dimensione sociale, intesa in senso marshalliano.

4. *Flexicurity europea e articolazione interna di welfare*

In definitiva, rispetto al riconoscimento che i diritti sociali trovano nell'ordinamento europeo, si è soliti parlare di un *deficit* che può essere in parte corretto dalle potenzialità che il Trattato di Lisbona, da ultimo,

¹¹ Art. 151, c. 1 TFUE.

¹² Art. 151, c. 2 TFUE.

¹³ A. BALDASSARRE, *Diritti Sociali*, cit., 7.

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ Art. 151, c. 3 TFUE.

¹⁶ M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BABYLOS GRAU - B. CARUSO - M. D'ANTONA - S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, 3 ss.

ha introdotto. Di solito, quando si parla di *deficit*, si intende indicare la distanza che separa qualcosa di conosciuto e acquisito rispetto a qualcosa di nuovo. Eppure, continuare a parlare di *deficit comunitario* in materia di diritti sociali può essere fuorviante nella misura in cui viene nascosto l'impatto e la pressione che il modello sociale europeo esercita sui sistemi nazionali (acquisiti).

È vero che, per quello che riguarda la sicurezza sociale, l'Unione ha competenza concorrente (art. 4, par. 2, lett. *b* TFUE), e che nella realizzazione dei suoi obiettivi l'Unione rispetta le prassi degli Stati membri (art. 151, c. 2 TFUE); ed è vero che nell'armonizzazione dei sistemi di sicurezza sociale è stato mantenuto il metodo aperto di coordinamento a garanzia «dell'originaria scelta di mantenimento dei modelli nazionali di sicurezza sociale»¹⁷, eppure non è da sottovalutare il ruolo che le istituzioni comunitarie hanno avuto nel processo di ridefinizione dei sistemi di welfare nazionali.

Il modello sociale europeo ruota attorno al concetto di *flexicurity*¹⁸. Il termine si riferisce alla combinazione di un mercato del lavoro flessibile con un alto livello di occupazione e di sicurezza, intesa come l'insieme degli strumenti di assicurazione sociale ai quali i lavoratori possono accedere nei momenti di disoccupazione. L'enfasi è posta nell'assicurare un continuo accesso alle opportunità di impiego, e di guadagno che questo garantisce, usando occupazione, formazione e sistemi di sicurezza sociale in un modo mutualmente sostenibile, piuttosto che cercare la protezione del lavoro esistente.

Tuttavia, la maggior parte dei sistemi di sicurezza sociale esistenti sono devoti al supporto dei lavoratori full-time e a tempo indeterminato. Soprattutto nei sistemi di *welfare* che hanno le proprie radici nel modello bismarkiano¹⁹, le riforme che si sono succedute hanno avuto meno a che fare con la riduzione delle disuguaglianze, piuttosto che con la preservazione degli *status* acquisiti nel corso della propria carriera.

Considerare tali sistemi bloccati da un orizzonte congelato (*a frozen welfare state landscape* secondo l'espressione di Esping-Andersen)²⁰ che

¹⁷ P. SANDULLI, *Tecnica della totalizzazione e prestazioni di sicurezza sociale nella prospettiva di revisione del regolamento n. 1408/71*, in *Diritto del lavoro*, 1999, I, 131.

¹⁸ R. ROGOWSKI, *La flexicurity come idea centrale del modello sociale europeo*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2009, IV, 143.

¹⁹ Ci si riferisce ai sistemi di *welfare* dell'Europa continentale e meridionale, in contrapposizione con quelli di matrice scandinava o anglosassone. Per una completa descrizione si veda B. PALIER (a cura di), *A long goodbye to Bismark?: the politics of welfare reforms in continental Europe*, Amsterdam University Press, Amsterdam, 2010.

²⁰ G. ESPING-ANDERSEN, *After the golden age? Welfare state dilemmas in a global economy*, in G. ESPING-ANDERSEN (a cura di), *Welfare states in transition. National adaptations in global economies*, Sage, Londra, 1996.

smorza lo slancio di ogni spinta riformatrice a causa delle consuetudini corporative e dai privilegi acquisiti dai soggetti tutelati (*path dependence*), significa ignorare l'impatto che le politiche pubbliche hanno sulla società. Agendo nell'era degli stati di welfare semisovrani²¹, l'integrazione europea ha ridefinito i confini dei sistemi nazionali di organizzazione del lavoro e delle politiche sociali restringendo le possibilità di manovra delle politiche nazionali e ampliando le possibilità di coordinamento fornite a livello europeo.

Il processo di evoluzione dei sistemi di sicurezza sociale ha segnato un cambiamento di stato intorno agli anni 2000 quando si è passati da politiche di tutela del lavoro a politiche di attivazione²², che hanno trovato un naturale proseguimento nel concetto della *flexicurity*. Nel corso del 2006 e del 2007 il concetto è entrato nel vocabolario delle istituzioni europee. Promosso durante il Consiglio europeo di Bruxelles come una misura in grado di accrescere il diritto all'impiego delle categorie a trattamento preferenziale²³ e definito nella comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo²⁴, il concetto vuole rispondere efficacemente al dilemma tra un elevato livello di competitività nei mercati internazionali e il mantenimento degli standard raggiunti dai sistemi di sicurezza sociale degli Stati membri. Eppure, la traduzione pratica del concetto anziché realizzarsi, come nelle intenzioni, in un bilanciamento tra maggiore flessibilità e maggiore protezione contro i rischi, è risultata in un aumento delle figure di lavoratori atipici ai quali è precluso l'accesso alla forme tradizionali di sicurezza sociale. Secondo una recente ricerca²⁵, la media di lavoratori europei esclusi da qualsiasi forma di protezione sociale si aggira attorno al 30%, con il picco dei lavoratori autonomi la cui percentuale di esclusi sale attorno al 70%.

²¹ S. LEIBFRIED - P. PIERSON, *Social policy: left to courts and markets?*, in H. WALLACE - W. WALLACE (a cura di), *Policy-Making in the European Union*, Oxford University Press, Oxford, 2000, 267 ss.

²² J.C. BARBIER, *Attivazione*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2005, I, 257.

²³ Consiglio europeo di Bruxelles, *Conclusioni della presidenza*, 23-24 marzo 2006, 7775/06, Concl. 1, Parte uno, *Specific areas for priority action, c) Increasing employment for priority categories*.

²⁴ Commissione europea, *Towards common principles on flexicurity: more and better jobs through flexibility and security*, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, 27 giugno 2007, Com (2007) 359 finale.

²⁵ Alphametrics Ltd., *Flexicurity: indicators on the coverage of certain social protection benefits for persons in flexible employment in the European Union. Final report*, 27 marzo 2009, VC-2007-0780, disponibile su www.ec.europa.eu/social.

5. *I regolamenti per la sicurezza sociale transnazionale*

La tensione che ha accompagnato l'integrazione europea, divisa tra il pieno sviluppo del principio di cittadinanza europea piuttosto che la sola garanzia delle libertà economiche, si è manifestata anche, per quello che qui interessa, nel dibattito che ha preceduto la revisione del Regolamento sul coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale²⁶. La questione di fondo ancora una volta si sviluppava secondo due direttrici potenzialmente dicotomiche: se la sicurezza sociale in ambito europeo dovesse essere concepita come il diritto di ogni cittadino oppure dovesse essere funzionale alla libertà di circolazione del lavoratore transnazionale proteggendo in questo caso i soli diritti del *market citizen*²⁷. La soluzione di compromesso e il ritardo con cui il risultato di tale dibattito è giunto a maturazione, con l'approvazione solo nel 2009 del regolamento sulle modalità di applicazione del regolamento²⁸, testimonia la difficoltà che pervade le istituzioni dell'Unione ogni volta debbano occuparsi di politica sociale. A quattro anni dalla sua approvazione e a più di trenta dal primo strumento in materia, il nuovo regolamento elimina le restrizioni soggettive estendendo la sua applicazione oltre la figura del lavoratore subordinato, garantendo piena applicazione al principio di cittadinanza europea²⁹. L'art. 2 del regolamento 883/2004 individua come beneficiari «i cittadini di uno Stato membro, gli apolidi, i rifugiati residenti in uno Stato membro che sono o sono stati soggetti alla legislazioni di uno o più Stati membri, nonché i loro familiari». L'estensione soggettiva attuata dal regolamento si limita del resto a recepire la giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva esteso la nozione di lavoratore subordinato a ricomprendere i dipendenti pubblici, i familiari dei lavoratori che esercitano il loro diritto di circolazione, gli studenti e i cittadini di paesi terzi sotto determinate condizioni³⁰.

²⁶ Regolamento (CE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, sostituito dal Regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004 relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, modificato dal Regolamento (CE) n. 988/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 che modifica il regolamento (CE) n. 833/2004 e determina il contenuto degli allegati e dal Regolamento n. 1244/2010 della Commissione, del 9 dicembre 2010, recante modifica del regolamento (CE) n. 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale e del regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 883/2004.

²⁷ Si veda R. WHITE, *EC social security law*, London, 1988, 140.

²⁸ Regolamento (CE) n. 987/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 16 settembre 2009 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 833/2004.

²⁹ S. BORELLI, *Tra libera circolazione e sicurezza sociale: chi sono i soggetti tutelati?*, in *Lavoro e diritto*, 2001, IV, 627.

L'estensione del sistema di coordinamento della sicurezza sociale anche ai lavoratori extracomunitari fino a poco tempo fa era stata attuata con il regolamento 859/2003³¹ che rendeva applicabile a tali lavoratori, purché legalmente residenti in uno Stato membro e occupati, il regolamento n. 1408/71. Con l'entrata in vigore del regolamento 1231/2010³² viene corretta la precedente distinzione tra gli strumenti normativi applicabili, In ogni caso rimane il fatto che il regolamento non è applicabile a quelle che vengono definite situazioni puramente interne, cioè la maggior parte dei casi in cui un lavoratore extracomunitario non usufruisce della libertà di circolazione nello spazio dell'Unione mantenendo legami con il Paese membro di residenza e il suo Paese di origine³³.

Il principio di fondo che ispira il coordinamento della sicurezza sociale nel territorio dell'Unione è quello della *lex loci*³⁴: il lavoratore rimane soggetto alla legislazione dello Stato membro sede delle sue principali attività. Del resto le competenze dell'Unione in materia, per quanto ampliate dal Trattato di Lisbona, rimangono di natura sussidiaria. Il coordinamento non mira a sostituire i regimi di sicurezza sociale dei Paesi membri che rimangono liberi di decidere quali prestazioni erogare e a quali condizioni. Il fatto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea grazie all'art. 6 TUE sia ora giuridicamente vincolante, che la creazione di una «economia sociale di mercato» sia ora uno degli obiettivi dell'Unione non sembra possa modificare nel breve periodo il quadro. La materia rimane, infatti, ancora soggetta al voto all'unanimità per l'approvazione delle disposizioni relative (art. 48 e art. 153 TFUE).

6. Ritorno ai diritti fondamentali

Se si considera la linea giurisprudenziale che ha regolato l'attribuzione dei diritti di prestazione sociale su basa transnazionale è evidente

³⁰ S. GIUBBONI, *Sicurezza sociale comunitaria e lavoratori migranti da Paesi terzi: problemi e prospettive*, in *Diritto del lavoro*, 1999, I, 189.

³¹ Regolamento (CE) n. 859/2003 del Consiglio, del 14 maggio 2003, che estende le disposizioni del regolamento (CEE) n. 1408/71 e del regolamento (CEE) n. 574/72 ai cittadini di paesi terzi cui tali disposizioni non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità.

³² Regolamento (UE) n. 1231/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 novembre 2010, che estende il regolamento (CE) n. 883/2004 e il regolamento (CE) n. 987/2009 ai cittadini di paesi terzi cui tali regolamenti non siano già applicabili unicamente a causa della nazionalità.

³³ Considerando 12 del Regolamento (UE) n. 1231/2010, cit.

³⁴ P. SANDULLI, *Tecnica della totalizzazione e prestazioni di sicurezza sociale nella prospettiva di revisione del regolamento n. 1408/71*, in *Diritto del lavoro*, 1999, I, 131.

lo straordinario ampliamento che la sfera dei diritti di accesso ha subito³⁵. Il loro riconoscimento a figure diverse da quella del lavoratore è stato interpretato come l'atto di nascita di una futura «solidarietà sociale europea»³⁶, prodromica ad una cittadinanza europea pienamente compiuta. Eppure la logica sottostante al loro riconoscimento sembra essere la stessa di quella che ha promosso le libertà di circolazione a strumento principe nella creazione del mercato comune³⁷. Una logica che considera i diritti esercitabili da coloro che usufruiscono della libertà di circolazione, ascrivibili al singolo atomisticamente considerato. La conseguenza è quella di svuotare la cittadinanza sociale di ogni dimensione collettiva, di ogni legame con la comunità di appartenenza e tradire quindi lo stesso aggettivo «sociale».

Eppure, in chiusura, sembra necessario ritornare alla prospettiva costituzionale dalla quale si è partiti. Se l'articolazione del principio di solidarietà attraverso le politiche e gli strumenti in materia attuati dall'Unione segna inevitabilmente una differenza di fondo con il corrispondente principio tradizionale, il linguaggio dei diritti fondamentali espresso dalla Carta di Nizza sarebbe capace di ricondurre il principio al suo senso originario.

Secondo l'art. 34, la solidarietà è valore fondamentale dell'ordinamento comunitario e principio ispiratore della tutela dei diritti sociali fondamentali³⁸. La sua articolazione si sviluppa secondo tre nuclei. Il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali avviene secondo il diritto dell'Unione e la legislazione e le prassi degli Stati membri. L'elenco dei rischi coperti differenzia la norma della Carta dal corrispondente articolo della Costituzione italiana (l'art. 38 Cost.), nel quale, conformemente all'impostazione tradizionale, la tutela era costruita attorno al binomio «abile al lavoro-inabile». La previsione del binomio «rischio-evento protetto» realizzata nella Carta permette di allargare il bacino dei potenziali beneficiari a tutti i cittadini. L'affermazione resta, evidentemente, di natura programmatica: non essendo specificati gli standard di tutela da offrire, le condizioni di erogazione delle presta-

³⁵ S. GIBBONI, *A certain degree of solidarity? Free movement of persons and access to social protection in the case law of the European Court of Justice*, in M. ROSS - Y. BORGMANN-PREBIL (a cura di), *Promoting solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, 166 ss.

³⁶ M. PACI, *Welfare state e solidarietà sociale di fronte alla sfida della regionalizzazione e dell'Unione Europea*, in G. BRONZINI (a cura di), *Le prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2009, 21 ss.

³⁷ S. GIUBBONI, *I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*, cit.

³⁸ Per una lettura critica dell'articolo si veda E. ALES, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, II, 203.

zioni rimangono affidate agli Stati. È possibile riscontrare nella formulazione dell'articolo, nel suo ricorrere a formule quali «riconosce» e «rispetta» una resistenza degli Stati a tutelare il diritto nazionale da interventi invasivi dell'Unione, essendo una materia in stretta connessione con la finanza pubblica, uno degli ambiti custoditi più gelosamente. Secondo Edoardo Ales, il riconoscimento condizionato ed eventuale, secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione o dalle prassi nazionali, di un diritto di accesso a prestazioni e servizi può trovare la propria ragione in un principio di non interferenza secondo il quale l'Unione «rispetta» un diritto disciplinato dalle legislazioni nazionali. L'affermazione del principio di non interferenza potrebbe escludere, in questo caso, l'infiltrazione del mercato veicolata dal diritto dell'Unione. Il riferimento è alla nota sentenza *Cisal* nella quale il monopolio pubblico in Italia sulle assicurazioni previdenziali contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali è stato salvato dalla Corte solo grazie alla logica solidaristica e non di mercato che ne ha permesso la creazione e ne regola la gestione³⁹.

Il fatto che il secondo paragrafo riconosca il diritto alle prestazioni di sicurezza sociale ad «ogni individuo che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione» rappresenta un sicuro punto di arrivo nell'evoluzione della tutela dei diritti sociali all'interno dell'Unione, non ammettendo limitazioni in base allo status di lavoratore o di cittadino comunitario in ossequio al principio di non discriminazione. I regolamenti in materia rappresentano il punto di arrivo di questa evoluzione giurisprudenziale.

Infine, il terzo paragrafo rappresenta un obiettivo politico, essendo riconosciuta a tutti coloro che non dispongano di risorse sufficienti, una esistenza dignitosa⁴⁰.

L'insieme dei diritti fondamentali sanciti nella Carta, dei nuovi orientamenti giurisprudenziali della Corte di Strasburgo⁴¹, delle tradi-

³⁹ Corte di giustizia, 22 gennaio 2002, C-218/00.

⁴⁰ La Strategia dell'Unione europea, *Europa 2020*, pone per la prima volta l'obiettivo numerico di una riduzione di almeno 20 milioni di persone a rischio nel prossimo decennio. L'enfasi è posta sull'utilizzo del metodo aperto di coordinamento nel tentativo di incidere su una situazione che la precedente *Strategia di Lisbona* non è riuscita a modificare. A sostegno di questo impegno la Commissione ha istituito la *Piattaforma europea contro la povertà e l'esclusione sociale* con il compito di coordinare le politiche nazionali. A proposito si veda A. CARPARELLI - K. BERTI, *Europa 2020. le politiche contro la povertà e l'esclusione nella strategia europea per il prossimo decennio*, in *Rivista delle politiche sociali*, 2010, IV, 53.

⁴¹ Ci si riferisce alle sentenze *Demir and Baykara v. Turkey* del 12 dicembre 2008 e *Enerji Yapı-Yol Sen v. Turkey* del 21 aprile 2009 con le quali la Corte EDU abbandona il suo self-restraint nell'interpretazione dell'art. 11.

zioni costituzionali degli Stati membri potrebbero spingere verso una diversa configurazione della solidarietà nello spazio europeo. Mengoni metteva in guardia contro la trappola dell'etnocentrismo in cui è possibile cadere prendendo la configurazione che la solidarietà assume nel proprio ordinamento a misura di tutti gli altri⁴². Il rischio era quello di rifiutare a priori qualsiasi altra configurazione della comunità (nel senso di *koinê*) che altre culture hanno fatto proprie. Eppure la forma che la solidarietà ha finito con l'assumere nell'ordinamento europeo deriva da specifici presupposti strutturali. Così come l'orientamento assunto dalla Corte di giustizia nelle sentenze che hanno interessato i diritti sociali⁴³ non è scelta ontologica ma è il punto di arrivo di un processo in fieri condizionato da specifici elementi sia congiunturali che di diritto positivo. Ed è ovvio che il modello sociale a dimensione europea non sia semplice somma delle parti, ma specifica risposta a specifiche sfide. È innegabile la necessità di trasformazione dei vari sistemi di *welfare* necessaria a garantire la loro sopravvivenza e la sopravvivenza delle stesse comunità. Ma non è possibile ignorare la profonda differenza che segna il processo di costruzione dell'Unione dalle esperienze costituzionali: se le prime creavano il nuovo *pactum societatis* nello stato d'eccezione all'indomani delle guerre, questa è processo procedurale sviluppato secondo la direzione postagli all'inizio. Forse, se ci sarà la volontà politica, con il Trattato di Lisbona ci sarebbero i presupposti procedurali che tale cambiamento chiede. Come a dire, l'unico modo per risolvere la crisi dell'Europa è avere più Europa.

⁴² L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *ADL*, 1998, I, 1.

⁴³ Riferimento obbligato è alle note sentenze *Viking*, Corte di giustizia, 11 dicembre 2007, C-438/05 e *Laval*, Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, C-341/05.

SILVIA SPINACI

LA TUTELA DEL LAVORATORE
NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA,
TRA LIBERTÀ ECONOMICHE E DIRITTI SOCIALI

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Il lavoro a tempo determinato tra Corte di giustizia e giudici nazionali. – 3. Un caso non isolato. – 4. Il c.d. «Laval quartet» e le possibili vie d'uscita.

1. *Introduzione*

Le sentenze della Corte di giustizia in materia di lavoro disegnano un quadro giurisprudenziale complesso ed articolato, nel quale, accanto alle discusse pronunce rese in materia di diritti di contrattazione e di azione collettiva, si collocano aree di giurisprudenza in cui la Corte manifesta una maggiore sensibilità sociale e un indiscutibile atteggiamento di *favor* nei confronti del lavoratore, che la conducono ad anteporre i bisogni di tutela sociale di quest'ultimo alle esigenze di flessibilità sia del mercato e che dei datori di lavoro.

2. *Il lavoro a tempo determinato tra Corte di giustizia e giudici nazionali*

Sotto questi profili, rivela, in particolare la *case-law* comunitaria sul lavoro a termine, in cui la Corte ha interpretato e dato applicazione alla direttiva 1999/70 che recepisce l'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato sottoscritto dalle organizzazioni sindacali degli imprenditori e dei lavoratori europei. La direttiva in esame si prefigge l'obiettivo dichiarato di contribuire alla progressiva definizione di un migliore equilibrio tra le esigenze di flessibilità del mercato del lavoro, percepite come chiave essenziale per la crescita occupazionale, e la sicurezza dei lavoratori, ivi inclusa l'individuazione di strumenti di tutela contro gli eccessi della precarizzazione e della deregolazione del rapporto di lavoro. Di queste due anime della fonte in esame, riassumibili nel noto binomio della *flex-security*, la Corte di giustizia ha spesso dimostrato di privile-

giare la seconda. Lo testimoniano, in particolare, tre aspetti della giurisprudenza comunitaria in materia.

Innanzitutto, la Corte ha attribuito un importante valore centrale al principio di «normalità» del contratto di lavoro a tempo indeterminato. Nel preambolo della Direttiva è contenuta, infatti, l'affermazione secondo cui «i contratti di lavoro a tempo indeterminato sono e continueranno ad essere la forma comune dei rapporti di lavoro»: a partire dalla sentenza *Adeneler*¹, la Corte ha chiarito che tale affermazione, pur non potendo avere portata direttamente precettiva, impone di riconoscere che la finalità principale dell'accordo quadro coincide con la protezione dei lavoratori dall'instabilità dell'impiego ed ha così individuato in essa la principale chiave di lettura dell'intera normativa e un fondamentale parametro interpretativo per la valutazione della compatibilità delle normative nazionali di recepimento.

La giurisprudenza comunitaria ha poi offerto un'interpretazione rigorosa della clausola 5.1 dell'accordo che obbliga gli Stati membri ad adottare misure di prevenzione contro l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine. La Corte, infatti, ha da un lato affermato chiaramente l'impossibilità di ricorrere a successivi contratti a termine per soddisfare bisogni permanenti e durevoli del datore di lavoro, dal momento che tali esigenze, proprio in ossequio al principio di normalità del contratto di lavoro a tempo indeterminato, dovrebbero essere soddisfatte mediante relazioni contrattuali stabili². Inoltre, pur riconoscendo che la clausola in questione non è dotata di efficacia diretta, in quanto lascia agli Stati una certa discrezionalità circa la scelta delle misure da adottare, il giudice del Lussemburgo ne ha comunque ribadito la natura vincolante e, anche recentemente con il caso *Luft hansa*³, ha richiamato i giudici nazionali all'obbligo di interpretazione conforme della normativa nazionale al fine di assicurare la piena efficacia e la primazia della Direttiva⁴.

Altrettanto centrale è poi la giurisprudenza che sviluppa un'ampia interpretazione del principio di non discriminazione tra lavoratori a termine e lavoratori a tempo indeterminato comparabili per quanto riguarda le condizioni di impiego posto dalla clausola 4 dell'accordo. La Corte ha affermato la diretta applicabilità della clausola, attribuendo così al giudice nazionale il compito di disapplicare le norme interne incom-

¹ C-212/04, 4 luglio 2006, confermata poi da *Angelidaki*, C-378, 379, 380/07, 23 aprile 2009.

² In particolare, v.di sentenze *Adeneler* e *Angelidaki*.

³ C-109/09, 10 marzo 2011.

⁴ *Del Cerro Alonso*, C-307/05, 13 settembre 2007 e *Impact*, C-268/06, 15 aprile 2008.

patibili, ed ha inserito nel suo ambito di applicazione anche le condizioni retributive e pensionistiche, affermando che la riserva di competenza nazionale in materia di retribuzione derivante dall'art. 153 TFUE non può costituire un limite all'effettiva garanzia del principio di non discriminazione. Si tratta, pertanto, di una conferma della centralità e della forza espansiva del principio di non discriminazione che si afferma sempre di più nel diritto dell'Unione come «metaprincipio» sovraordinato, direttamente applicabile e capace di tagliare trasversalmente gli ambiti di competenza e spostarne i confini⁵.

Per quanto riguarda, nello specifico, l'infiltrazione della giurisprudenza comunitaria sul lavoro a termine nell'ordinamento italiano, appare particolarmente rilevante la questione dell'utilizzo abusivo del contratto di lavoro a tempo determinato nel pubblico impiego. Come è noto, infatti, l'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 prevede che, a differenza di quanto avviene nell'impiego privato, la violazione da parte della PA di disposizioni imperative riguardanti l'impiego di lavoratori a termine, ivi incluse le regole circa l'apposizione della causali giustificative e la successione di contratti a tempo determinato, non possa comportare la misura sanzionatoria della conversione del rapporto di lavoro in tempo indeterminato, ma solo il risarcimento del danno. La Corte costituzionale, nella sent. 83/2003, ha ritenuto infondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione a tale disparità di trattamento tra impiego pubblico e privato, affermando che il principio fondamentale in materia di instaurazione del rapporto di lavoro alle dipendenze della PA è quello dell'accesso mediante pubblico concorso posto dall'art. 97 Cost. La Corte di giustizia, chiamata in via pregiudiziale a valutare la compatibilità con la dir. 1999/70 della medesima disposizione nazionale, in *Marrosu Sardino*⁶ e in *Vassallo*⁷, ha ritenuto la disciplina italiana in linea di principio conforme all'ordinamento europeo in quanto, pur non ammettendo la misura della conversione del rapporto di lavoro in tempo indeterminato, predispone attraverso il risarcimento del danno un'altra misura effettiva volta ad evitare ed eventualmente sanzionare l'utilizzo abusivo di una successione di contratti a termine nel pubblico impiego. La Corte ha però specificato, anche nella più recente ord. *Affatato*⁸, che spetta al giudice nazionale accertare in concreto se tali misure risarcitorie

⁵ M. BARBERA, *Il ruolo del principio d'eguaglianza nei sistemi multilevel: riflettendo su alcune recenti sentenze della Corte di giustizia*, in www.europeanrights.eu. Si veda, in particolare, la pronuncia resa dalla Corte di giustizia in *Küçükdeveci*, C-555/07, 19 gennaio 2010.

⁶ C-53/04, 7 settembre 2006.

⁷ C-184/04, 7 settembre 2006.

⁸ C-3/2010, 1 ottobre 2010.

siano sufficientemente effettive e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme interne adottate in attuazione della direttiva e rispondano ai principi di equivalenza – ossia non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano analoghe situazioni interne – e di effettività – ossia non rendano di fatto impossibile o troppo difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento dell'Unione.

A seguito di tali *input* della Corte di giustizia, sta attualmente crescendo una giurisprudenza nazionale di merito che, a fronte di utilizzi abusivi di successivi contratti a termine nel pubblico impiego, in particolare nel Comparto Scuola, disapplica l'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 per contrasto con la dir. 1999/70 così come interpretata dalla Corte di giustizia e converte il rapporto in contratto a tempo indeterminato⁹. In estrema sintesi, questa giurisprudenza sostiene che il risarcimento non costituisce una misura sanzionatoria adeguata, proporzionata e dotata di un reale carattere dissuasivo, non offre al lavoratore a tempo determinato una tutela effettiva contro l'illegittima apposizione del termine e non è per nulla equivalente alla misura di conversione prevista per il lavoratore privato¹⁰.

Queste pronunce dei giudici del lavoro restituiscono l'idea di un dialogo diretto tra Corte di giustizia e giudice ordinario. Un dialogo diretto, che bypassa e isola la stessa Corte costituzionale e conferma il ruolo centrale del giudice ordinario nel sindacato diffuso di legittimità comunitaria attraverso l'interpretazione conforme e la disapplicazione del diritto interno incompatibile, mediante il quale si produce un concreto effetto di innalzamento in sede giurisdizionale dello standard di tutela effettiva e di giustiziabilità dei diritti dei lavoratori a termine.

Si badi, tuttavia, che la giurisprudenza che disapplica l'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 e sceglie la conversione del rapporto si affianca ad un altro e finora maggioritario orientamento dei giudici del lavoro che individua nel risarcimento del danno l'unica sanzione applicabile nel pubblico impiego, pur pervenendo a soluzioni molto differenti circa i criteri di quantificazione di tale risarcimento¹¹: si tratta, evidentemente, di con-

⁹ Dapprima Trib. di Siena, 27 settembre 2010, poi Trib. Livorno, 10 gennaio 2011, Trib. Napoli, 16 giugno 2011 e Trib. Trani, 18 luglio 2011, Trib. Trani, 19 settembre 2011, Trib. Trani, 24 ottobre 2011.

¹⁰ La giurisprudenza in esame specifica poi che nei casi concreti la conversione non costituisce neanche una deroga al principio dell'accesso per concorso pubblico, dal momento che i lavoratori a termine della scuola vengono comunque già assunti mediante forme selettive pubbliche quali le graduatorie pubbliche, oltre tutto di recente ritenute dalla Corte costituzionale come meccanismi selettivi equivalenti al concorso (sent. n. 41 del 2011).

¹¹ Sempre solo in relazione al Comparto Scuola, si segnalano, ad esempio, Trib. Ge-

trasti all'interno della giurisprudenza di merito che sollevano perplessità e che si inscrivono, tuttavia, proprio nell'ampio margine di valutazione che la Corte di giustizia ha lasciato ai giudici nazionali.

3. *Un caso non isolato*

L'atteggiamento manifestato dalla Corte di giustizia nelle pronunce sul lavoro a tempo determinato non è certo isolato. Altri tasselli, infatti intervengono a comporre un'importante giurisprudenza comunitaria di chiara matrice *pro-labour*. Si pensi, ad esempio, all'ampia *case-law* sulla libertà di circolazione dei lavoratori, mediante la quale la Corte di giustizia, già prima del Trattato di Maastricht, ha permesso l'accesso alla quasi totalità delle prestazioni di *welfare* offerte dallo Stato membro ospitante da parte del lavoratore migrante al fine esplicito di garantirne la dignità e l'integrazione sociale¹². Altrettanto rilevante è poi la giurisprudenza in materia di tempi di lavoro, nella quale la Corte ha operato come contrappeso del legislatore comunitario, restringendo le eccessive aperture alla flessibilità rese possibili dalle deroghe e dai rinvii al potere deregolativo degli Stati di cui è costellata la dir. 2003/88 sull'orario di lavoro¹³. Oppure si pensi alla *case-law* sui monopoli sociali, in cui la Corte, al fine di garantire la funzione di solidarietà sociale svolta da alcuni enti previdenziali nazionali, ha sottratto l'attività di tali enti dal campo di applica-

nova, 25 marzo 2011, Trib. Torino, 2 marzo 2011, Trib. Roma, 28 aprile 2011 e 19 maggio 2011. A ciò si aggiunga che, in seguito all'impugnazione da parte del MIUR della già richiamata sentenza del Tribunale di Siena (27 settembre 2010) di fronte alla Corte d'Appello di Firenze, quest'ultima con ord. 8 febbraio 2011, in considerazione della più recente giurisprudenza della Corte di Cassazione che ritiene la normativa nazionale di cui all'art. 36 del d.lgs. n. 165 del 2001 conforme ai precetti costituzionali e comunitari (Cass. 14350/2010) nonché del gravissimo danno che potrebbe derivare dall'esecuzione della sentenza impugnata e dal connesso effetto di reintegra del ricorrente, ne ha disposto la sospensione dell'esecuzione. Si badi, soprattutto, che la Corte di Cassazione, con recente pronuncia (Sez. lav., sent. n. 10127 del 20 giugno 2012), ha stabilito che la successione di contratti a tempo determinato che si realizza nelle scuole attraverso le supplenze non concretizza l'utilizzo abusivo ritenuto sanzionabile dalle norme europee e, pertanto, non comporta né la sanzione della conversione né quella del risarcimento del danno.

¹² A riguardo, si può vedere S. SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, 2011, 3 e ss., 132 e ss.

¹³ In argomento si veda G. RICCI, *Tutela della salute e orario di lavoro*, in S. SCIARRA (a cura di), *Manuale di Diritto Sociale Europeo*, Torino, 2010, 73, ID., *Il diritto alla limitazione dell'orario di lavoro, ai riposi e alle ferie nella dimensione costituzionale integrata (fra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea)*, in WP C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT-79/2010, V. LECCESE, *Il tempo di lavoro e il diritto dell'Unione. La giurisprudenza della Corte di giustizia e le prospettive di riforma*, in *www.europeanrights.eu*.

zione delle regole comunitarie *antitrust*, sancendo la cedevolezza di quest'ultime di fronte al bisogno di tutela sociale del lavoratore¹⁴.

Nel confronto con questa articolata giurisprudenza, la prospettiva aperta fin di recente dalle pronunce della Corte di giustizia in materia di diritti sociali ad esercizio collettivo non appare altrettanto rassicurante e le sentenze *Viking*¹⁵, *Laval*¹⁶, *Rüffert*¹⁷ e *Commissione c. Lussemburgo*¹⁸ non possono non generare un profondo senso di smarrimento e di insoddisfazione.

4. *Il c.d. «Laval quartet» e le possibili vie d'uscita*

In sede conclusiva, appare pertanto utile soffermarsi su alcune delle tante questioni problematiche aperte dalle pronunce rese dalla Corte di giustizia in materia di diritti di contrattazione e di azione collettiva per riflettere sull'esistenza di possibili fattori correttivi.

Una prima considerazione riguarda la questione del bilanciamento «inequale» e del ruolo del giudice nazionale. Nel ragionamento sviluppato dalla Corte in *Viking* e *Laval*, il confronto tra il diritto di sciopero e le libertà di mercato non assume, infatti, la veste di un vero e proprio bilanciamento, venendo il diritto di azione collettiva degradato da diritto fondamentale a interesse oggettivo, a ragione imperativa che, qualora contrasti con le fondamentali libertà di circolazione e di stabilimento, risulta tutelabile solo se rispondente ad uno stretto scrutinio di adeguatezza e proporzionalità rimesso al giudice nazionale. In tal modo, la Corte attribuisce, al giudice nazionale un penetrante ed inedito potere di controllo e di ingerenza sul merito delle strategie di lotta sindacale¹⁹. I ri-

¹⁴ Si fa riferimento, in particolare, a *Inail*, C-218/00, del 22 gennaio 2002 (dove la Corte, in forza della funzione di carattere esclusivamente sociale dell'*Inail*, ha escluso che l'attività di tale ente potesse qualificarsi come attività economica ai sensi del diritto della concorrenza e che l'ente stesso costituisse un'impresa ai sensi del Trattato), a *AOK Bundesverband*, C-264/2001, C-306/2001 e C-355/2001, del 16 marzo 2004 (dove la Corte ha riconosciuto la funzione sociale delle associazioni statali di casse malattia tedesche) e a *FENIN*, T-319/1999, del 4 marzo 2003 e C-205/2003, del 11 luglio 2006 (dove tanto il Tribunale di Primo Grado che la Corte di giustizia hanno ritenuto che, data la funzione sociale dell'ente gestore del servizio sanitario nazionale spagnolo, tale ente non esercitasse un abuso di posizione dominante nell'acquistare come unico acquirente materiale medico e sanitario dalle imprese fornitrici).

¹⁵ C-438/05, 11 dicembre 2007.

¹⁶ C-341/05, 18 dicembre 2007.

¹⁷ C-346/06, 3 aprile 2008.

¹⁸ C-319/06, 19 giugno 2008.

¹⁹ S. GIUBBONI, *Dopo Viking, Laval e Rüffert: in cerca di un nuovo equilibrio tra diritti sociali e mercato*, in A. ANDREONI - B. VENEZIANI, *Libertà economiche e diritti sociali nell'U-*

schì insiti in questo ampio potere di scrutinio demandato al giudice nazionale sembrano del resto trovare conferma nella decisione del 2 dicembre 2009 della Corte del Lavoro di Stoccolma che, riconoscendo nella vicenda *Laval* la responsabilità dei sindacati svedesi per avere indetto un'azione collettiva in contrasto con il diritto europeo in quanto sproporzionata, ha condannato questi ultimi al risarcimento del danno²⁰. Si badi bene, però, che il giudice nazionale potrebbe sempre scegliere di utilizzare diversamente l'ampio margine di intervento riconosciutogli, sfruttandolo per correggere l'orientamento della Corte del Lussemburgo, anziché adeguarsi passivamente ad esso, difendendo lo standard interno di tutela costituzionale dei diritti collettivi e riavviando così su questi temi un utile confronto con il giudice dell'Unione: nella dottrina più recente stanno infatti crescendo gli appelli al giudice nazionale a «non dare per scontato che la Corte di giustizia abbia sempre ragione», bensì a proporre nuovi rinvii pregiudiziali con cui chiedere al giudice dell'Unione di riconsiderare l'orientamento manifestato nelle sentenze *Viking* e *Laval*²¹.

Per quanto concerne più nello specifico la questione del bilanciamento tra libertà economiche e diritti di azione collettiva, occorre poi chiedersi se la Corte di giustizia possa continuare ad adottare un modello di bilanciamento «ineguale», qual è quello proposto in queste sentenze, ora che la Carta di Nizza ha acquisito efficacia vincolante e con essa il canone dell'indivisibilità dei diritti è entrato tra i principi costitutivi dell'Unione. Del resto la possibilità dell'impiego nelle aule del Lussemburgo di una più attenta tecnica di bilanciamento è confermata sia dalle note sentenze *Schmidberger*²² e *Omega*²³ sia da alcune più recenti pronunce che, in seguito all'obbligatorietà della Carta, vedono la Corte di giustizia impegnarsi in una più attenta considerazione dei diritti sociali di natura collettiva²⁴.

nione Europea, Roma, 2009, 123, G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in W.P. C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT-66/2008, p. 8.

²⁰ Un'analisi comparata degli effetti reali e potenziali del caso *Laval* in alcuni ordinamenti nazionali è svolta mediante diversi commenti in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, fasc. n. 131, 2011/3, 363 e ss.

²¹ A. LO FARO, *Responsabilità e sanzioni per sciopero illegittimo: cambia qualcosa in Italia dopo Laval?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 3/2011, 430, R. ZAHN - B. DE WITTE, *La prospettiva dell'Unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 3/2011, 444.

²² C-112/00, del 12 giugno 2003.

²³ C-36/02, del 14 ottobre 2004.

²⁴ Mi riferisco a *Rosenbladt*, C-45/09, 12 ottobre 2010, *Hennigs*, C-297/10, 8 settembre 2011, *Prigge*, C-447/09, 13 settembre 2011.

Un'ultima considerazione deve infine essere rivolta al tema della contrattazione collettiva. La sentenza *Rüffert* rivela un'effettiva incomprendimento da parte dei giudici del Lussemburgo della funzione normativa svolta dalla contrattazione collettiva negli ordinamenti interni e del rapporto di integrazione tra fonte eteronoma e fonte autonoma su cui si fondano i diritti del lavoro nazionali: nelle argomentazioni della Corte, la contrattazione collettiva viene infatti valorizzata solo se dotata di efficacia generale che la assimili alla legge. Una possibile via d'uscita dall'angolo in cui queste sentenze stringono i sindacati e gli accordi collettivi è rappresentata dalla contrattazione collettiva transnazionale, come testimonia l'accordo sul lavoro marittimo siglato dalle parti sociali europee in seguito al caso *Viking* e poi trasposto nella dir. 2009/13²⁵. Lo sviluppo di forme transnazionali di contrattazione collettiva risponderebbe, del resto, anche alla lettera dell'art. 28 della Carta che fa riferimento a livelli appropriati di negoziazione collettiva, ma, soprattutto, permetterebbe alle parti sociali di intervenire per costruire, in materia di diritti dei lavoratori distaccati, un punto di equilibrio tra gli standard normativi del Paese di origine e quelli del Paese di prestazione e consentirebbe, così, quantomeno di contenere il rischio che la difficoltà di definire regole contrattuali comuni su alcune condizioni di lavoro favorisca l'emergere di ulteriori forme di *dumping* sociale.

²⁵ S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in Id. (a cura di), *Manuale di Diritto Sociale Europeo*, cit., 24.

VOLKER TELLJOHANN, ISABEL DA COSTA, TORSTEN MÜLLER,
UDO REHFELDT, REINGARD ZIMMER

ACCORDI QUADRO EUROPEI
UN PASSO VERSO L'EUROPEIZZAZIONE
DELLE RELAZIONI INDUSTRIALI.*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. Origini degli accordi quadro europei. – 3. Una panoramica quantitativa degli AQE. – 4. L'approccio delle Federazioni Sindacali Europee verso gli Accordi Quadro Europei. – 5. Nuovo dinamismo nelle relazioni industriali europee? – 6. Conclusioni.

1. *Introduzione*

Nel corso dell'ultimo decennio gli Accordi Quadro Europei e Internazionali (AQE/AQI) hanno visto una diffusione accelerata. Di conseguenza, tali Accordi Quadro Transnazionali (AQT) hanno ricevuto anche una crescente attenzione in numerose pubblicazioni di istituzioni internazionali come l'Organizzazione Internazionale del Lavoro (Papadakis 2008) e la Commissione Europea (European Commission 2008).

Questo recente interesse per gli AQT può essere spiegato con il verificarsi di tutta una serie di condizioni politiche ed economiche fra cui l'intensificarsi di un nuovo tipo d'internazionalizzazione delle attività economiche su scala globale e le massicce attività di ristrutturazione dei gruppi transnazionali che includono, fra l'altro, fusioni, acquisizioni e joint ventures. In risposta a queste tendenze anche i sindacati hanno provato a intensificare il loro impegno nel cercare di delineare un quadro sociale nell'ambito dell'economia globale. La migliore opzione disponibile per creare tale quadro sociale era insistere per ottenere una maggiore au-

* Il saggio si basa sui risultati di un progetto di ricerca dal titolo 'International framework agreements: a stepping stone towards the internationalization of industrial relations?' che è stato finanziato dalla Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro. I risultati sono stati pubblicati in Telljohann *et al.* (2009). Il rapporto è disponibile al seguente link: <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/102/en/2/EF08102EN.pdf>.

toregolamentazione mediante la stipula di AQT a livello aziendale transnazionale.

Ai fini della seguente analisi, è importante fare distinzione fra gli Accordi Quadro Europei e quelli Internazionali. Nell'ambito del progetto di ricerca, il cui principale obiettivo consisteva nel contribuire al dibattito in atto sull'europeizzazione e sull'internazionalizzazione delle relazioni industriali, e in particolare nell'analizzare lo sviluppo di nuove forme di regolazione a livello aziendale transnazionale, è stato utilizzato il concetto di Accordi Quadro Transnazionali in modo generico, per far riferimento a tutti gli Accordi con un'area di applicazione che va oltre i confini nazionali. In base ai firmatari da parte dei rappresentanti dei lavoratori e all'area di applicazione dell'accordo, è stata fatta un'ulteriore distinzione fra gli Accordi Quadro Europei e quelli Internazionali. Si definisce un AQT un Accordo Quadro Internazionale qualora sia firmato da una Federazione Sindacale Globale (FSG) e abbia una portata globale; invece, si fa riferimento a un Accordo Quadro Europeo qualora sia sottoscritto da una delle Federazioni Sindacali Europee (FSE) e/o da un Comitato Aziendale Europeo (CAE) e abbia una portata europea. Tale definizione è coerente con quella utilizzate dalle FSG, che considerano gli AQI come accordi fra la direzione centrale di un gruppo transnazionale e una FSG.

In questo saggio ci limitiamo a presentare i risultati della ricerca che riguardano la dimensione europea. Tali risultati si basano sull'analisi di tutti gli AQE in vigore a giugno 2008, oltre all'esame della letteratura accademica e dei documenti politici delle Istituzioni Europee, delle Federazioni Sindacali Europee e delle associazioni imprenditoriali a livello transnazionale. Inoltre, sono stati intervistati rappresentanti di entrambe le parti, compresi rappresentanti di organizzazioni imprenditoriali e dei lavoratori così come rappresentanti di Comitati Aziendali Europei.

2. *Origini degli accordi quadro europei*

Nel contesto dell'Unione europea l'adozione della Direttiva sui CAE ha svolto un ruolo rilevante e spesso sottovalutato nell'affermarsi della Contrattazione Collettiva Transnazionale (CCT) e degli Accordi Quadro Europei. In base alla Direttiva, i CAE hanno solo dei diritti d'informazione e consultazione, ma alcuni di essi hanno nel frattempo partecipato alle trattative di AQE, se non addirittura già sottoscritto la maggioranza di tali accordi. Alcuni di tali AQE hanno delle conseguenze di ampia portata in termini di ristrutturazioni industriali, fra cui quelle

più significative sono state finora quelle negoziate presso la Ford e la General Motors, i cui contenuti vanno ben oltre le clausole normalmente previste dagli AQI (da Costa e Rehfeldt 2007).

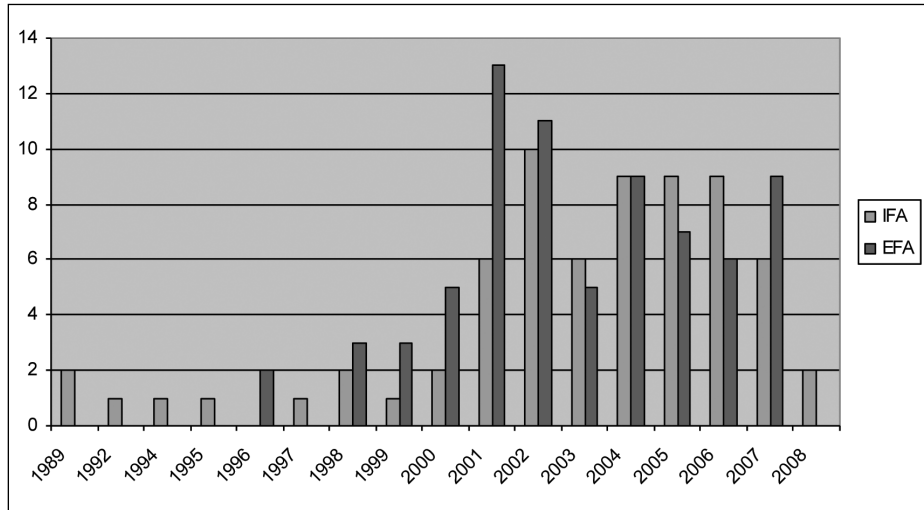
Il ruolo svolto dai CAE e l'evoluzione delle strategie sindacali a livello nazionale, europeo e globale contribuiscono a spiegare perché alcuni gruppi sono diventati più disponibili a firmare accordi a livello transnazionale. In parte, la risposta risiede nell'evoluzione del dibattito sui codici di condotta, che è stato oggetto di numerosi studi. La strategia delle imprese e talvolta persino la personalità dei loro dirigenti sono stati in alcuni casi dei fattori determinanti. Con lo sviluppo della responsabilità sociale d'impresa (RSI), delle pratiche coordinate di risorse umane a livello del gruppo o durante le ristrutturazioni transnazionali, ad esempio, le direzioni di alcuni gruppi transnazionali erano anche interessate a queste forme volontarie e autonome di dialogo sociale.

Nel 2004 la Commissione Europea annunciò la sua intenzione di condurre uno studio e di consultare le parti sociali sull'elaborazione di un quadro di riferimento 'opzionale' per la contrattazione collettiva transnazionale. Ciò fu incluso nell'Agenda Sociale 2005-2010. Il gruppo di esperti presentò il suo rapporto nel 2005 (Ales *et al.* 2006) a favore dell'adozione di tale quadro di riferimento 'opzionale' mediante una Direttiva sulla costituzione di un sistema europeo per la contrattazione collettiva transnazionale complementare ai sistemi nazionali esistenti. Nel 2006 fu presentata una seconda analisi degli AQI e AQE esistenti (Pichot 2006). Mentre i rappresentanti dei datori di lavoro reagirono con una forte opposizione a qualsiasi quadro legale sulla contrattazione collettiva transnazionale, anche solo 'opzionale', la Confederazione Europea dei Sindacati (CES), d'altra parte, aveva espresso il suo sostegno condizionale. In luglio 2008, la Commissione pubblicò un nuovo documento sul tema, annunciando la creazione di un gruppo di esperti per studiare gli AQT. Poiché non esiste alcun quadro di riferimento legale sulla CCT a livello aziendale né su scala europea né internazionale, solo gli AQT sottoscritti da sindacati nazionali o replicati da una serie di Accordi nazionali identici potranno avere un valore legale vincolante.

3. *Una panoramica quantitativa degli AQE*

L'analisi degli AQE si basa sulla nostra ricerca (Telljohann *et al.* 2009) e sui dati messi a disposizione dalla Commissione Europea (2008). Il documento della Commissione fa distinzione fra Accordi o testi 'europei', 'globali' e 'misti'. Ai fini della nostra analisi comparativa fra AQE e

Figura 1: Numero di AQI (IFA) e AQE (EFA) sottoscritti annualmente



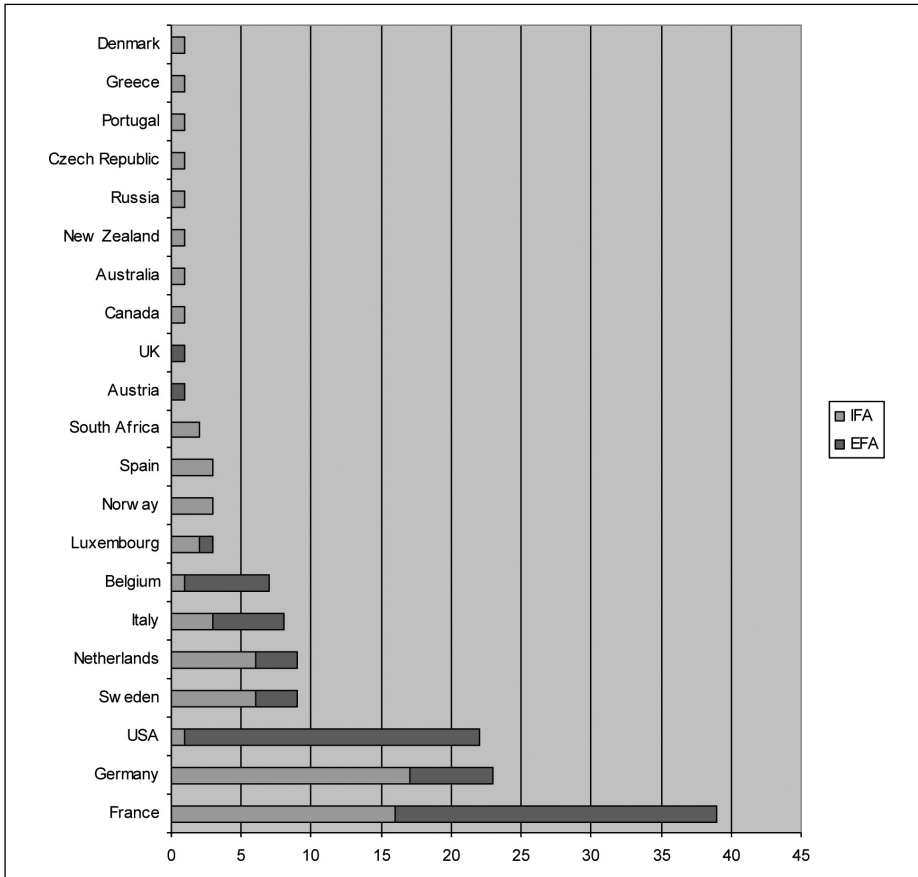
Fonte: Telljohann, V., I. da Costa, T. Müller, U. Rehfeldt and R. Zimmer (2009)

AQI, abbiamo estrapolato dai dati della Commissione tutti gli Accordi che avevamo precedentemente qualificato come AQI. Abbiamo poi definito i restanti Accordi come AQE, a prescindere dalla loro portata europea o globale – il 13% degli Accordi Europei (dieci in sette imprese) ha una portata globale. Abbiamo così individuato i 75 AQE sottoscritti fra il 1996 e la metà del 2008.

I primi AQE sono stati sottoscritti nel 1996, l'anno di entrata in vigore della Direttiva CAE. Dal 1998, gli AQE si sono notevolmente diffusi (Figura 1) raggiungendo un primo picco nel 2001, per poi passare a una diffusione in continua crescita. Solo 13 AQE esistevano prima del 2001. Al contrario degli AQI, un gran numero di AQE sono stati sottoscritti da gruppi transnazionali con sede negli USA, e in particolare dalle filiali europee di cinque gruppi statunitensi. Con 21 Accordi, si posizionano al secondo posto, immediatamente dopo i 24 AQE sottoscritti da gruppi transnazionali con sede in Francia (Figura 2). Dal punto di vista dei contenuti, gli AQE trattano un'ampia varietà di tematiche, tra cui, quelle più frequenti sono la ristrutturazione, il dialogo sociale, salute e sicurezza, gestione delle risorse umane, politiche sociali e protezione dei dati. I diritti sociali fondamentali sono di minore importanza negli AQE, mentre sono preponderanti negli AQI. Analogamente agli AQI (Zimmer 2008), alcuni AQE sono mere dichiarazioni d'intenti, mentre altri sono molto dettagliati e codificano misure concrete di attuazione.

La vasta maggioranza degli AQE (54 su 75) è stata sottoscritta da CAE. Alcuni sono stati co-sottoscritti da sindacati nazionali o europei. Per un certo numero di accordi non erano disponibili ulteriori informazioni dettagliate per individuare le parti firmatarie. 42 AQE sono stati sottoscritti solo da CAE, 11 sono stati co-sottoscritti da Federazioni Sindacali Europee, fra cui tre sono stati co-sottoscritti anche da sindacati nazionali. I CAE sono spesso coinvolti nel processo di contrattazione e/o monitoraggio. Cinque accordi sono stati sottoscritti solo da Federazioni Sindacali Europee (la compagnia petrolifera francese Total nel 2004, 2005 e 2007, Areva nel 2006 e Schneider nel 2007). Questi recenti sviluppi riflettono l'evoluzione della strategia messa in atto da queste organizzazioni verso gli AQE. La Federazione Europea dei Metalmeccanici

Figura 2: Paese di origine dei gruppi transnazionali con AQT



Fonte: Telljohann, V., I. da Costa, T. Müller, U. Rehfeldt and R. Zimmer (2009)

(FEM), ad esempio, seguita dalla CES e da altre FSE, richiede che la sottoscrizione degli AQE sia riservata alle organizzazioni sindacali. Dunque, come vedremo, le strategie delle FSE verso gli AQE presentano molte sfaccettature e continuano ad evolversi.

4. *L'approccio delle Federazioni Sindacali Europee verso gli Accordi Quadro Europei*

Mentre gli AQI, per definizione, sono sottoscritti dai sindacati e rappresentano dunque uno strumento sindacale genuino per stabilire diritti sindacali e dei lavoratori fondamentali all'interno dei gruppi transnazionali, la maggioranza degli AQE è sottoscritta da CAE, ossia una struttura di rappresentanza dei lavoratori a livello aziendale che in ragione della natura specifica della Direttiva CAE non prevede un ruolo formale per i sindacati. La contrattazione di AQE da parte dei CAE rappresenta dunque un dilemma strategico per i sindacati. In vista delle crescenti sfide economiche transnazionali, le trattative a livello europeo dei CAE, da una parte, rappresentano una strategia utile per contrastare le crescenti attività economiche a livello transnazionale delle multinazionali e affrontarne le conseguenze. Dall'altra parte, i sindacati hanno bisogno di essere coinvolti nelle contrattazioni aziendali a livello europeo, poiché se i CAE decidono di entrare in trattative senza il coinvolgimento dei sindacati, allora i sindacati rischiano di essere emarginati. Gli osservatori euro-pessimistici descrivevano tale scenario già oltre dieci anni fa quando la contrattazione a livello europeo da parte dei CAE non erano nient'altro se non un lontano barlume agli occhi di alcuni euro-ottimisti. Schulten (1996), ad esempio, ha sottolineato il rischio che le trattative fra CAE e management potevano portare all'emergere di accordi micro-corporativistici, che particolarmente nei sistemi di relazioni industriali a canale doppio avrebbero potuto indebolire le normative nazionali, attraverso il rafforzamento di tendenze verso forme di regolazione più decentrate. Inoltre, l'autore afferma che nei sistemi a canale doppio, tali alleanze micro-corporativistiche fra CAE e management potrebbero allontanare gli stabilimenti nazionali dai loro sistemi di regolazione di categoria ed eventualmente erodere la funzione sindacale di contrattazione collettiva.

Data questa situazione di fondo, la maggior parte delle FSE si è nel frattempo dotata di una struttura composta da esperti nazionali responsabili dei rapporti con i CAE all'interno del proprio sindacato nazionale, allo scopo di elaborare dei meccanismi efficaci per coordinare le attività relative ai CAE. Benché questo tipo di attività vari, una caratteristica co-

mune delle attività di coordinamento di tutte le FSE è rappresentata dal ruolo centrale svolto dalle *checklists*, dagli accordi modello e dalle linee guida messi a punto e adottati in modo congiunto con i sindacati nazionali. La maggior parte delle FSE ha adottato approcci simili verso le procedure di contrattazione e ha stabilito degli standard riguardanti i contenuti degli accordi costitutivi dei CAE e il ruolo dei sindacati nazionali e dei loro coordinatori dei CAE. La FEM (Fédération Européenne des Métallurgistes) è stata poi la prima FSE a fare un ulteriore passo sviluppando due set di regole per affrontare in primo luogo le sfide poste dalle conseguenze delle ristrutturazioni aziendali a livello transnazionale sempre più frequenti e, in secondo luogo, la crescente diffusione del dialogo sociale a livello dei CAE, a partire dagli inizi del 2000.

Il primo set di regole è costituito dall'approccio della politica della FEM verso la ristrutturazione aziendale socialmente responsabile, il cui principale obiettivo consiste nel garantire piena trasparenza delle informazioni per assicurare il coinvolgimento dei sindacati in tutte le fasi del processo di ristrutturazione allo scopo di evitare che il *management* tenti di mettere in competizione gli stabilimenti nei diversi paesi fra di loro. Il secondo set di standard stabiliti collettivamente è rappresentato dalla 'Procedura Interna della FEM per negoziazioni a livello di imprese multinazionali', che è stata adottata in risposta alle crescenti attività di negoziazione dei CAE in assenza di un quadro di riferimento legale che assicuri l'implementazione degli AQE nei rispettivi contesti nazionali. La crescente sfida posta dalle negoziazioni condotte principalmente attraverso i CAE è stata ulteriormente amplificata dal fatto che la FEM non aveva nessun mandato ufficiale dalle sue affiliate nazionali per la negoziazione di AQE. La nuova procedura della FEM tende a colmare tale lacuna definendo le condizioni sotto le quali la FEM possa ricevere un mandato negoziale dai sindacati nazionali per condurre le trattative a loro nome a livello aziendale transnazionale. Il primo passo della procedura interna della FEM di concessione del mandato consiste nell'organizzazione di una procedura approfondita di informazione e consultazione coinvolgendo tutti i sindacati nazionali presenti nel gruppo, il coordinatore della FEM e tutti i membri del CAE. Sulla base di questa procedura di informazione e consultazione, i sindacati interessati possono decidere di aprire le trattative. Il mandato di negoziazione stabilisce non solo quelle che sono le specifiche questioni da negoziare ma definisce anche le procedure da seguire e la composizione del gruppo di negoziazione. La bozza di accordo che viene negoziata dal gruppo di negoziazione dovrà anche essere approvata dai sindacati interessati. Poi, i sinda-

cati sono obbligati ad implementare l'accordo a livello nazionale ai sensi della legge e della prassi nazionale.

Il problema consiste nel verificare fino a che punto tali procedure e standard interni siano effettivamente vincolanti per le affiliate nazionali della FEM. Benché l'approccio politico relativo ai processi di ristrutturazione e la procedura di concessione del mandato di negoziazione siano stati approvati da tutte le affiliate nazionali attraverso il Comitato esecutivo della FEM, la FEM continua a dipendere dalle sue affiliate nazionali per implementare gli standard stabiliti di comune accordo, poiché non dispone di nessun mezzo per sanzionare l'eventuale inadempienza, al di là dell'esercitare una pressione morale.

La mancanza di potere della FEM nell'esigere il rispetto di tali linee guida è particolarmente problematica in situazioni di ristrutturazione aziendale, quando sono in gioco gli interessi economici fondamentali dei lavoratori e sindacati di diversi paesi sono in competizione gli uni con gli altri. In una situazione di questo tipo, la conformità all'approccio della FEM richiederebbe un forte senso di solidarietà e di coscienza europea da parte delle affiliate nazionali, oltre alla disponibilità a fare eventualmente delle concessioni a vantaggio dei lavoratori di altri paesi e comunicare tali concessioni ai propri iscritti a livello nazionale.

Tuttavia, nonostante i potenziali problemi, l'intenzione dichiarata della FEM di sviluppare un autentico approccio europeo ai processi di ristrutturazione a livello aziendale nonché alla definizione di una procedura atta ad affrontare il problema del potenziale disaccoppiamento del CAE e del sindacato nel contesto della negoziazione degli AQE resta per ora l'esempio più avanzato e serve come riferimento di buona pratica per la maggior parte di tutte le altre FSE. Alla luce della presente analisi della strategia della FEM, il seguente paragrafo intende analizzare più nel dettaglio gli sviluppi a livello aziendale.

5. *Nuovo dinamismo nelle relazioni industriali europee?*

Gli AQE riflettono le tradizioni delle relazioni industriali europee. Gli accordi riguardano tutta una serie di questioni, come la ristrutturazione, la salute e la sicurezza, la protezione dei dati, la gestione delle risorse umane e il dialogo sociale. L'emergere degli AQE può essere spiegato da tre fattori principali. Innanzitutto, tanti CAE ormai hanno messo a punto le loro modalità operative interne, le strutture di comunicazione, e le loro capacità di lavorare in rete, secondo modalità tali da permettere loro di andare ben oltre il mero ruolo d'informazione e consultazione

sancito dalla Direttiva CAE dando vita a delle negoziazioni a livello europeo. In secondo luogo, la pressione esterna derivante dai programmi di ristrutturazione dei gruppi transnazionali ha spinto i CAE ad avviare delle negoziazioni a livello europeo allo scopo di evitare che i lavoratori dei diversi paesi vengano messi in competizione tra di loro. In terzo luogo, il *management* si è sempre più reso conto del fatto che negoziazioni a livello europeo possono facilitare l'introduzione di politiche del lavoro a livello transnazionale e servire a evitare il processi spesso dispendiosi di condurre molteplici negoziazioni in tutti i singoli paesi in cui il gruppo è presente. Quindi, il CAE svolge un ruolo chiave nelle forme emergenti di contrattazione a livello transnazionale attraverso la stipula di un AQE. La maggior parte delle FSE è favorevole a un tale ruolo di negoziazione del CAE a condizione che le FSE e le loro affiliate nazionali siano coinvolte nel processo.

Benché i CAE abbiano svolto un ruolo importante nella negoziazione e conclusione di AQE, le esperienze empiriche suggeriscono che un maggior coinvolgimento dei sindacati – come, ad esempio, nei casi di General Motors Europe (GME), Areva, Schneider, Suez o Total – porta ad accordi più concreti che contengono anche delle disposizioni più incisive per quel che concerne l'implementazione dell'accordo.

Il caso della GME (Telljohann 2009) illustra molto chiaramente il contributo degli AQE allo sviluppo di un sistema articolato di relazioni industriali a livello europeo, mostrando come i vari livelli di contrattazione collettiva sono interconnessi. L'AQE fa parte di un sistema più ampio di livelli interconnessi della rappresentanza degli interessi dei lavoratori che comprende diverse istituzioni nazionali e transnazionali. Il caso della GME mostra le relazioni che potenzialmente si rafforzano reciprocamente fra lo sviluppo delle strutture di rappresentanza degli interessi dei lavoratori a livello aziendale europeo e l'implementazione di un AQE. Per quanto riguarda l'impatto degli AQE sull'europeizzazione delle relazioni industriali, il caso rivela, fra le altre cose, il potenziale degli AQE come strumento per la risoluzione dei conflitti locali.

Per quanto riguarda gli AQE che trattano processi di ristrutturazione si può notare che le risposte a livello dei vari accordi quadro corrispondono alle diverse sfide che devono essere affrontate nei rispettivi casi. Possiamo distinguere fra risposte a processi di delocalizzazione effettivi e risposte alle minacce di delocalizzazione o di chiusura di stabilimenti in generale. In casi di processi di delocalizzazione effettivi, il *management* e i rappresentanti dei lavoratori cercano di attuare delle politiche di adeguamento (per esempio Ford e GME), mentre in casi di minaccia di delocalizzazione, la risposta in genere consiste nel ridurre gli

incentivi alla delocalizzazione, o alla chiusura di stabilimenti in generale. Gli approcci caratterizzati dalla riduzione degli incentivi possono basarsi su una strategia proattiva (per esempio Schneider Electric, Thales, Alstom) o su strategie sindacali difensive (per esempio GME) (Telljohann 2009). Presso alcuni gruppi francesi come per esempio la Schneider Electric, la Thales e l'Alstom sono stati sottoscritti accordi fra il *management* e la FEM sull'anticipazione del cambiamento, che impegnano i gruppi transnazionali a promuovere programmi di formazione professionale tenendo in considerazione il fabbisogno di competenze e l'andamento demografico del personale. Questi accordi, quindi, mirano a contribuire a superare le discrepanze di competenze e a rafforzare l'occupabilità dei lavoratori nel lungo termine. In questi casi il management ha accettato di entrare in negoziazioni a livello europeo con la FEM, poiché la FEM ha provato di essere in grado di aggregare gli interessi delle varie affiliate nazionali. In questi casi, la scelta di un approccio proattivo ai processi di ristrutturazione amplia considerevolmente la portata delle possibili azioni.

6. Conclusioni

Gli AQE differiscono dagli AQI sottoscritti a livello globale in termini di portata e contenuti (Telljohann *et al.* 2011). Se la maggior parte degli AQI si concentra sui diritti fondamentali, gli AQE coprono una gamma più vasta di argomenti. Ciò è probabilmente dovuto al livello più avanzato di istituzionalizzazione delle relazioni industriali nel contesto dell'Unione europea.

Nell'ambito dei processi di negoziazione a livello europeo, i processi di ristrutturazione e l'anticipazione del cambiamento rappresentano i temi di maggiore importanza. Gli AQE che si occupano dei processi di ristrutturazione variano a seconda delle sfide che devono essere affrontate nei rispettivi casi. Nel caso di processi di delocalizzazione effettivi, il management e i rappresentanti dei lavoratori cercano di attuare delle politiche di adeguamento, mentre nei casi di minaccia di delocalizzazione, la risposta consiste nel ridurre gli incentivi alla delocalizzazione, o alla chiusura di stabilimenti in generale.

Esistono, tuttavia, diversi fattori che ostacolano la negoziazione di AQE nel contesto dei processi di ristrutturazione. Oltre ad una mancanza di diritti istituzionalizzati a negoziare a livello europeo, i principali ostacoli sono spesso costituiti dalle differenze strutturali e culturali fra i diversi sistemi nazionali di rappresentanza degli interessi, così come dalle

divergenze d'interessi, benché questi siano molto più rilevanti nei casi di processi di delocalizzazione effettivi rispetto a casi caratterizzati da un approccio proattivo mirato all'anticipazione del cambiamento.

In conclusione, gli accordi quadro europei costituiscono dei nuovi strumenti di relazioni industriali con un potenziale di regolazione nell'ambito dei gruppi transnazionali. Nei casi di ristrutturazione si è dimostrato importante scegliere un approccio proattivo per poter garantire una maggiore portata delle possibili azioni di intervento.

Bibliografia

- ALES, E., S. ENGBLOM, T. JASPERS, S. LAULOM, S. SCIARRA, A. SOBCZAK e F. VALDÉS DAL-RÉ (2006) *Transnational Collective Bargaining Past, Present and Future*, Bruxelles: European Commission. http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf.
- DA COSTA, I. e U. REHFELDT (2007) 'European Works Councils and transnational bargaining about restructuring in the auto industry', *Transfer*, 13 (2), 313-316.
- EUROPEAN COMMISSION (2008) *The role of transnational company agreements in the context of increasing international integration*, Commission Staff Working Document, SEC(2008)2155, Bruxelles: European Commission.
- PAPADAKIS, K. (a cura di) (2008) *Cross-Border Social Dialogue and Agreements: An emerging global industrial relations framework?*, Ginevra: International Institute for Labour Studies/International Labour Office.
- PICHOT, E. (2006) *The development of transnational agreements: First approach*, European Commission, Brussels.
- SCHULTEN, T. (1996) 'European Works Councils: Prospects for a new system of European industrial relations', *European Journal of Industrial Relations*, 2 (3), 303-324.
- TELLJOHANN, V. (2009) 'European Works Councils: Emergence of a European Collective Identity or still national bound actors?', in HERTWIG, M., L. PRIES e L. RAMPELTSCHAMMER (a cura di), *European Works Councils in complementary perspectives*. Bruxelles: ETUI, 69-96.
- TELLJOHANN, V., I. DA COSTA, T. MÜLLER, U. REHFELDT e R. ZIMMER (2009) *European and International Framework Agreements - Practical Experiences and Strategic Approaches*, Lussemburgo: Office for Official Publications of the European Communities. <http://www.eurofound.europa.eu/pubdocs/2008/102/en/2/EF08102EN.pdf>.
- TELLJOHANN, V., I. DA COSTA, T. MÜLLER, U. REHFELDT e R. ZIMMER (2011) 'Accordi quadro internazionali - un nuovo strumento di relazioni industriali transnazionali', *Quaderni Rassegna Sindacale - Lavori*, 12, 1 145-155.
- ZIMMER, R. (2008) *Soziale Mindeststandards und ihre Durchsetzungsmechanismen. Sicherung internationaler Mindeststandards durch Verhaltenskodizes?*, Baden Baden: Nomos.

SERENA ZITTI

CRISI: ...E POI?

CONSIDERAZIONI PER UNA PROPOSTA

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Formulazione di un obiettivo. – 2.1. La nuova ISO 26000: processo, contenuti, effettività. – 3. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il presente contributo costituisce il tentativo di superare la problematica derivante dal persistente vuoto di competenze di cui all'art. 153.5 TFUE ricercando un approccio efficiente che ottimizzi le indicazioni ILO ed il ruolo dei *social partners* per correggere ed influenzare la politica UE e la nota giurisprudenza in tema di libertà collettive. Entro subito nel vivo delle considerazioni utili a formulare la mia proposta, dando per acquisito il quadro generale e limitandomi ad integrare solo gli aspetti più attuali¹.

Questo scritto offre l'occasione per valorizzare i risultati acquisiti in recenti ricerche alla luce di alcuni documenti europei successivi ad esse che confermano l'importanza di osservare determinati impulsi di matrice internazionale. In questo senso, detti documenti sembrano alimentare la possibilità di un'impostazione da me prospettata². L'idea proposta non è avulsa dal contesto giuridico ed economico che caratterizza l'UE, infatti, guarda ad una dimensione futura, di cui possono essere poste le basi sin d'ora. In particolare, credo che l'integrazione della «responsabilità delle

¹ A compensazione di quanto qui non riportato, su contenuti, *status* giuridico della Carta di Nizza e sua applicazione giurisprudenziale, sia consentito un rinvio a S. ZITTI, *Carta dei diritti fondamentali dell'UE*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, V ed., Cedam, in corso di pubblicazione. In ordine allo *status quo* del diritto primario in materia sociale, *ivi*, v. anche i miei commenti agli *artt. 151, 152, 153 e 155 TFUE*.

² Prospettiva esposta nell'ambito della tesi finale relativa ad un incarico di ricerca annuale (2010), post dottorato, su *Il ruolo della PMI nello scenario che cambia: dalla riforma della contrattazione collettiva al rispetto degli standards di comportamento internazionali*. Una sintesi in AA.VV., *Il binomio Università-Impresa*, Raccolta di abstracts del Progetto RECO-TESSC, a cura dell'Università G. D'Annunzio di Chieti-Pescara, maggio 2011, 250-279; anche su www.udafse.unich.it.

imprese per il loro impatto sulla società»³ nel quadro del mercato unico debba essere letta come una linea-guida tesa a mitigare il noto conflitto in discussione.

Nella burrasca che ha sconvolto gli equilibri economici e i livelli occupazionali mondiali occorre tenere ben fermo il timone della giustizia sociale e riportare il discorso sui canoni della modernizzazione. L'economia del lavoro mi consente appena di evocare il tema per formulare una domanda: a quale modernizzazione occorre guardare? Dal connubio delle indicazioni provenienti dal fronte comunitario e internazionale si desume che, affinché la modernizzazione dei rapporti di lavoro conduca a risultati realmente inclusivi, è necessario impostare politiche ispirate a criteri di equità e dignità⁴. Nel quadro del *decent work* il filo conduttore degli interventi di lotta alla crisi deve essere rappresentato dalla finalità di garantire sufficienti livelli di giustizia sociale. Secondo l'OIL, le misure di sicurezza sociale devono essere combinate con una politica economica sensibile alle questioni sociali che, oltre a mirare all'incremento della produzione, abbia a cuore gli aspetti redistributivi della ricchezza. Ciò induce a ritenere inaccettabile un commercio internazionale sganciato dal rispetto di certi *standards* di tutela sociale. Anzi, in ossequio alla dichiarazione OIL sulla giustizia sociale, la violazione dei principi e dei diritti fondamentali non può essere né invocata, né utilizzata come un vantaggio competitivo legittimo e le norme internazionali del lavoro non dovrebbero essere utilizzate a fini di protezionismo commerciale⁵. Tuttavia, l'esperienza giurisprudenziale comunitaria più recente (inerente il conflitto tra libertà economiche fondamentali e libertà collettive) mostra come, malgrado il Trattato di Lisbona⁶, non sia scontato il prevalere dello

³ V. Com (2011) 681 final del 25.10.2011, *A renewed EU Strategy 2011-2014 for Corporate Social Responsibility*.

⁴ V. ILO, *A fair globalization*, 2004 e ILO, *The Financial and Economic Crisis: A decent Work Response*, 2009, che analizza un modello di sviluppo equo e sostenibile nel lungo periodo, in ottemperanza alla *Dichiarazione sulla giustizia sociale* adottata dall'ILO il 10.6.2008.

⁵ Così ILO, 2008, cit. Questi contenuti sono stati accolti dal PE: v. Risoluzione sullo *Sviluppo del potenziale occupazionale di una nuova economia sostenibile*, del 7.9.2010, consider. lett. K e p.to 73, in cui, tra l'altro, è rimarcato che «una trasformazione socialmente equa è una componente fondamentale dello sviluppo sostenibile e un presupposto essenziale se si vuole che i popoli dell'Europa appoggino la trasformazione stessa».

⁶ L'entrata in vigore della CDFUE ex art. 6 TUE sembra aver influenzato poco le successive decisioni del giudice comunitario. Analoga incidenza ha avuto, finora, il fatto che il nuovo all'art. 152 TFUE contempra al suo interno un principio di autonomia delle parti sociali. Infatti, nel caso *Commissione c. Rep. Fed. di Germania*, la norma è stata espressamente richiamata dalla Corte, ma ciò è stato fatto sottolineando il limite delle «diversità dei sistemi nazionali» ed operando un inquadramento del disposto in chiave sistematica. L'art. 152 è stato difatti interpretato anche alla luce dell'art. 28 CDFUE e, in particolare, del vincolo di

standard ispirato alla logica del *favor laboris*⁷. Alcuni esponenti della dottrina hanno ravvisato profili di illegittimità nell'intervento della Corte di giustizia e l'argomentare del giudice nei noti casi appare macchiato da un vizio di fondo (quello di praticare il supposto bilanciamento affermando solo in senso lato la pari graduazione delle libertà e dei diritti in discussione); eppure l'obbligo di conformità al diritto dell'Unione e di rispetto del principio di proporzionalità, cui soggiacciono le parti sociali nell'esercizio dei diritti collettivi fondamentali ed i frutti stessi del dialogo sociale, persistono⁸. Nel diritto vivente, questo limite opera valicando i richiami alle tradizioni costituzionali di cui all'art. 6.3 TUE e all'art. 53 CDFUE e, quindi, almeno per ora, nega la possibilità di un'indiretta valorizzazione della CDFUE, nonostante quanto disposto *ex art.* 6 TUE. Sebbene, alla luce dell'art. 152 TFUE, un'attenuazione degli effetti connessi a detto limite sia auspicabile, una serie di ragioni riducono lo spazio per una visione tesa a preservare l'assetto gius-lavoristico basato sul *favor* per il contraente debole. Dette ragioni attengono, in parte, alla crescente consapevolezza di un ritorno del giudice alle sue originarie posizioni funzionaliste ogni qual volta l'esercizio dei diritti collettivi incappi nelle esigenze invalicabili del mercato unico. Risentono, inoltre, dell'indirizzo formulato dal Consiglio europeo del 24-25 marzo 2011, che ha ribadito la volontà di attuare politiche anti-crisi che abbiano il mercato al centro del loro interesse, dal momento in cui si ritiene che esso svolga «un ruolo chiave per produrre crescita ed occupazione e per promuovere la competitività». Dunque, il limite imposto alle libertà collettive sussiste in forza di questioni di carattere sistematico e prescinde dal suo mancato richiamo nel testo dell'art. 152 TFUE. Esso opera in senso contrario al principio del *favor laboris* riconosciuto nell'ordinamento interno. Appare suffragato da stringenti interessi di carattere economico-monetario ed è confermato anche alla luce della più recente giurisprudenza su contrattazione collettiva e discriminazioni in base all'età⁹. Senza voler negare l'esi-

conformità con il diritto dell'UE che da tale disposizione discende. La Corte ha, così, indirizzato il suo ragionamento nel senso della nota giurisprudenza (*Laval e Viking*), senza dare risalto al fatto che, nello stesso procedimento, l'avvocato generale avesse suggerito una rilettura dei casi aggiornata al dopo-Lisbona. V. le mie annotazioni al caso in *Riv. giur. lav.*, 2011, 2, 218 ss.

⁷ Anche il PE riconosce «che tutti i settori sono soggetti a un'elevata pressione per aumentare la competitività» e «che, nelle regioni in cui la disoccupazione è elevata, si registra una forte sollecitazione ad accettare condizioni di lavoro inadeguate». Così consider. lett. I, Risoluzione PE 7.9.2010, cit.

⁸ Ulteriori spunti critici e riferimenti puntuali alla dottrina, nei miei commenti ad *art. 152 TFUE e art. 28 CDFUE*, cit.

⁹ La Corte ha, infatti, riconosciuto la diversa natura delle misure adottate attraverso la contrattazione collettiva rispetto a quelle introdotte da fonte legale, ma ha anche dichiarato

genza di un giusto contemperamento di interessi, urge considerare che, nella fase di determinazione degli *standard* sociali, la sostenibilità economica non può essere l'unica chiave di lettura. D'altronde, l'opportunità di un rapporto ancillare del diritto del lavoro verso l'economia non è cosa pacifica neppure tra i cultori delle scienze economiche¹⁰.

2. Formulazione di un obiettivo

L'analisi parte da un convincimento: occorre un nuovo approccio, anzitutto politico, che calibri le impostazioni del sistema anche sulla sostenibilità sociale, senza che ciò sia necessariamente antieconomico¹¹. Data la Strategia Europa 2020, è necessario chiedersi quali siano i margini di azione possibile per la difesa e il rafforzamento del modello sociale europeo. Considerata la ribadita centralità del mercato e il ruolo dinamico delle imprese, ritengo che il primo passo debba essere diretto ad individuare, con il fine ultimo di promuoverne la diffusione, un metodo alternativo di *organizzazione dei sistemi produttivi* che inglobi l'esigenza di tutela di un modello sociale europeo rafforzato. A tal fine oltre agli *input* economici e al Patto Europlus del 2011, vanno ancora considerati gli orientamenti comunitari volti a rafforzare la coesione sociale, a promuovere uno sviluppo sostenibile e ad enfatizzare la dimensione sociale della Strategia di Lisbona; inoltre, vanno tenute in debito conto le indicazioni OIL per una «*fair globalization*» e le più recenti sullo sviluppo equo e sostenibile nell'ottica della giustizia sociale. Quanto appena richiamato costituisce un aiuto valido ad orientare la scelta del modello da promuovere

che la facoltà riconosciuta alle parti sociali (al pari degli Stati) di prendere misure che prevengano una disparità di trattamento a seconda dell'età, conformemente all'art. 6.1 della dir. 2000/78, trova nel principio di proporzionalità il suo limite; v. Corte giust. CE 12.10.2010, C-45/09, *Rosenbladt*; 8.9.2011, C-297/2010 e C-298/2010, *Sabine Hennings e Land Berlin*; 13.9.2011, C-447/09, *Prigge*.

¹⁰ V. L. MARIUCCI, *Dopo la flessibilità cosa? Riflessioni sulle politiche del lavoro*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, 3, 525.

¹¹ Il perseguimento del fine di giustizia sociale non deve necessariamente produrre disconomie. Esso andrebbe visto come una nuova modalità economica di dare impulso al sistema, giacché i maggiori costi del lavoro, riconducibili in linea di massima alle retribuzioni (ma non solo ad esse), sono suscettibili di tradursi in consumo, risparmio, investimento e benessere sociale in termini di minori costi di salute, minore conflittualità e ridotta criminalità. Secondo l'ILO, le adeguate condizioni di giustizia sociale incidono positivamente sul sistema consentendo di evitare i possibili ulteriori ritardi, nel superamento degli squilibri economici e finanziari della crisi, connessi ai disordini politici che sovente vengono a crearsi in assenza delle stesse; v. ILO 2009, cit. In questa linea teorica, anche le affermazioni contenute nello studio europeo *Growth, Job and Social Progress in EU*, circa l'esigenza di revisione dei sistemi di protezione sociale.

come via evolutiva entro cui le imprese sono chiamate a muoversi nel terzo millennio¹². Sostengono la mia riflessione anche altri stimoli emersi dal fronte internazionale, in particolare, provenienti dal consesso istituitosi in sede ISO per la preparazione di una Guida sulla responsabilità d'impresa. Considerata la recente pubblicazione della tanto attesa Uni ISO 26000:2010, è opportuno domandarsi se essa rappresenti un valido modello cui ispirare la trasformazione evolutiva dei modelli produttivi e perché. La questione può essere affrontata in riferimento a tre aspetti: contenuti, modalità di compilazione del testo, profili attuativi.

2.1. *La nuova ISO 26000: processo, contenuti, effettività*¹³

La norma ISO 26000 è frutto di un processo di armonizzazione condotto a livello internazionale per diversi anni e risponde all'esigenza di un documento di riferimento ufficiale per tutte le organizzazioni che vogliono operare in un contesto improntato allo sviluppo sostenibile adottando un comportamento economico, sociale e ambientale responsabile. In questo contesto, il *concetto di modernità* coincide con quello di *responsabilità* ed è assunto a presupposto necessario a qualificare l'azienda come competitiva. Secondo questo approccio, infatti, un'impresa risulta competitiva in quanto moderna, cioè virtuosa, ossia rispettosa dei criteri stabiliti nella Guida ISO 26000. Le prescrizioni si articolano in sette linee guida: responsabilità, trasparenza, etica, rispetto degli *stakeholders*, della legge, degli *standard* di comportamento internazionali e dei diritti umani.

¹² A mio avviso, tale modello costituirebbe sprone per una nuova stagione di sviluppo del modello sociale europeo, importando contestualmente stimoli di rigenerazione nel mercato unico europeo, ormai globalizzato. In ogni caso, alla prospettiva di un intervento dall'alto, che impone una solidarietà forzata tra i cittadini europei, è preferibile una rinascita dal basso che trovi presupposto in una vera e propria rivoluzione culturale dei popoli europei volta all'etica sociale. Da questa, evidentemente, potrebbe emergere l'*élite* politica capace di trasformare in atti formali il sentire comune. Cfr. con R.B. REICH, *Supercapitalismo*, cit., 247, nella versione riletta da V. FERRARI, *Una sfida al binomio «libero mercato-democrazia»*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, 4, 720-721. In una data accezione, che considera il diritto del lavoro come «materia umile» (v. MARIUCCI, cit., 543) che «organizza la vita delle persone nei suoi aspetti più quotidiani» e che pone in risalto che «dal fatto che lo si applichi in un senso o nell'altro dipenderà la sorte di milioni di persone» (così, G. LYON-CAEN, *Permanenza e rinnovamento del diritto del lavoro in una economia globalizzata*, in *Lav. dir.*, 2004, 257 ss.; v. anche MARIUCCI, cit.) è evidente che il pensiero che proviene «dal basso» abbia una portata potenziale e una forza unica nell'imporsi come contenuto necessario della scelta politica, a prescindere dal fatto che il livello di democrazia del sistema sia già maturo o, addirittura, inesistente.

¹³ Qui opero solo brevi considerazioni e rinvio per altri dettagli a ZITTI, in AA.VV., *Il binomio Università-Impresa*, cit.

Non entro nell'esame del testo ma pongo l'accento sul fatto che il primo principio – che impone all'organizzazione di assumersi la *responsabilità del suo impatto sulla società e sullo sviluppo* – rispecchia i vincoli di utilità sociale e coordinamento ai fini sociali previsti dall'art. 41, 2° e 3° co., Cost. ed è particolarmente affine alla recente definizione di RSI adottata in UE. I criteri che mirano al rispetto delle esigenze di tutti coloro che in vario modo risultano coinvolti nell'attività dell'azienda (legalità, etica, rispetto degli *stakeholders*) trovano eco in quelli che richiedono il rispetto degli *standard* internazionali e dei diritti umani, in conseguenza di cui l'organizzazione deve aderire ai principi stabiliti a livello internazionale impegnandosi, da un lato, a rispettarli il più possibile, ove si trovi ad operare in nazioni caratterizzate da una legislazione in contrasto con gli stessi e, dall'altro, ad evitare di trarre vantaggio da situazioni in cui tali diritti non siano rispettati. Oltre che per i suoi contenuti e perché questi rispondono ad un'esigenza avvertita dagli operatori a livello globale, la Guida merita attenzione per le modalità che hanno caratterizzato il processo di normazione, anche in considerazione degli attori che sono stati chiamati a partecipare alla sua stesura e sono preposti a garantire la sua applicazione effettiva. La sua elaborazione vanta il coinvolgimento di esperti ed osservatori provenienti da tutto il mondo (91 Paesi). Evidenzio che, per la prima volta in sede ISO, i sindacati sono stati invitati a dare il proprio apporto, alla luce del fatto che questa norma non riguarda prodotti fisici ma processi e sistemi organizzativi immateriali in cui le parti sociali sono direttamente interessate. Il lungo processo concertativo ha trovato al suo interno i sistemi più adatti per garantire un'equilibrata partecipazione alle decisioni sullo stato di avanzamento del *draft*, sia da parte delle sei categorie rappresentate, sia da parte dei vari Paesi più o meno sviluppati. In tutta la fase di scrittura della norma, l'Italia ha mostrato di essere tra i Paesi più attenti al tema e si è caratterizzata per il fatto di avere una delegazione presieduta da un referente del mondo sindacale.

In ordine ai profili applicativi preciso che non è previsto un meccanismo di certificazione, dal momento in cui l'obiettivo di fondo è coniugare quello che è socialmente rilevante con ciò che è socialmente conveniente. Dunque, per assicurare l'efficienza, il sistema ISO richiede di agire almeno su tre leve: l'azione volontaria nella materia oggetto della normazione; l'adeguamento del quadro normativo di contesto; l'attivazione di iniziative territoriali pubbliche e private. Per quanto ai fattori che favoriscono l'effettività, segnalo che un'apposita sezione della Guida riguarda le PMI, per cui non va sottovalutata l'affinità di base con le politiche UE attente a sostenere i bisogni delle imprese di questa dimen-

sione, come dimostrato dalle linee guida per l'occupazione, dalla programmazione del FSE e dal più recente quadro normativo che regola le esclusioni dall'obbligo di notifica preventiva in caso di aiuti di Stato loro diretti¹⁴.

La scelta di non permettere l'utilizzo della nuova norma a scopi certificativi va interpretata anche alla luce di un'altra impostazione di fondo: quella che disegna un ruolo determinante degli *stakeholders* nella fase di attuazione della norma e di verifica del rispetto dei *core issues* fissati nella stessa. Se il ruolo dei consumatori è determinante per influenzare «dal basso» le scelte strategiche delle imprese, ancor più rilevante è la prospettiva di azione del sindacato, chiamato a rafforzare il suo impegno sul piano delle rappresentanze aziendali. Superata la fase di un primo confronto sui temi generali del diritto del lavoro – in particolare, sul fronte della tutela della stabilità e della qualità del lavoro – l'occasione ISO 26000 apre la via ad un rinnovato sistema di relazioni industriali che possa coniugare nella maniera più efficace i valori della responsabilità sociale, con il dialogo sociale e la contrattazione. La diffusione di una cultura che favorisca l'innesto della RSI nelle piattaforme rivendicative che conducono alla stipula dei nuovi contratti collettivi, da questo punto di vista, segnerebbe il rilancio di un noto contenuto della SEO: quello che punta a scegliere, in una visione di lungo periodo, «la via alta dello sviluppo». Se è evidente la necessità di diffusione di un metodo alternativo di organizzazione dei sistemi produttivi, nel contesto della prolungata crisi e degli effetti recessivi che avranno determinate misure salva-Stato, meno certa appare la possibilità che il sistema inglobi spontaneamente, nel breve termine, l'esigenza di tutela di un modello sociale europeo rafforzato. Tuttavia, a mio avviso, i tempi sarebbero maturi anche perché, dopo il recepimento (da parte del PE), delle indicazioni OIL per uno sviluppo equo e sostenibile improntato alla giustizia sociale, anche la possibilità di «incorporazione» del sistema ISO in ambito europeo non è più solo un mio auspicio. Infatti, l'idea¹⁵ di sfruttare il metodo posto alla base del processo di Lussemburgo operando un rilancio della SEO (che contempi al suo interno gli impulsi derivanti dal fronte OIL, ISO e, in generale, i principi della RSI), come via utile a contrastare il problema¹⁶

¹⁴ Sia consentito rinviare a ZITTI, Commento all'*art. 107 TFUE*, in *Commentario breve alle leggi sul lavoro*, cit.

¹⁵ Già espressa nel paper *Crisi globale e responsabilità sociale la nuova frontiera di un trade-off storico*, relativo al mio intervento all'VIII Convegno in memoria di Marco Biagi, e poi rielaborata nella tesi finale del Progetto RECOTESSC, cit.

¹⁶ V. S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 2, 293 ss.

della competizione tra regimi derivante dalle accresciute differenze in materia sociale, sembra assumere sempre più concretezza. Rintracciavo l'embrione di una simile innovazione in alcuni documenti di indirizzo di matrice comunitaria¹⁷. Il quadro, allora frammentario, risulta oggi più organico¹⁸ ed impreziosito alla luce del rilancio delle politiche UE in materia di RSI¹⁹. La nuova strategia mira ad un coordinamento delle politiche degli Stati membri nell'intento di armonizzare il più possibile gli approcci in materia. In particolare, la Commissione attiverà nel 2012 un sistema di *peer review* per le politiche nazionali sulla RSI. Essa ha, infatti, invitato gli Stati membri a sviluppare o aggiornare, per la metà dell'anno, i loro piani d'azione volti a promuovere la RSI in sostegno alla Strategia Europa 2020²⁰. Evidenzio che la Commissione imputa detto rilancio entro un arco temporale (riferibile al breve termine) di fatto coincidente con la predisposizione e l'attuazione delle misure anticrisi.

¹⁷ Già negli orientamenti integrati (2005-2008) il Consiglio raccomandava agli Stati membri di spronare le imprese a sviluppare la RSI, anche sulla base dei contenuti della COM (2005) 24 def, tesi a dare un nuovo slancio alla Strategia di Lisbona. Nella relazione annuale 2006 sull'attività per la crescita e l'occupazione, la CE ha identificato la promozione della cultura imprenditoriale come una priorità europea. Da ultimo, la relazione strategica della CE al Consiglio, riguardante la rinnovata strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione (2008-2010), risultava ispirata ai contenuti della RSI; v. COM (2007) 803 def. dell'11.12.2007 e Conclusioni Consiglio europeo 13/14.3.2008.

¹⁸ L'invito rivolto dal PE alla Commissione a valutare l'adozione di una Raccomandazione agli Stati volta a ratificare e attuare le Convenzioni OIL aggiornate, registra un dato interpretabile nel senso precisato; v. Risoluzione del PE del 26.11.2009, *cit.* Rileva ancora la Risoluzione del PE del 7.9.2010, già richiamata *supra*, che qui si v. al p.to 75, in ordine alla necessità di un cambiamento socialmente equo da realizzarsi nel contesto della RSI, nonché ai p.ti 74, 78 e 79 circa l'esigenza di una gestione preventiva della trasformazione, condivisa tra Commissione, Stati membri e parti sociali, in stretta cooperazione con le organizzazioni internazionali, l'OMC, e le ONG.

¹⁹ V. Com (2011) 681 def. del 25.10.2011, *cit.* Il documento ha riformulato la definizione comunitaria di RSI, presente nel Libro verde del 18.7.2001, in un'espressione più semplice («la responsabilità delle imprese per i loro effetti sulla società»), che rispecchia i contenuti della Guida ISO. Così facendo, di fatto, ha ampliato lo spettro di azione della materia, avviando al problema della pluralità di definizioni contenute in vari strumenti. Peraltro, richiamando la ISO 26000 tra i possibili modelli cui le imprese europee sono sollecitate a far riferimento, materializza l'innesto dei principi ISO sulla RSI nel modello europeo. Inoltre, appare significativo che il principio di legalità, espresso nel quadro della nuova definizione, contempli il rispetto degli accordi collettivi accanto a quello della normativa di legge. La CE ha, infatti, precisato che il rispetto della normativa applicabile e degli accordi collettivi sottoscritti dalle parti sociali costituisce «un prerequisito» che le imprese devono assolvere per rispondere alla RSI.

²⁰ Il documento riconosce il contributo allo sviluppo di buone pratiche in materia da parte del dialogo sociale a livello di comitati di settore, nonché la rilevanza in materia degli accordi aziendali transnazionali. Rileva inoltre per la particolare attenzione rivolta anche alle PMI, sullo stile della politica già predisposta con Com (2006) 136.

3. *Considerazioni conclusive*

La sfida che si pone innanzi all'UE e agli Stati membri, dopo la seconda proclamazione della CDFUE, è quella di «inverarli nelle società di oggi»²¹. Il m.a.c. si presta per definizione ad attuare politiche innovative. Rispetto alla possibile obiezione critica che lamenta un innesto della debolezza tipica dei sistemi di adeguamento volontario a certi *standard* (come il sistema ISO e in generale la RSI) in un metodo che è *soft* già di per sé e, quindi, non vincolante, è possibile argomentare in maniera propositiva pensando al ruolo del FSE, al criterio di coerenza introdotto con la normativa per la programmazione 2006-2013²² e alle stesse politiche integrate per la crescita e l'occupazione²³. Un cambiamento delle impostazioni di sistema nel senso della responsabilità, dell'equità e della giustizia sociale potrebbe essere promosso a livello globale e, nel quadro europeo, potrebbe essere incentivato dai fondi strutturali e addirittura sostenuto con aiuti di Stato non soggetti a notifica preventiva (ad es., ove le imprese operassero in aree a ritardo di sviluppo oppure ove gli aiuti fossero destinati a PMI o a piccole imprese di nuova costituzione a prevalente partecipazione femminile). Parte delle linee guida che caratterizzano le politiche UE e l'attuale impianto normativo che le sostiene dimostrano che quanto detto è praticabile senza che ciò collida con il corretto funzionamento del mercato. Da questa prospettiva diventa ancor meno condivisibile la possibilità che il *dumping* sociale operi automaticamente entrando in conflitto con le esigenze di tutela dei diritti sociali.

Nell'ottica della *governance* globale prospettata da Habermans, il presupposto delle innovazioni sta «in una preliminare modificazione degli orientamenti di valore delle (...) popolazioni» e quindi nella forma-

²¹ Espressione mutuata da MARIUCCI, *op. cit.*, 514.

²² V. quanto in ZITTI, *Le pratiche di partenariato nella programmazione dei fondi strutturali: l'apporto alla strategia di Lisbona*, in E. ALES - M. BARBERA - F. GUARRIELLO (a cura di), *Lavoro, welfare democrazia deliberativa*, 2010.

²³ Attraverso un'opportuna programmazione dei fondi strutturali e delle iniziative comunitarie in generale, le imprese appartenenti alle aree del mercato unico più arretrate potrebbero muoversi in una competizione che le veda all'altezza dei modelli di tutela del lavoro caratterizzanti le imprese della vecchia Europa. In questo senso, il FSE potrebbe utilmente operare in via combinata anche con il Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione. Mi pare, infatti, che questo tipo di «incentivo» finanziario non deroghi alla parità di trattamento tra imprese e non collida con le esigenze di cui all'art. 107 TFUE. La mia idea si rafforza alla luce delle successive indicazioni del PE del 7.9.2010, *cit.*, che evocano il supporto del FSE per far fronte al fabbisogno di nuove competenze e potenziare i posti di lavoro in un'ottica di genere (v. p.to 69 e 44). Già in COM (2002) 347 def., del 2.7.2002, la CE aveva affermato la necessità di sostenere la capacità di gestione della RSI. Da ultimo, la mia prospettiva trova riscontro in Com (2011) 681 final, in cui la Commissione stimola le autorità regionali e locali ad un uso intelligente dei fondi strutturali per sostenere la RSI.

zione di «una coscienza civica (...) mondiale» che risuona nelle posizioni delle *élite* politiche costringendo ad «essere solidali sul piano cosmopolitico»²⁴. In questo senso, rilevo che il nuovo TUE contempla all'art. 11.4 una statuizione veramente originale, che rappresenta uno strumento operativo formidabile posto in mano ai popoli europei. Inoltre, nell'ottica del partenariato – permeante la SEO e le modalità di programmazione del FSE – un apporto significativo potrebbe derivare dagli attori locali e dalle parti sociali. La presenza del sindacato tra i soggetti compilatori ed attuatori della Guida ISO 26000 rappresenta un ulteriore elemento di raccordo. Anche il sindacato, dunque, in questo quadro è chiamato ad un rinnovamento, profondo e consapevole del suo ruolo «non politico», che lo induca ad un approccio il più possibile unitario ed attento alla *chance* emergente dal quadro d'insieme²⁵. Non sorprenderebbe ove lo slancio verso il cambiamento fosse favorito anche dagli impulsi della Dottrina Sociale della Chiesa Cattolica, la cui incidenza è stata notoriamente significativa per le origini del nostro sistema di tutela del lavoro²⁶.

Peraltro, il dovere di memoria storica impone di guardare con fedeltà alle origini: nello spirito dei Padri Fondatori non vi è mai stata la volontà di dar luogo ad un processo di integrazione che, nel lungo termine, comprimesse le tutele sociali. Se è vero che ogni attività esige un fine ed il fine ultimo è l'Uomo, anche la distorsione ravvisata tra la duplice finalità dell'UE e l'orientamento concreto entro cui muove il sistema economico europeo sotto l'egida della Corte di giustizia è superabile ricollocando la Persona al suo posto, ossia a *fine* dell'azione europea. Mi pare infatti, che il periglioso cammino dell'integrazione comunitaria sia ora giunto innanzi alle sue «colonne d'Ercole» ma, a ben vedere, la globalizzazione dei mercati, un po' come Ulisse con i suoi, ci ha repentinamente già spinto oltre. A questo punto, non resta da auspicare che

²⁴ Così J. HABERMANS, *La costellazione post-nazionale*, 1999 (già 1998), 24 ss. e spec. 101.

²⁵ Questo rinnovamento, peraltro, risponde alle esigenze di superare gli effetti che la globalizzazione tende a produrre sulla tutela collettiva ed appare funzionale alla sopravvivenza e al rafforzamento dello stesso sindacalismo nel contesto del mercato globale; v. TREU, 2000, 468 ss., spec. 496 e A. LASSANDARI, 2005, 293 ss., spec. 297.

²⁶ Constatato il *revivement* della questione sociale, divenuta ormai di dimensione mondiale, anche questo fronte stimola verso l'urgente «ristrutturazione etica dell'economia» da compiersi attraverso la RSI e le attività solidali, come pure attraverso il rinnovamento degli attori sociali. Dall'enciclica *Caritas in Veritate* si evince una dura posizione di condanna delle pratiche concorrenziali basate sullo sfruttamento del lavoro e, in generale, del sistema di competizione internazionale tra imprese che ricorrono alla riduzione delle tutele sociali per guadagnarne in competitività. v. R. PANZARANI, *Stato sociale e cultura della solidarietà nell'enciclica della solidarietà «Deus Caritas est»*, in *Dir. lav.*, 2006, 3, 263; A. VALLEBONA, «*Caritas in Veritate*» e diritto del lavoro, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 4, I, 439 ss.

l'UE, come un moderno Ulisse, realizzi l'evasione dal mondo della «*umana civilitas*» alla ricerca di un doveroso perfezionamento. È indubbio che la tutela dei diritti sociali fondamentali costituisca un elemento imprescindibile nel percorso che ho auspicato. Confido, quindi, nella coscienza sociale dei «*multiple demois*»²⁷ europei e nella saggezza delle *élite* che, pur attraverso apparati democratici, li conducono, affinché dei diritti fondamentali facciano «ali» a quello che menti obnubilate o poco avvezze alla verità potrebbero considerare un «folle volo»²⁸.

Un'ulteriore frontiera si apre oltre le «colonne d'Ercole» e il suo nome è un binomio: Responsabilità sociale d'impresa-Giustizia sociale.

²⁷ Nel senso attribuito in M. CARTABIA - J.H.H. WEILER, *L'Italia in Europa*, 2000, 238 ss.

²⁸ DANTE ALIGHIERI, *La Divina Commedia, Inferno*, Canto XXVI, v. 125. Con riferimento alla «rinascita dell'etica sociale», ad opera della politica e prima ancora della cittadinanza si v. quanto considerato da V. FERRARI, *cit.*, 720-721.

MARZIA BARBERA

DIRITTI SOCIALI
E CRISI DEL COSTITUZIONALISMO EUROPEO

1. Nella tradizione giuslavoristica italiana i diritti fondamentali hanno costituito per lungo tempo lo sfondo del discorso giuridico, la premessa di valore di un modello di regolazione giuridica che veniva però visto svolgersi principalmente sul piano dell'effettività.

Questo ha comportato il fatto che il costituzionalismo «legalista», con la sua tradizione di garantismo individuale che vedeva nella legge e nei giudici gli strumenti principali del processo di avveramento del patto costituzionale, sia rimasto una corrente minoritaria rispetto alla corrente pluralista, che affidava alle pratiche sociali, in particolare alla contrattazione collettiva, la protezione dei diritti individuali fondamentali.

Lo stesso modo di intendere la Costituzione, del resto, guardava coerentemente, più che alla sua dimensione formale-istituzionale, alla sua dimensione storico-politica, e si vedeva nell'autoregolazione sociale e nelle istituzioni sociali che rappresentavano gli interessi del lavoro la traduzione volta per volta storicamente possibile, la più alta, dei valori costituzionali. Da ciò, al fatto di intendere lo stesso ordinamento sindacale come un ordinamento autoconcluso e autosufficiente, il passo poteva anche essere breve.

Tale tradizione pluralista, a prescindere dal giudizio che se ne voglia dare circa il suo stato di salute attuale, non si è mai trasposta sul piano comunitario: il diritto comunitario è stato un diritto coerentemente «statalista», se mai ve n'è stato uno. E questo non perché, come talvolta pare fare intendere qualche studioso, con una curiosa inversione di metodo, il diritto alla contrattazione collettiva, fino alla Carta di Nizza, non sia mai stato espressamente riconosciuto come diritto fondamentale comunitario, ma perché per lungo tempo sono mancati i presupposti materiali dell'autoregolamentazione sociale: gli attori e gli obiettivi negoziabili, in primo luogo. La contrattazione collettiva europea ha conosciuto solo in questi ultimi anni uno sviluppo apprezzabile anche in termini di risultati normativi. Questi, però, si sono prodotti solo a condizione di rimanere fedeli a un approccio di regolazione leggera e orientata alla procedura

e/o sono apparsi serventi rispetto all'obiettivo della Commissione di superare l'impasse regolativa degli anni '80 e '90¹. Ancora una volta, più che l'assenza di una radice costituzionale, è stata l'assenza dei presupposti sostanziali dell'autoregolazione collettiva a determinare quest'esito. Il che lo si può anche leggere come una conferma degli assunti pluralistici.

Vi è allora un curioso paradosso storico nella rivincita che la linea del costituzionalismo ha conosciuto tra i giuslavoristi che si occupano di diritto sociale europeo. Certo, non si è trattato di una mera riedizione a livello sovranazionale del costituzionalismo statale. I più hanno fatto riferimento a un nuovo «*soft constitutionalism*» sovranazionale, a un costituzionalismo, cioè, che ha rinunciato a ogni pretesa di unitarietà e gerarchia degli ordinamenti, che descrive il sistema di governo come una struttura post-moderna di «*governo reticolare*» (e dunque talvolta predilige il termine *governance*) e la stessa forma giuridica come una forma «*destrutturata e multiforme*»². Ma l'idea di fondo, comunque, è che debbano essere il diritto, i valori costituzionali di libertà, eguaglianza e solidarietà presenti nelle tradizioni costituzionali comuni e nell'ordinamento europeo – e non solo la politica e il mercato – a conformare la struttura, i processi materiali di allocazione e redistribuzione delle risorse, e che vi debba essere una serie di principi comuni in grado anche di risolvere i conflitti fra ordinamenti di diverso livello.

È stata questa la strada imboccata negli anni '90 per fronteggiare il disorientamento provocato nei giuslavoristi da quello che è stato definito come il «*cambiamento di paradigma*» della politica sociale europea³, cambiamento che si manifestava non solo nel mutamento delle politiche stesse (che assumevano tratti marcatamente liberisti) ma anche nelle tecniche giuridiche di regolazione adottate. La caratteristica principale di tali tecniche era quella di presentarsi come un'alternativa all'armonizzazione funzionalista o coesiva alla quale era stato a lungo associato il processo di integrazione comunitario, basata sull'adozione di standard minimi uniformi e su norme di carattere vincolante. Il nuovo approccio si caratterizzava per il ricorso a norme procedurali e a orientamenti gene-

¹ Sul carattere *sui generis* della contrattazione collettiva europea, cfr. A. LO FARO, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria*, Milano, Giuffrè, 1999; M. PERUZZI, *L'autonomia nel dialogo sociale europeo*, Bologna, il Mulino, 2011; B. CARUSO, A. ALAIMO, *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione Europea*, WP C.S.D.L.E. Massimo D'Antona, INT-87/2011.

² V. N. WALKER, *Postnational Constitutionalism and the Problem of Translation*, in J.H.H. WEILER, M. WIND (eds.), *European Constitutionalism Beyond the State*, Cambridge, Cambridge University Press, 2003, 35 ss.

³ Cfr. S. GIUBBONI, *L'europeizzazione del diritto del lavoro italiano. Spunti d'analisi*, URGE Working Papers n. 6/2007, 2.

rali applicabili in modo variabile, piuttosto che a norme sostanziali, detagliate e poco flessibili.

Quando, già negli anni '80, al tempo dei c.d. *Sunday trading cases*⁴, la comunità giuslavoristica si era interrogata sugli antidoti all'infiltrazione del diritto della concorrenza nel campo del diritto sociale, la proposta più forte era stata quella di includere nel Trattato una Carta dei diritti. Lo stesso accade dieci anni dopo, nel momento in cui, con il lancio della Strategia europea per l'occupazione, le forme più accentriche e costruttivistiche di armonizzazione trasmutano in quelle dell'«armonizzazione riflessiva», basata sul metodo di coordinamento aperto (MAC) e sulla *soft law*.

2. I rischi dell'armonizzazione riflessiva sono risultati subito chiari ai giuslavoristi, sia quelli più direttamente legati al suo *significato politico*, che è sembrato favorire soprattutto il discorso sulla flessibilizzazione condotto da tempo all'interno della strategia della moneta unica, sia quelli legati ai *metodi di regolazione* impiegati, che (come si è già detto) privilegiano obiettivi e politiche più che norme prescrittive e si traducono in interventi «post-regolativi»⁵.

Non solo il MAC ma anche le direttive di nuova generazione, basate prevalentemente sulla tutela antidiscriminatoria, sono riconducibili a questo nuovo approccio all'integrazione europea. Tuttavia, solo nel primo caso si può correttamente parlare di una «denormativizzazione» delle politiche europee, vale a dire del ricorso a un modello di regolazione puramente sperimentale e consequenzialista. Lo stesso non può dirsi a proposito delle direttive in tema di discriminazione. L'esame della giurisprudenza della Corte di giustizia (a partire dal caso *Mangold*, causa C-144/04) mostra che quando sono in opera norme di carattere *hard*, sia pure nella forma di principi generali e diritti fondamentali, i vincoli alle decisioni pubbliche e private sono stringenti. Il che basterebbe a dar torto al divertente, ma fondamentalmente falso, aforisma di Weiler: «*date loro (agli europei) pane e diritti*» non è come dire «*date loro pane e svaghi*». Questo spiega il riflesso per così dire «kelseniano»⁶ della dottrina

⁴ Fra le sentenze del filone dei c.d. *Sunday trading cases*, riguardanti l'interpretazione dell'art. 28 TCE, si v. C-145/88, *Torfaen*; per una valutazione complessiva di quella giurisprudenza v. M. ROCCELLA, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, 27 ss.

⁵ Cfr. M. BARBERA, *Introduzione. I problemi teorici e pratici posti dal Metodo di coordinamento aperto delle politiche sociali*, in M. BARBERA (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento*, Milano, Giuffrè, 2006, 1 s.

⁶ Di una «*strana combinazione fra Kelsen e Schmitt*» parla Weiler (*Federalism and Constitutionalism: Europe's Sonderweg*, Jean Monnet Working Papers, n. 10/00), a proposito della ricerca, da parte degli autori che teorizzano un costituzionalismo europeo, di una «*Grundnorm*» capace di fondare la fonte ultima di autorità in caso di conflitti estremi.

giuslavoristica di fronte alla denormativizzazione delle politiche sociali europee: occorre risalire a norme della cui validità non si potesse ulteriormente discutere in termini consequenzialisti, e queste non potevano che essere principi e diritti fondamentali.

La fiducia nell'affermazione di un catalogo dei diritti fondamentali anche a livello europeo, come nuova frontiera di un rapporto virtuoso tra integrazione europea e diritti del lavoro nazionale, si può dire sia stato il «mantra» più ripetuto dalla dottrina giuslavoristica italiana (e non solo) di questi ultimi anni. Tuttavia, a quale forma di costituzionalismo ci si riferisce oggi quando si parla di costituzionalismo europeo? È abbastanza chiaro, lo si è già accennato, che non si tratta di una riedizione su scala sovranazionale del vecchio costituzionalismo nazionale. Si è parlato prima di «*soft constitutionalism*». Più concretamente, questo significa che, fra i possibili modelli ideal-tipici di un costituzionalismo, il modello che sembra oggi incontrare maggior favore è quello di un costituzionalismo non gerarchico ma cooperativo, di un'«integrazione intercostituzionale», di una tutela multilivello che preveda però soglie inderogabili di trattamento, presidiate da norme imperative e da clausole di non regresso, che dovrebbero definire gli elementi di uniformità e gli elementi di differenziazione dei diversi ordinamenti⁷. In questa prospettiva, la Carta di Nizza/Strasburgo, assunto lo stesso valore giuridico dei Trattati, verrebbe a giocare il ruolo tipico di tutte le carte dei diritti costituzionali. La costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali dovrebbe servire a stabilire una garanzia minima ai diritti sociali nazionali, allo scopo di salvaguardarli, aprendo al tempo stesso alla «scoperta cooperativa» di nuovi significati dei diritti stessi dunque; ma anche, sia pure in una prospettiva ancora lontana, a configurare diritti sociali comuni, cui dovrebbero corrispondere poteri di allocazione e redistribuzione dell'UE.

Benché il problema di quali siano le politiche e le risorse capaci di realizzare tali obiettivi non sia del tutto ignorato nella riflessione dei giuslavoristi che si occupano di costituzionalismo europeo⁸, tuttavia è chiaro come il perno centrale di questa forma di integrazione siano, ancora una volta, i giudici. Per riprendere un'espressione usata da Silvana Sciarra⁹, «*in judges we trust*»: sono i giudici lo strumento principale di avveramento dei diritti sociali.

⁷ Cfr. S. SCIARRA, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *GDLRI*, 2006, 39 ss.

⁸ Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, il Mulino, 2012, 87 e 233.

⁹ Cfr. S. SCIARRA, *Trusting Judges to Deliver Changes: Italy, the EU and Labour Law*, in *Jean Monnet Working Papers*, n. 1/08.

Dunque, un effetto indubbio dell'affermazione dei diritti fondamentali, come osserva Antonio Lo Faro, è quello di riproporre una delle caratteristiche storiche del processo d'integrazione comunitario, ossia l'assunzione di un ruolo decisivo della mediazione giudiziale, quale sede in cui individuare il punto di equilibrio tra le contrapposte esigenze economiche e solidariste¹⁰.

E qui, tuttavia, si rivela un paradosso dell'approccio costituzionalista: la Corte non gode più della fiducia che le era stata assicurata in passato.

I casi *Laval* (causa C-341/05), *Viking* (causa C-438/05), *Ruffert* (causa C-346/06), *Commissione c. Lussemburgo* (causa C-319/06), sembrano apertamente dimostrare che, nei conflitti provocati dalla nuova affermazione dei diritti sociali rispetto alla risalente affermazione delle libertà economiche, la Corte di giustizia gioca un ruolo di arbitro tutt'altro che imparziale, giacché, nelle decisioni della Corte, «*il bilanciamento è orientato dalla pre-comprensione del valore preminente dell'integrazione del mercato*»¹¹.

Di più: vi è chi ritiene che il bilanciamento non potrà mai sortire un risultato opposto, in conseguenza di quella che era stata avvertita come una virtù della Carta di Nizza e che ora pare diventata il suo vizio principale, cioè la mancanza di una relazione gerarchica tra principi e valori costituzionali.

La Carta ha riformulato la qualificazione dei diritti sociali nella direzione della indivisibilità e dell'universalità dei diritti, superando quella lettura dicotomica dei diritti che ha costituito per lungo tempo una delle ragioni principali dello stato di «minorità» di cui hanno sofferto i diritti sociali, per porre questi ultimi su un piano di eguale dignità e di eguale valore rispetto ai classici diritti di libertà (diritti politici, diritti civili). Tuttavia, la Carta, è stato osservato, non propone una scala di valori, non compie specifici bilanciamenti di valori (ad esempio, manca una norma come l'art. 41 della nostra Costituzione), non indica, per ciascun diritto, quali limiti possano essere apposti al suo esercizio. L'art. 52 si limita a stabilire che le limitazioni devono essere previste per legge e rispettare il contenuto essenziale dei diritti, e che, nel rispetto del principio di proporzionalità, esse possano essere apportate 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. Come

¹⁰ Cfr. A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in LD, 2008, 65.

¹¹ Cfr. G. FONTANA, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona».INT., n. 78/2010, 61.

si vede, si tratta di clausole molto generali, molto più vaghe delle riserve contenute nelle costituzioni nazionali.

E sarebbe proprio questa indeterminatezza ad aver consentito alla Corte di riaffermare il vecchio credo funzionalista: la Corte, più che compiere un bilanciamento, sarebbe ritornata a risolvere il conflitto fra diritti sociali e libertà economiche alle luce del principio del primato del diritto comunitario, determinando così l'inevitabile prevalenza delle libertà economiche. Infatti, «oggetto primario della sua attività ermeneutica non poteva che essere la libertà di mercato sancita dall'art. 49 TUE. Non certo il diritto di sciopero, per la semplice ragione che il diritto di sciopero nei Trattati non c'è»¹². Insomma, la posizione della Corte di giustizia sarebbe *path-dependent* e la stessa costituzionalizzazione dei diritti sociali, paradossalmente, non farebbe, a sua volta, che costituzionalizzare questo esito *path - dependent*¹³.

I disastrosi effetti della giurisprudenza comunitaria scaturita da questa linea di tendenza sarebbero platealmente evidenti proprio nelle sue ricadute nazionali. Il Tribunale del lavoro svedese, dando seguito alla sentenza *Laval*, ha condannato il sindacato svedese ad un pesante risarcimento del danno, sia patrimoniale che punitivo. E il legislatore svedese si è premurato di modificare la legge che rendeva immune dalle regole civilistiche l'azione collettiva¹⁴.

Di fronte a quella che appare come un'effettiva empasse della linea del costituzionalismo europeo si sono manifestate due opposte tendenze. La prima coincide con un nuovo «*patriottismo costituzionale*»¹⁵, vale a dire un ritorno alla propria identità costituzionale che, per l'appunto, consentirebbe anche di tornare a una gerarchia prestabilita (e democraticamente condivisa) di principi e valori. La seconda affida la protezione dei diritti sociali fondamentali non più a una sola Carta o a una sola Corte (nazionale o europea che sia) ma a una tutela e a una giurisprudenza multilivello, a un dialogo fra le corti attento a costruire un sistema che valorizzi davvero i diritti fondamentali costituzionalizzati.

Tutte e due le posizioni presentano aspetti problematici.

¹² Cfr. A. LO FARO, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *RDPE*, 2010, 51.

¹³ Fondamentalmente nello stesso senso U. CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, Cacucci, 2009, 156.

¹⁴ Cfr. J. MALMBERG, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell'Unione. Il caso svedese*, in *GDRI*, 2011, 371 ss.

¹⁵ Così lo definisce B. CARUSO, in *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*.INT., n. 61/2008, 19.

Non posso soffermarmi qui sulla prima, rispetto alla quale mi sento solo di osservare che è dubbio che le costituzioni nazionali democratico-pluralistiche rinvino davvero a una gerarchia prestabilita di principi e valori. Mi vorrei soffermare invece sulla fiducia nella tutela multilivello e nella reciproca contaminazione (*cross fertilizing effect*) fra gli ordinamenti come nuova frontiera di un rapporto »virtuoso« tra costituzionalismo sovranaZIONALE e protezione dei diritti fondamentali.

Bruno Caruso è fra gli autori italiani che hanno maggiormente valorizzato questa prospettiva. La Carta dei diritti fondamentali, con il suo richiamo ai principi costituzionali comuni e alla CEDU, assumerebbe «*un profilo ricognitivo all'interno di una dimensione spaziale che rinnova i diritti per il fatto stesso di questa nuova proiezione*». Il suo valore aggiunto, dunque, si collocherebbe «*nella inevitabile lievitazione sopranaZIONALE – che la Carta reca con sé – delle strategie di tutela giudiziaria effettiva dei diritti fondamentali, ben di là delle impotenti dichiarazioni presenti nelle varie Carte internazionali e nella pochezza degli strumenti attuativi di cui esse dispongono*»¹⁶.

Bruno Caruso non è il solo a pensarla in tal modo. Secondo Giuseppe Bronzini, gli effetti di questa «*lievitazione dei diritti*» si stanno già avvertendo. Egli li collega, in particolare, all'efficacia diretta dei principi fondamentali e cita, a questo proposito, le sentenze della Corte di giustizia in tema di principio di non discriminazione, osservando che casi come *Mangold* costituiscono «*il più importante avanzamento, insieme, paradossalmente, alle stesse Viking e Laval che hanno tentato un (assai imperfetto, come si è accennato) bilanciamento tra libertà comunitarie e diritti di natura collettiva, ma vincolante direttamente le parti sociali, verso il riconoscimento di un'efficacia diretta orizzontale dei diritti*»¹⁷.

In realtà, il concetto di «tutela multilivello» scioglie solo apparentemente la dicotomia tra teorie monistiche e teorie dualistiche (o meglio pluralistiche degli ordinamenti): anche i sistemi multilivello hanno il bisogno di risolvere il problema di stabilire a chi spetti «*the ultimate say*», l'ultima parola, e la partita si gioca proprio sul terreno dei principi e dei diritti fondamentali. La differenza è che, in questo caso, non esiste una chiara gerarchia fra ordinamenti ma principi e diritti fondamentali condivisi, il cui significato è oggetto di una continua disputa o, almeno, di una continua negoziazione.

¹⁶ Cfr. B. CARUSO, *Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, Collective Volumes, n. 1/2011, 2.

¹⁷ Cfr. G. BRONZINI, *Happy birthday: il primo anno di «obbligatorietà» della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Working Papers C.S.D.L.E. «Massimo D'Antona»*, Collective Volumes, n. 1/2011, 44.

L'ipotesi che è stata avanzata da alcuni autori (e, fra essi, chi scrive) è che i diritti fondamentali funzionino, in questo contesto, soprattutto come *trumps*, come briscole, nella gestione di conflitti fra ordinamenti e giurisdizioni¹⁸. La protezione dei diritti fondamentali è rivendicata dal giudice nazionale come competenza statale, ed è rivendicata dal giudice sovranazionale come competenza dell'Unione o dell'altra entità sovranazionale di cui si esercita la giurisdizione. Ecco che allora la protezione dei diritti fondamentali e l'attuazione dei principi fondamentali – specie del principio di uguaglianza – diventano il metro di misura di una decisione giudiziale in cerca di legittimazione.

Questa particolare funzione dei diritti fondamentali è evidente nella teoria dei contro-limiti che, operante già nel rapporto fra giurisdizioni statali e giurisdizione europea, sembra destinata a riproporsi anche nel rapporto fra alte corti europee e non è detto che, in questa partita, la tradizionale deferenza dell'UE e delle sue corti verso la Corte di Strasburgo non lasci il passo a una diversa visione del rapporto fra diritto europeo e diritto internazionale, ora che si approssima un'epoca il cui la Corte di giustizia può trovarsi a dover cedere il passo alla Corte CEDU.

Tale possibilità era stata evocata dallo stesso Presidente della CGE Skuris durante l'audizione svoltasi nel corso dei lavori della Convenzione europea: «*Regarding the Court of Justice in particular, it will effectively lose its sole right to deliver a final ruling on the legality of Community acts where a violation of a right guaranteed by the ECHR is at issue. In my view, there is nothing shocking in this: the position is the same when the constitutional or supreme courts of Member States test the constitutionality or legality of acts within their legal systems*».

La sentenza *Kadi* (cause riunite C-402/05 e C-415/05)¹⁹, resa su tutt'altro tipo di materia, ha anticipato le tensioni che il costituzionalismo europeo potrà trovarsi ad affrontare a tale riguardo. Gràinne de Búrca, commentando la decisione²⁰, vi ha visto un brusco abbandono delle po-

¹⁸ Cfr. G. ITZCOVICH, *I diritti fondamentali come 'libertà dello Stato'. Sovranità dello Stato e sovranità dei diritti nel caso Federfarma*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, 267; M. BARBERA, *Il ruolo del principio d'eguaglianza nei sistemi multilevel: riflettendo su alcune recenti sentenze della Corte di giustizia*, in *www.europeanrights*, 2008.

¹⁹ In *Kadi* la Corte ha annullato il Regolamento del Consiglio 27 maggio 2002, n. 881, di attuazione di alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite in tema di terrorismo internazionale, sulla base del quale i conti correnti bancari dei ricorrenti erano stati congelati. Due successive sentenze del Tribunale di prima istanza hanno poi annullato i provvedimenti emessi ai danni dei ricorrenti.

²⁰ G. DE BÚRCA, *The European Court of Justice and the International Legal Order after Kadi*, in *Jean Monnet Working Paper*, n. 1/09.

sizioni fin qui tenute dai giudici europei rispetto al valore del diritto internazionale nel diritto interno europeo.

In passato la Corte aveva seguito in proposito due diverse linee decisionali: da una parte aveva affermato il carattere vincolante del diritto internazionale consuetudinario (*Racke*, causa C-162/96) e dei trattati internazionali conclusi dalla Comunità o in cui la Comunità si fosse sostituita agli Stati membri (*International Fruit*, cause riunite 21/72 e 24/72; *Haegeman*, causa 181/73 e *Hauptzollamt Mainz*, causa 104/81), e, più in generale, aveva sottolineato il «rispetto» che le istituzioni comunitarie devono al diritto internazionale; dall'altra aveva adottato un approccio di tipo formalistico, sostenendo che condizione perché un trattato internazionale potesse fungere da standard di decisione giudiziale in ordine alla legittimità di un atto comunitario fosse quella che il trattato stesso fosse vincolante per la Comunità e conferisse diritti individuali invocabili in giudizio (cause in tema di GATT e WTO: *Germania c. Commissione*, causa C-280/93; *Chiquita Italia*, causa C-469/93; *Portogallo c. Consiglio*, causa C-149-96, nonché *Intertanko*, causa C-308/06, in tema di Convenzione Marpol 73/78 sulla prevenzione dell'inquinamento provocato da navi e UNCLOS Convenzione Onu sul diritto del mare). I due orientamenti, se potevano far concludere nel senso che non esistesse una chiara opzione a favore delle teorie moniste o di quelle pluraliste, convergevano comunque nell'auto-rappresentazione dell'Unione europea come un attore internazionale «virtuoso», in contrapposizione all'«eccezionalismo» predicato dalle corti statunitensi.

In *Kadi* la Corte sembra, viceversa, adottare un orientamento univocamente dualista. La Corte ricorda che «un accordo internazionale non può pregiudicare il sistema delle competenze definito dai Trattati e, di conseguenza, l'autonomia dell'ordinamento giuridico comunitario di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto in forza della competenza esclusiva di cui essa è investita»; per poi concludere che «gli obblighi imposti da un accordo internazionale non possono avere l'effetto di compromettere i principi costituzionali del Trattato CE, tra i quali vi è il principio secondo cui tutti gli atti comunitari devono rispettare i diritti fondamentali, atteso che tale rispetto costituisce il presupposto della loro legittimità, che spetta alla Corte controllare nell'ambito del sistema completo di mezzi di ricorso istituito dal Trattato stesso».

Leggendo queste affermazioni non si può fare a meno di concordare con la stessa de Búrca quando invita quanti hanno visto in *Kadi* una riaffermazione del valore universale dei diritti fondamentali a meditare su altre possibili implicazioni della decisione, e in particolare sull'abbandono

delle posizioni pluraliste e sull'adozione di «un tono seccamente dualista».

Come ricorda Bronzini, questo nuovo sviluppo non è sfuggita alla Corte costituzionale tedesca che, in quello che egli ritiene essere «*un passaggio velenoso del Lisbon Urteil*», ha osservato che non ci sarebbe poi tanto da stupirsi per l'esercizio dei contro-limiti costituzionali interni nei confronti del diritto dell'Unione, posto che stessa Corte di giustizia ha esercitato con la sentenza *Kadi* i controlimiti europei nei confronti del diritto internazionale.

Secondo Bronzini, si tratterebbe di affermazioni suggestive ma errate, in quanto non vi sarebbe, in questo caso, alcun conflitto di giurisdizioni, giacché il sistema dell'ONU non prevede alcun sindacato giurisdizionale dei provvedimenti adottati: la Corte di giustizia avrebbe «*solo anticipato la costruzione di necessarie, ed a questo punto urgenti, Corti internazionali con competenza generale sui provvedimenti emessi dall'ONU, che superino l'assurda situazione, già denunciata da Norberto Bobbio e da tanti altri, del 'terzo assente' a livello del diritto globale*». Con la sua riaffermazione dell'esistenza di «*un giudice a Berlino*» anche nei confronti di quanto deciso da organi ONU, il caso *Kadi* sarebbe, dunque, un passo importante della costruzione di una vera giustizia multilivello, passo che, invece, la Corte di Strasburgo sino a oggi non avrebbe voluto compiere²¹.

Bronzini ha ragione quando osserva che il paragone è mal posto. In particolare, non regge il raffronto con la giurisprudenza sui controlimiti, perché questa presuppone una visione pluralista di ordinamenti interconnessi, mentre in *Kadi* ciascun ordinamento vive in una sfera separata. Ha torto, però, quando ritiene che la Corte europea si sia sostituita alla giurisdizione di una Corte internazionale assente, perché la prima, in realtà, non ha fatto che riaffermare la sua giurisdizione, giudicando della legittimità del Regolamento sulle sanzioni non sulla base del diritto internazionale ma sulla base del diritto interno (europeo). Dunque, è vero che non vi è un *conflitto* di giurisdizione, perché non vi è un'altra corte competente a decidere della medesima questione sulla base delle norme di un diverso sistema giuridico, ma vi è, però, una *questione* di giurisdizione, perché la Corte ha ritenuto di dover esercitare un controllo di legalità degli atti comunitari sulla base esclusiva del diritto dell'Unione. E vi è anche una questione di confini (e dunque di possibili conflitti) fra norme appartenenti a due sistemi giuridici diversi. Nonostante la Corte europea separi nettamente la questione della legittimità del Regolamento e delle sanzioni adottate dai Paesi membri da quella della legittimità della

²¹ Cfr. G. BRONZINI, *op. ult. cit.*, 48.

Risoluzione del Consiglio di sicurezza dell'Onu che ne è il presupposto, la sentenza comporta pur sempre per gli Stati membri la coesistenza di obblighi contrastanti: da una parte l'obbligo di conformarsi alle norme costituzionali dell'ordinamento giuridico dell'Unione, dall'altra l'obbligo, previsto dall'articolo 103 della Carta delle Nazioni Unite, di far prevalere la Carta in caso di conflitto. E non vi è un modo semplice per uscire da questo dilemma²².

È vero che i termini della questione sono destinati a cambiare con l'adesione della UE alla CEDU ed è vero anche che, anche nel quadro attuale, come ricorda la stessa Corte «*la CEDU riveste un particolare significato*» per il sistema giuridico delle UE. Tuttavia, correrà anzitutto stabilire se tutte le norme CEDU entrino allo stesso titolo a far parte dell'ordinamento europeo e, in secondo luogo, come ho ricordato, la teoria dei controlimiti continuerà a fornire armi alla controversia su chi decide in ultima istanza dei principi e dei diritti fondamentali.

Weiler scriveva in *Europe's Sonderweg*: «*I do not think that a formal constitution is a useful response to other concerns such as the issue of competences*». È dubbio che le dispute prima richiamate siano proprio il frutto della costituzione mancata. L'abbandono del progetto costituzionale non ha fatto ritornare l'Europa a uno stato pre-costituzionale, il costituzionalismo e il discorso costituzionalista rimangono lo stesso al centro della scena come modello di integrazione sovranazionale. Ma è probabile che, come osserva ancora Gráinne de Búrca, esso sia destinato a rendere più complesso invece che a risolvere il problema della legittimità dell'esercizio del potere oltre lo stato nazionale.

²² J.W. VAN ROSSEM, *Interaction between EU Law and International Law in the Light of Intertanko and Kadi: the Dilemma of Norms Binding the Member States but not the Community*, in *Cleer Working Papers*, n. 4/2009, 22.

FRANCESCO DENOZZA

VIKING & LAVAL:
UN BILANCIAMENTO «MOSTRUOSO»?

1. Il senso di qualsiasi bilanciamento dipende dal contesto valutativo in cui il bilanciamento è inserito. Un pezzo di legno e una pietra non si bilanciano in assoluto, ma solo dopo avere stabilito se devono servire come utensili, come combustibile, come ornamenti, o quant'altro. Ciò vale ovviamente anche per il bilanciamento tra diritti, nel nostro caso tra i diritti sociali di libera esplicitazione dell'autonomia collettiva da una parte e i c.d. diritti di libertà garantiti dal Trattato dall'altra.

Le tesi che sosterrò sono due. Una prima di carattere generale riguarda i bilanciamenti in contesti dominati dall'intersezione tra le competenze di diversi ordinamenti. Credo che in questi contesti i giudici dovrebbero tener maggior conto del fatto che la focalizzazione di un ordinamento su obiettivi parziali può produrre la squilibrata protezione di interessi che non possono essere bilanciati con altri senza essere prima riportati in una dimensione adeguata. Spiegherò tra un attimo con un esempio cosa intendo dire.

Una seconda tesi riguarda specificamente i diritti di libertà previsti dal Trattato. Qui sosterrò che questi diritti hanno finito per acquisire all'interno dell'UE una fisionomia assolutamente anomala. Il che spiega le difficoltà e anche gli esiti, a mio avviso criticabilissimi, del bilanciamento operato nelle sentenze in questione.

Per introdurre l'argomento, e per illustrare la prima delle due tesi, vorrei ricordare un caso americano riferito ad una tematica apparentemente molto lontana, e, se possibile, ancor più drammatica, di quella oggetto dei due giudizi appena ricordati. Si tratta del caso *Gonzales v. Raich*, 162 L.Ed. 2d 1 (2005). La Corte Suprema era in questo caso chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale di una legge dello Stato della California che autorizzava, in certi limiti e in presenza di appropriati controlli, la coltivazione della marijuana a scopo terapeutico per uso personale. L'accusa di incostituzionalità era basata su una pretesa violazione della c.d. commerce clause, violazione che si sarebbe concretizzata nel fatto che la legge dello Stato della California finiva per auto-

rizzare la produzione di una sostanza, la marijuana appunto, il cui commercio era vietato a livello federale. Una questione di grande portata umana ed ideale (l'opportunità di ammettere l'uso terapeutico di droghe) viene così inquadrata nell'angusto contesto di un problema tecnico di conflitto tra le competenze di due ordinamenti. Ed è su questo problema tecnico che si concentra tutta l'attenzione dei giudici ed è qui che si manifestano, tra i giudici stessi, radicali, ampi e sottilmente argomentati dissensi.

Io devo confessare che mi riesce ogni volta difficile rileggere la sentenza in questione senza provare un moto di indignazione e un forte senso di estraneamento. Le disquisizioni sul tema se la coltivazione per uso personale sia fenomeno inassimilabile al commercio o implichi comunque una attività suscettibile di incidere sulla circolazione interstatale della sostanza in questione, sembrano così fuori luogo da dare la sensazione di trovarsi all'interno di un esperimento di teatro dell'assurdo. Quelli che a me sembrerebbero gli interessi fondamentali che avrebbero dovuto essere considerati e bilanciati non sono mai neppure menzionati. Non si parla mai né dell'interesse a lenire le sofferenze dei malati terminali (interesse notoriamente ignorato dalla ricerca farmaceutica e dalla medicina ufficiale rimasta ferma all'uso della morfina) né di quello a prevenire i rischi di una eventuale maggiore diffusione dell'uso di droghe che potrebbe essere provocata da una legalizzazione, sia pure finalizzata e controllata, della loro produzione. Insomma i termini di quello che avrebbe dovuto essere il vero bilanciamento vengono completamente ignorati e il contesto del giudizio completamente travisato dalla preminenza attribuita al problema della conciliazione tra le competenze dei due legislatori, quello statale e quello federale.

2. I casi *Viking* e *Laval* non sono evidentemente assimilabili per nessun profilo tecnico giuridico al caso americano adesso ricordato. Eppure anche qui si produce per vie formalmente molto diverse un risultato che nella sostanza a me pare altrettanto mostruoso.

Si tratta qui di una mostruosità che ha origini lontane, che si è consolidata passo dopo passo e che si è concretizzata in una trama che oggi appare difficile disfare o anche solo criticare come qui si cercherà di fare.

I primi tasselli sono posti proprio dalle celebrate sentenze che costituiscono oggi il caposaldo indiscusso di tutta la materia e la cui critica sembra oramai in grado di evocare un immediato e forte sospetto di lesa maestà.

Alludo, in particolare, alle notissime sentenze nei casi *Dassonville* (Causa 8/74 *Dassonville*, *Racc.*, 1974, p. 837) e *Cassis de Dijon* (Causa

120/78 *Rewe-Zentral*, *Racc.*, 1979, p. 649). Semplificando in maniera quasi imperdonabile il ricchissimo dibattito tuttora in corso, non sembra comunque azzardato affermare che la giurisprudenza della Corte si avviò allora lungo un strada che, in mancanza di adeguate e ragionevoli distinzioni, ha finito in pratica per equiparare la nozione di ostacoli al commercio tra gli stati membri a quella di ostacoli al commercio in generale. Posto che in pratica qualsiasi misura che crei ostacoli al commercio interno può avere un effetto sul commercio tra gli stati membri, ne deriva (grazie anche alla non applicazione della clausola *de minimis* e all'ambiguità dei giudizi sulla rilevanza della misura, C-20/03 *Burmanjer e a.*, *Racc.*, 2005, p. I-4133) che i legislatori nazionali non sono più liberi di regolamentare in alcun modo il commercio al loro interno senza doversi in qualche modo giustificare.

Una volta fissata questa sostanziale equiparazione tra misure volte a ostacolare il commercio tra stati e misure che, ostacolando il commercio in generale, ostacolano *anche* quello tra stati, la Corte per non arrivare a decisioni assurde è così costretta a vere e proprie acrobazie intellettuali (come ad es. nel caso C-145/88 *Torfaen*, *Racc.*, 1989 p. 3851 il primo, mi sembra, dei casi relativi ai divieti di vendita di domenica) a valorizzare peculiarità della fattispecie che apparirebbero insignificanti da qualsiasi punto di vista sostanziale (come nel caso C-159/90 *Grogan* 4 ottobre 1991, dove il divieto di propagandare un certo servizio medico – aborto – è stato salvato dalla considerazione che la propaganda non proveniva dai soggetti diretti erogatori del servizio in questione) o a ingigantire gli elementi in grado di nobilitare il divieto (come nel caso C-36/02 *Omega* 14 ottobre 2004, dove il divieto tedesco di commercializzazione di «apparecchi di puntamento a raggi laser» è stato salvato dall'evocazione del valore della dignità umana, quasi che tale valore potesse considerarsi non rispettato negli stati in cui la diffusione del gioco fosse stata invece consentita), ecc.

In ogni caso, e per quanto qui interessa, il risultato è che la protezione assicurata dal Trattato, è oggi astrattamente riconosciuta non solo nei confronti di misure specificamente volte ad ostacolare il commercio tra stati, ma nei confronti di qualsiasi ostacolo al commercio di una qualche minima rilevanza. Una protezione che difficilmente potrebbe essere concepita da un ragionevole legislatore nazionale e che è il risultato, non si sa quanto effettivamente voluto, delle modalità di interazione tra l'ordinamento europeo e quelli nazionali.

3. Un secondo passaggio verso la creazione del mostro di cui stiamo parlando è costituito dall'evoluzione nel senso della potenziale efficacia

«orizzontale» dei divieti di limitazione delle libertà in questione che deriva dalla rilevanza attribuita all'atteggiamento omissivo dello stato membro che eviti di reprimere un comportamento suscettibile di ostacolare il commercio con altri stati che sia stato posto in essere da privati (Cause C-265/95 *Commissione c. Francia*, *Racc.*, 1997, p. I-6959, punto 31 e C-112/00 *Schmidberger*, *Racc.*, 2003, p. I-5659, punto 60). Non voglio discutere qui i termini generali della questione e dare un giudizio sul grado di avanzamento di questa evoluzione. Quello che vorrei chiedermi invece è cosa deciderebbe la Corte nel caso in cui un gruppo di privati si accordassero per orientare i loro privati comportamenti in un senso che risultasse di ostacolo al commercio tra gli stati membri, come sarebbe, ad es., se alcuni consumatori di uno stato decidessero di boicottare i prodotti provenienti da un altro stato (a quanto mi risulta questa ipotesi non si è ancora presentata in tutta la sua «purezza»: in qualche caso simile si trattava sempre di iniziative in qualche modo supportate dall'autorità pubblica, *Buy Irish*, Causa 249/81 *Commissione c. Irlanda*, *Racc.*, 1982, p. 4005; Causa 222/82 *Apple and Pear Development Council*, *Racc.*, 1983, p. 4083). Il comportamento in questione sarebbe da considerare illecito, lo stato potrebbe essere obbligato ad ingiungere ai consumatori in questione di comprare i prodotti provenienti dallo stato che intendevano boicottare, li si potrebbe condannare al risarcimento del danno?

Se questa soluzione (illiceità del comportamento, ingiunzione, danni) appare, come a me in effetti appare, né giusta, né realistica, e se perciò il boicottaggio di prodotti stranieri liberamente operato da privati fosse da considerare lecito o, comunque, non suscettibile di sanzione, analoga soluzione dovrebbe inevitabilmente valere per il rifiuto, liberamente posto in essere dai lavoratori di uno stato, di lavorare per un'impresa di un altro stato che si comporta a loro giudizio in maniera scorretta (o, anche, per le imprese del loro stesso stato che, avendo rapporti con quella impresa, le consentono di fatto di operare nello stato in questione). Il che ci conduce ad una conclusione molto sconcertante e cioè che in questo modo il preteso bilanciamento diventa una pura questione di rapporti di forza. In una situazione di piena occupazione i lavoratori avrebbero la forza economica di operare il boicottaggio ipotizzato poco fa e il loro comportamento non potrebbe essere sanzionato. In una situazione di disoccupazione dilagante, i lavoratori non avendo la forza economica di operare come semplici privati, devono ricorrere alle leggi che proteggono i loro diritti (quello di sciopero in particolare) ed ecco che la liceità del loro comportamento può essere messa in discussione (come di fatto è avvenuto nelle sentenze in questione). Con il che i ragionamenti della Corte

ci conducono in una situazione in cui palesemente si avvera uno dei celebri detti di Marx: a parità di diritti la forza decide.

4. Nel complesso la mia tesi è che i diritti di libertà di commercio previsti dal Trattato hanno finito per assumere, in conseguenza della particolare focalizzazione sugli obiettivi di creazione del mercato interno, connotazioni assolutamente squilibrate difficilmente ipotizzabili in un ordinamento dotato sin dall'origine di un più vasto orizzonte di obiettivi.

Per concludere vorrei però osservare che nonostante questa indubbia beatificazione della libertà di commercio, forti dubbi possono essere avanzati sul fatto che essa possa rappresentare nel sistema stesso del Trattato un valore di rango primario, equiparabile a quello dell'autonomia collettiva dei lavoratori. Il discorso potrebbe essere qui molto lungo. Basterà tuttavia osservare che il preteso valore della assoluta libertà di commercio è sistematicamente accantonato in alcuni importantissimi settori dello stesso ordinamento europeo (l'agricoltura) e che la barocca e oltremodo politicizzata disciplina degli aiuti di stato non ha per nulla l'aria di una disciplina posta a tutela di un valore fondamentale (come hanno ampiamente dimostrato da ultimo le contrattazioni sui salvataggi delle imprese finanziarie in difficoltà in conseguenza della crisi).

Ribadisco che sarebbe troppo lungo insistere su questo punto. L'ho richiamato solo per introdurre un'ultima osservazione che attiene al tema della natura assoluta o strumentale della protezione dei diritti, e in particolare, per quanto qui ci riguarda, della protezione del diritto di proprietà sui mezzi di produzione e del connesso diritto a sfruttare al meglio, in piena libertà, i mezzi di protezione posseduti.

Credo che su questo piano (natura assoluta o strumentale della protezione) vada sottolineato che i diritti di autonomia collettiva non sono solo un mezzo per correggere gli esiti di uno scambio che a livello individuale potrebbe avere esiti non equi. Essi sono uno strumento volto a garantire il rispetto e la crescita della dignità umana. Il fatto di equipararli a, e quindi di bilanciarli con, una libertà di commercio che dovrebbe avere un valore puramente strumentale, deriva da una distorta concezione dei diritti che ha avuto grande diffusione negli ultimi decenni, sotto l'impulso del movimento di pensiero noto come analisi economica del diritto. Un movimento di pensiero in cui i diritti (tutti o quasi tutti) rilevano solo per il valore di scambio che hanno per il loro titolare e si trovano perciò, in questo senso, tutti sullo stesso piano.

Solo una concezione di questo genere spiega una equiparazione che altrimenti sarebbe inconcepibile tra un diritto fondamentale quale è quello all'esercizio dell'autonomia collettiva e il diritto a potere usare li-

beramente dei mezzi di produzione di cui si è proprietari. Prendiamo allora atto che la Corte (o il Trattato, se la Corte ne è la semplice «bocca») non ha una concezione liberale dei diritti, o almeno non nel senso di un grande pensatore liberale come Rawls, il quale afferma che in una società liberale ispirata a principi di giustizia «... while a right to property in productive assets is permitted, that right is not a basic right but subject to requirement that, in existing conditions, it is the most effective way to meet the principles of justice» (J. RAWLS, *Justice as Fairness*, 2001, 176).

CESARE PINELLI

IL LAVORO, LA COSTITUZIONE E IL «MOSTRO» EUROPEO

La prima questione che vorrei porre è se i principi costituzionali sul mercato e sul lavoro si debbono ritenere così incompatibili con quelli dell'Unione Europea come sembra emerso da taluni interventi che abbiamo ascoltato, oltre che in parte della dottrina giuslavoristica e costituzionalistica. Proseguirò con qualche osservazione in merito ai commenti dei relatori alla giurisprudenza europea in tema di mercato e di lavoro, e in particolare sul paragone fra le Corti di Strasburgo e del Lussemburgo. Infine una riflessione intorno ai mutamenti dell'assetto delle relazioni industriali già verificatisi in Italia nell'anno che sta per chiudersi, e agli incerti scenari che fanno intravedere.

Partirò dagli interventi alla Costituente di protagonisti molto diversi dal punto di vista politico come Vittorio Foa e Luigi Einaudi. Come ho cercato di mostrare in uno degli Scritti in onore di Valerio Onida, Foa e Einaudi dicevano una cosa fondamentale che li distingueva dalle idee correnti, e cioè che continuare a considerare la dicotomia Stato/singolo imprenditore come una dicotomia assorbente significava eludere gli enormi problemi che erano sorti col corporativismo fascista, e ancor più con le nuove forme che ovunque aveva assunto l'intervento pubblico in economia a partire dagli anni Trenta, col risultato di pregiudicare l'analisi dello sviluppo dell'economia e della politica economica nell'Italia repubblicana. Tanto Foa quanto Einaudi avvertivano che, a forza di contrapporre il pubblico potere alla libera iniziativa economica, i Costituenti avrebbero rischiato di non vedere gli intrecci fra l'uno e l'altra che si erano realizzati, e che non vi era ragione per ritenere che non continuassero a realizzarsi anche in futuro. Naturalmente questa avvertenza comune non significava che i due proponessero le stesse cose. Einaudi, come sappiamo, cercò di affermare un esplicito richiamo al principio di concorrenza come baluardo contro i monopoli privati, non meno, anzi più ancora che pubblici, mentre Foa guardava al «controllo democratico di quel tanto di potere economico dello Stato», ammonendo la sinistra a non considerare necessariamente come una vittoria il dirigismo e le nazionalizzazioni.

Certo è che, nel redigere i principi sul lavoro e sulle libertà economiche, i grandi partiti andarono in tutt'altra direzione. L'idea di una dimensione intersoggettiva dei rapporti economici, come quella che nel mercato regolato ha luogo, non era sicuramente al centro delle loro preoccupazioni. Dominava piuttosto la contrapposizione fra lo Stato e il singolo imprenditore dotato di *animal spirits*, oppure fra questi e i lavoratori subordinati, in una parola il conflitto di classe.

Eppure nella Costituzione erano rimaste tracce preziose, sufficienti ad assicurare virtualità interpretative diverse da quelle che i Costituenti avevano avuto in mente. Non a caso, la legge 287 del 1990 sull'Antitrust, esplicitamente qualificata «in attuazione dell'art. 41 Cost.», è preceduta dalla giurisprudenza costituzionale, la quale aveva già visto in quell'articolo il principio di libertà di concorrenza, e auspicato esplicitamente una relativa legge di attuazione. E per ciò che riguarda specificamente il mercato del lavoro, non bisogna dimenticare che l'art. 4, dopo aver riconosciuto il diritto al lavoro, indica alla Repubblica il compito di «promuovere le condizioni per renderlo effettivo». L'inciso, frutto di un emendamento di Vittorio Foa, presuppone un mercato del lavoro, e nello stesso tempo dà all'intervento della Repubblica una direzione per correggere le distorsioni che in quel mercato la Costituzione presume possano verificarsi ai danni dei disoccupati. La Costituzione mostra così di non ignorare affatto il problema, solo che non lo risolve, come qualche volta si è ritenuto in passato, identificando il diritto al lavoro in un diritto al posto di lavoro, ma fissando l'obbligo di politiche attive del lavoro, in evidente continuità con l'obbligo, fissato dall'art. 3 cpv., di «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale» che impediscono fra l'altro «la effettiva partecipazione di *tutti i lavoratori* all'organizzazione politica, economica e sociale del Paese».

All'obbligo costituzionale di politiche attive del lavoro, fanno riscontro, quanto a rapporti di lavoro già instaurati, una serie di enunciati volti alla tutela del contraente debole, a cominciare da quelli concernenti la rappresentanza sindacale e la contrattazione collettiva. Mi limito a ricordare, essendo comunemente acquisito, che se c'è qualcosa che ha strutturato l'interpretazione costituzionale del rapporto di lavoro, e ha contribuito a trasformare profondamente il diritto del lavoro in quanto disciplina scientifica, questa è la tutela del contraente debole. È un po' il faro che illumina i principi costituzionali, indipendentemente dalla tendenza di molti giuslavoristi e costituzionalisti a guardare al rapporto di lavoro subordinato come se fosse l'unico rapporto di lavoro costituzionalmente tutelato che ha dominato a lungo nella interpretazione di quei principi, inizialmente per comprensibili ragioni storiche ma poi per forza di inerzia.

Il fondamentale collegamento fra l'art. 1 e l'art. 35 della Costituzione, dove la tutela del lavoro riguarda «tutte le sue forme ed applicazioni», è stato così notevolmente sacrificato. La lettura degli enunciati rilevanti partiva da altre basi, collegandosi talora con un'interpretazione palinogenetica dell'art. 3, co. 2, Cost., in virtù della quale la rimozione degli ostacoli di ordine economico-sociale avrebbe dato vita a un modello di società, tale, è da presumere, che ostacoli simili non potessero più riformarsi. Si tratta, anche qui, di un'interpretazione storicamente comprensibile ma non fondata sul testo, nemmeno per quanti ritengano – e mi colloco fra costoro – che se c'è un enunciato che fissa gli obiettivi della convivenza costituzionale, questo è proprio l'art. 3, secondo comma.

Quanto detto dovrebbe bastare a spiegare perché non condivido l'idea di un contrasto irriducibile fra i principi costituzionali e quelli del diritto europeo, soprattutto se se ne consideri, e non vedo come se ne possa prescindere, la dinamica evolutiva. Per poter parlare del «mostro» di cui adesso ci ha parlato Francesco Denozza, dovremmo chiudere gli occhi di fronte a una evoluzione avviata dai cambiamenti radicali nella giurisprudenza della Corte di giustizia in ordine alla libertà di circolazione, dalla primitiva versione che tendeva a considerare il lavoratore alla stregua di una merce all'intera giurisprudenza sulla cittadinanza europea anche anteriore al trattato di Maastricht, e in cui vanno poi messe nel conto la giurisprudenza della stessa Corte sul lavoro, e sulla differenze tra lavoro a termine e lavoro a tempo indeterminato, come pure gli enunciati della Carta dei diritti fondamentali e del trattato di Lisbona. Queste tendenze smentiscono l'ipotesi del mostro. Dobbiamo stare attenti a non farci fagocitare noi prima di tutto dal mostro. Il che può avvenire, se non guardiamo a queste tendenze, oppure se consideriamo la dignità e gli altri principi cui la giurisprudenza della Corte di giustizia ha fatto più volte riferimento, e ora i principi enunciati dalla Carta dei diritti, come qualcosa di puramente sovrastrutturale, esornativo, anziché come altrettanti elementi di un pur faticoso accostamento del diritto europeo al costituzionalismo degli Stati membri dell'UE. Un accostamento, aggiungo, che si disputa molto intorno alle differenti accezioni di dignità presenti nell'ambiente anglosassone e in quello continentale. Non a caso, tempo fa alcuni giuristi inglesi criticarono la CG per essersi troppo attenuta a un concetto di dignità proprio del Tribunale costituzionale tedesco (D. FELDMAN, *Human Dignity as a Legal Value - Part I*, in *Public Law*, 1999, 699 ss., e J. JONES, «*Common Constitutional Traditions*»: *Can the Meaning of Human Dignity under German Law Guide the European Court of Justice?*, *ivi*, 2004, 167 ss.). Nel Regno Unito, come negli Stati Uniti, si guarda con diffidenza al concetto di dignità per le implicazioni paterna-

listiche che conterrebbe: se c'è dignità, interviene lo Stato. Io non la penso così, ma l'obiezione che ho riferito dimostra da sola come non sia davvero semplice sorvolare sull'evoluzione accennata, tanto più se consideriamo come la nostra Costituzione ricollegli in alcuni casi esplicitamente ai lavoratori il principio-concetto di dignità.

Un approccio come quello proposto non può non condizionare la stessa lettura di *Viking* e *Laval*. Oltretutto, non credo che queste sentenze decideranno del futuro dello spazio sociale europeo. È vero che la scelta di aver fatto cadere il principio dell'inefficacia orizzontale delle direttive risulta proprio dalla sentenza *Laval*, e che questo mutamento di indirizzo, clamoroso rispetto alla sua giurisprudenza anteriore, fa pensare che la CG volesse decidere il caso. Ma basta questa volontà della Corte a paragonare *Laval* a *Lochner v. New York*, come ha fatto uno studioso inglese (D. NICOL, *Europe's Lochner Moment*, in *Public Law*, 2011, 308 ss.)? Se giungiamo a questo, finiamo con l'equiparare *Laval* alla visione primitiva della quale dicevo all'inizio, e che è riflessa in *Lochner*, che scambia qualunque regolazione (nella specie si trattava dell'orario di lavoro dei fornai) come una limitazione della libertà imprenditoriale, ossia dei loro *animal spirits*. In quegli anni, in America, abbiamo invece un passaggio, che va dallo *Sherman Act* del 1890 alla tutela dei lavoratori che si afferma nel diritto del lavoro, che sancirà l'obsolescenza della visione di *Lochner*. Nulla a che vedere, evidentemente, con *Laval*, come altri studiosi hanno già esattamente fatto notare rispondendo a questo studioso inglese (E. ENGLE, *A Viking We Will Go! Neo-Corporatism and Social Europe*, in *German Law Journal*, Vol. 11 N°. 06, 633 ss.).

Molto più interessante può essere il paragone dallo specifico punto di vista suggeritoci da Sergio Bartole: come *Lochner* fu un'ingerenza forte nella sfera degli Stati membri, una federalizzazione del diritto del lavoro, così *Laval* esprime l'intento di una sua giurisdizionalizzazione a livello europeo. Per il momento, comunque, dobbiamo limitarci a notare l'intenzione della CG di intervenire in un campo che le era precluso, in quanto estraneo alle competenze dell'Unione.

L'ipotesi di una Corte di giustizia ancorata al liberismo, alla compressione dei diritti dei lavoratori, che spinge qualcuno a guardare alla Corte di Strasburgo come a un'ancora di salvezza, non mi convince nemmeno per il secondo aspetto. Finora la Corte europea dei diritti dell'uomo non è entrata nelle questioni di cui trattiamo. *Demir*, talora citata come esempio, si riferisce al divieto di contrattazione collettiva e al divieto di sciopero per i dipendenti pubblici, e quindi rientra a pieno titolo nella tradizionale missione della Corte EDU di tutela dei diritti nei confronti del pubblico potere, anche quando siano in gioco diritti dei di-

pendenti pubblici. Non si può escludere nulla, perché la Corte di Strasburgo ci ha abituato a un attivismo molto forte, ma per ora non vi è alcuna sua concorrenza con la Corte del Lussemburgo sul terreno del diritto del lavoro e della contrattazione collettiva.

Infine, qualche parola sul mutamento delle relazioni industriali in corso in Italia. Marzia Barbera ci ha detto che il pluralismo di cui tradizionalmente è stato intessuto il diritto del lavoro italiano è in sofferenza. A me sembra si possa dire qualcosa di più. L'assegnazione con legge (l. n. 148 del 2011) di efficacia *erga omnes* alla contrattazione aziendale come quella stipulata dalla FIAT, da una parte fa sorgere dubbi di costituzionalità molto forti (E. ALES, *Dal «caso FIAT» al «caso Italia». Il diritto del lavoro «di prossimità», le sue scaturigini e i suoi limiti costituzionali*, in corso di pubblicazione), dall'altra rivela un cambiamento che è una specie di terremoto. Quanto possono tenere la *soft law*, e più ancora gli elementi convenzionali su cui Gino Giugni aveva molto puntato nel tratteggiare gli ambiti e le interazioni fra legge e contrattazione collettiva? Mi riferisco specialmente al capitolo amaro della rappresentanza sindacale, rimasta a uno stato così fluido sul presupposto che ce lo si potesse ancora permettere. Fino a che punto, possiamo viceversa chiederci oggi, la mancata strutturazione della rappresentanza ha inciso sugli incerti scenari che si stanno aprendo, e che proprio per questo sembrano dominati sempre più dalla legge del più forte?

Il fatto è che il capitalismo italiano si sta sfasciando completamente per conto suo, per ragioni che non hanno a che vedere con l'Unione Europea, o con la globalizzazione dei mercati, che casomai rendono molto più evidente la vicenda. E, per quanto interessa ancor più al costituzionalista, essa si va svolgendo in una Repubblica che mai, né fino ai primi anni '90, né dopo, si è curata di promuovere, come richiesto dalla Costituzione, le condizioni affinché il diritto al lavoro fosse effettivo. Ecco perché, oggi, sono ben più preoccupato di quanto sta accadendo in Italia che del «mostro» europeo.

SERGIO BARTOLE

RIFLESSIONI CONCLUSIVE

I temi che sono stati sviluppati nel corso di questo incontro sono molti e complessi anche se fra loro interrelati e connessi. Il discorso ha preso le mosse da alcune recenti sentenze della Corte Europea di Giustizia nelle quali questo giudice pare anteporre la libertà di impresa ai diritti del lavoro, e in particolare a quelli relativi alla contrattazione collettiva ed allo sciopero, che sono fondamentali ai fini della difesa delle condizioni sociali ed economiche dei prestatori d'opera. Con *Ruffert*, *Laval*, *Viking* e *Granducato del Lussemburgo* riprende di attualità la preoccupazione che le opportunità giuridicamente garantite di cui nel mercato unico godono proprietà ed impresa mettano a rischio la tutela dei diritti sociali. Dalla considerazione di singoli casi giudiziari è stato per molti commentatori agevole passare ad una valutazione, ricognitiva dell'esperienza passata e previsiva di sviluppi futuri, del ruolo dei giudici sovranazionali nella costruzione dell'Unione europea. È possibile, ci si è chiesti, che la Corte di Giustizia sia per destinazione inclinata a favorire impresa e proprietà in rapporto ai diritti dell'autonomia collettiva? E il naturale diverso orientamento della Corte Europea dei diritti dell'uomo è di per sé sufficiente a compensare questo sbilanciamento della Corte consorella anche se – almeno sino all'adesione dell'Unione Europea alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali – esse si muovono all'interno di ordinamenti diversi e, in apparenza, diversamente orientati?

In effetti, non essendo l'Unione parte della Convenzione europea, la sua Corte di Giustizia non è vincolata dalla giurisprudenza dei giudici di Strasburgo se non nei termini che essa stessa può fissare nella sua autonoma e libera interpretazione dei richiami del diritto primario dell'Unione alla Convenzione medesima. Intendo dire che fra le due Corti non vi è quel rapporto di vincolo diretto cui, secondo la nostra Corte costituzionale, sono tenuti i giudici italiani in rapporto alla giurisprudenza convenzionale. Dal che deriva un ulteriore elemento di riflessione che ci ha visti occupati a cagione del grande rilievo che in materia sembrano assumere le scelte giurisprudenziali dei giudici di entrambi i sistemi, europeo

e convenzionale. Ed infine le scelte giurisprudenziali mettono in discussione la natura stessa delle norme della cui applicazione si controverte, molte delle quali sono più dichiarazioni di principio che regole di dettaglio, con evidenti, nuove ricadute sul terreno dell'interpretazione giacché, se da un lato si manifestano interrogativi sulle modalità di deduzione dai principi di norme direttamente applicabili ai casi della vita, dall'altro lato pressanti si fanno le domande sulle eventuali operazioni di bilanciamento che il ricorso a quei principi richiede e sull'individuazione delle componenti di queste operazioni medesime.

Ci si potrebbe chiedere se le negative accoglienze riservate alle decisioni dei giudici di Lussemburgo più sopra citate non siano il sintomo di una qualche insoddisfazione per gli assetti e le attività della giustizia sovranazionale nell'Unione Europea comparabile a quella che si è manifestata negli Stati Uniti d'America negli anni successivi al decollo della Federazione, di cui dà conto con molta precisione il grande storico della Costituzione americana Gordon Wood nel suo monumentale *Empire of freedom*. Anche nella nostra esperienza le logiche cui sembra rispondere la giurisprudenza della Corte Europea di Giustizia sembrano collidere con le scelte identitarie di principio dei singoli Stati membri. Già gli organizzatori del nostro incontro avevano parlato dell'orientamento della Corte di Giustizia ad appropriarsi di una competenza potenzialmente illimitata in corrispondenza con l'*enlargement* delle competenze economiche dell'Unione e, quindi, della destinazione di queste al consolidamento del mercato unico. E Marco Dani ha acutamente riflettuto sul condizionamento della giurisprudenza di Lussemburgo che possono esercitare le ideologie del mercato, oggi forse – aggiungerei io a questo punto del nostro dibattito – spintesi al di là dell'intento originario dei *framers*.

Ovviamente nel corso del dibattito non sempre sono emerse posizioni riecheggianti la negativa attitudine di cui si è detto. Così all'opinione di Bano che la Corte si sarebbe troppo sbilanciata nell'accordare tutela alla libertà dei servizi, si è contrapposta quella di Bronzini che lo stesso giudice, pur accedendo ad un'interpretazione estensiva delle clausole orizzontali e dell'art. 6 TUE, non avrebbe tenuto un atteggiamento sovversivo. Il che ovviamente implicherebbe che l'esperienza qui esaminata resta nel solco di una fusione che superi – come ha ancora sottolineato l'autore ora citato – la tradizionale dimensione statalista e, quindi, vada al di là della esclusiva riserva alla discrezionalità ed autonomia degli Stati delle questioni sociali, da cui pure egli parte. In fin dei conti anche gli Stati Uniti d'America, dopo un iniziale momento di diffidenza sul ruolo assunto dalle Corti nel quadro del processo di federalizzazione,

hanno finito per adattarsi ad un disegno istituzionale adeguato a quel ruolo. E da ultimo la stessa sentenza del caso *Lochner*, cui taluno – come ha ricordato Pinelli – ha assimilato *Viking et similia*, è stata superata e accantonata con le necessarie pratiche di *overruling*.

Pur ricondotto al piano degli orientamenti giurisprudenziali, il problema potrebbe anche trovare soluzione attraverso un ripensamento della disciplina costituzionale del nostro rapporto con l'Unione Europea. È quanto pare suggerire Roberto Bin, quando nel suo recente saggio sulla Costituzione pubblicato su *Quaderni costituzionali* individuava nella Costituzione repubblicana lo strumento per allontanare i rischi cui, a cagione dei processi transnazionali e di globalizzazione, le scelte sociali della nostra carta fondamentale restano esposte. Ma sino a dove può spingersi un siffatto suggerimento in presenza dell'opzione di grande apertura della nostra Costituzione alle esperienze transnazionali, apertura suffragata e rafforzata dalla decisione del nostro Parlamento di procedere alla ratifica di tutti i successivi trattati europei senza mai ricorrere ad una revisione della Costituzione, e così arrivando all'inserimento di quelli nel nostro ordinamento con conseguente sostanziale ridimensionamento dei precetti costituzionali da quell'inserimento interessati?

Sollevare questa questione porta inevitabilmente a porre il problema di un'eventuale prosecuzione dei giudizi detti nelle sedi opportune in vista di una contrapposizione di una delle Corti costituzionali dei Paesi membri alla Corte Europea in osservanza della dottrina dei controlimiti. La possibilità risulta anche da una comunicazione presentata da Pietro Faraguna, il quale opportunamente ricorda che su argomento simile a quello dibattuto in *Ruffert* la Corte costituzionale tedesca ha espresso un orientamento opposto a quello dei giudici di Lussemburgo. Vi sarebbe quindi terreno per svolgimenti nel senso indicato ma, almeno sino al momento del nostro incontro, *Ruffert* non ha avuto siffatte ricadute in Germania per quanto la giurisprudenza di quella Corte costituzionale abbia con molta convinzione ricondotto i principi dello Stato sociale al plesso dell'identità costituzionale irrinunciabile della Repubblica Federale, ed assumendoli quindi nel novero dei controlimiti.

Fra tutte quelle possibili quella più immediatamente percorribile resta, quindi, la via alternativa, il contrappeso suggerito da uno degli organizzatori di questo incontro, Andrea Guazzarotti, che lo indica nel ricorso alla Corte Europea dei diritti dell'uomo. Per vero l'indicazione appare utile nella misura in cui siano in giuoco anzitutto quei diritti di autonomia collettiva delle forze del lavoro di cui si è discusso nei giudizi da cui abbiamo preso le mosse. È nota la buona disponibilità dei giudici di Strasburgo a valorizzare l'art. 11 della Convenzione europea per la sal-

vanguardia dei diritti umani e delle libertà fondamentali in chiave di tutela delle istituzioni di cui quelle che si usano definire le parti deboli delle relazioni industriali, si avvalgono nei conflitti con le controparti imprenditoriali. La questione si fa più complessa se andiamo oltre queste situazioni giuridiche soggettive che appaiono avere una destinazione essenzialmente strumentale, e affrontiamo il problema della tutela degli aspetti sostanziali del rapporto di lavoro. Al riguardo potrebbe riuscire utile il suggerimento di Guazzarotti che non a caso allarga lo spettro del suo discorso partendo dalla Corte Europea dei diritti dell'uomo per coinvolgere nella sua proposta di ricerca di sinergie con la Convenzione europea la Carta Sociale e l'OIL. È evidente che il contenuto del primo documento vuole essere integrato dal riferimento ad altri documenti se intendiamo apprestare una difesa credibile all'attacco che si vuole portato dalla Corte Europea di Giustizia e vogliamo coprire anche gli aspetti sostanziali dei rapporti industriali in funzione della crescita del mercato unico nel quadro di una espansione potenzialmente illimitata delle competenze economiche dell'Unione Europea.

Ma allora ci si può anche chiedere perché non convenga piuttosto ritornare alla Carta di Nizza, che ha contenuti molto ampi ed ambiziosi. Vero è che Marzia Barbera ci ha ammonito sul rischio che sia ancora in corso un processo di flessibilizzazione della protezione transnazionale dei diritti sociali. Lo stesso atteggiamento di quella Carta è rivelatore nella misura in cui introduce principi ed obiettivi al posto di una diretta garanzia di compiute situazioni soggettive. Mi domando, però, se questa scelta sia destinata a reggere in presenza del riconoscimento della giudiziale azionabilità di quei principi ed obiettivi: non si finisce in tal modo per individualizzare la tutela imputando gli effetti della garanzia medesima a vantaggio dei soggetti cui si riconosce il diritto di azione? È quanto è avvenuto con la Costituzione italiana nel processo di progressivo passaggio dal mero riconoscimento della programmaticità dei principi costituzionali alla loro immediata utilizzazione giudiziale per dare regola ai rapporti della vita.

Ciò non significa che la materia debba ritenersi interamente affidata alla discrezionalità dei giudici. Prevalente è ovviamente la responsabilità dei legislatori ed è a questi che ha guardato Dani quando, riprendendo l'idea di *policy absorption* di Weiler ha suggerito di percorrere una via di convergenza delle politiche sociali e di quelle di espansione del mercato per il tramite della riconduzione della tutela dei diritti sociali all'interno delle strategie di integrazione economica. In ultima istanza questo suggerimento dovrebbe portare ad una riproposizione dello schema abituale di ripartizione dei compiti fra legislatori e giudici (siano essi nazionali o

transnazionali). Che non esclude che, alla lunga, siano i giudici ordinari a risentire – come ha accennato Bronzini – del peso della decisione dei casi della vita interessati dallo sviluppo della normativa in materia. E se la focalizzazione sul caso presuppone che non sia la normativa in contestazione ma siano invece le modalità e i termini della sua applicazione, si ritorna al suggerimento di Guazzarotti: utilizzare la Corte di Strasburgo in funzione di compensazione alternativa rispetto alle scelte della Corte Europea di giustizia che sembra destinata ad operare più al livello dell'interpretazione e valutazione della conformità ai principi delle norme che sull'applicazione concreta di queste.

Rispetto alla Corte lussemburghese il sistema di giustizia del Consiglio d'Europa apre la porta a sviluppi imprevedibili anche in chiave di garanzia di quelli che sono i controlimiti. È noto che con le sentenze di alcuni anni fa la Corte costituzionale ha sì ammesso che spetta alla Corte Europea dei diritti umani valutare la conformità alla Convenzione dei comportamenti degli Stati ma ha anche introdotto il principio che nella interpretazione della giurisprudenza convenzionale le norme della Convenzione fungono da parametro interposto ai fini del giudizio di costituzionalità delle leggi interne a patto che l'interpretazione dei giudici di Strasburgo non confligga con le norme della Costituzione italiana. Ne deriva la possibilità che se, imprevedibilmente, quei giudici assumessero in materia di autonomia collettiva orientamenti interpretativi analoghi a quelli oggi criticati della Corte di giustizia si potrebbe ipotizzare un intervento salvifico della Corte costituzionale volto a garantire la piena tutela dei diritti sociali quale assicurata dalla nostra Costituzione.

Il quadro che ricaviamo dall'insieme delle nostre riflessioni è quello di una grande complessità del sistema con il quale siamo chiamati a confrontarci e, quindi, dei rimedi a disposizione di chi ritenga di essere stato lesa, per un verso o per l'altro, nelle sue aspettative giuridiche. In questo quadro non sono solo i fruitori ultimi delle norme e delle connesse attività giudiziali a doversi muovere con completa informazione degli orientamenti e delle decisioni dei singoli attori istituzionali coinvolti ma anche i giudici nazionali debbono tenere conto delle strategie degli altri organi giurisdizionali nella misura in cui – come si vuole far risultare anche dai lavori e dalle conclusioni della Conferenza di Brighton sul futuro della Corte Europea dei diritti umani convocata ad iniziativa della Presidenza del Regno Unito del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa – l'attuazione nelle sedi giudiziali della Convenzione europea dipende sempre più non solo dalle scelte giurisprudenziali sostanziali ma anche dalla amministrazione delle agende dei corpi giudiziali interessati e dalle relative procedure da questi percorse per arrivare alla chiusura dei casi.

L'ammonimento vale non solo per gli operatori del diritto, ma anche per gli studiosi e gli osservatori di cose giuridiche, i quali debbono tener conto della complessità del sistema e delle vie alternative di definizione delle controversie e dei loro seguiti. Il che vale anche per questo dibattito il quale si è aperto sull'onda di una forse troppo frettolosa ventata di critiche per le sentenze della Corte di giustizia dalle quali abbiamo preso le mosse. Il consolidarsi di una giurisprudenza è fenomeno che vuole tempo ed il concorso di una pluralità di attori interessati, giacché entrano nel conto non solo le decisioni dei giudici competenti ma anche le reazioni dei destinatari delle stesse ed i seguiti che ne sono derivati.

ELENCO DEGLI AUTORI

FABRIZIO BANO

Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Sassari

MARZIA BARBERA

Professore ordinario di Diritto del lavoro presso l'Università di Brescia

SERGIO BARTOLE

Professore emerito di Diritto costituzionale presso l'Università di Trieste

SARAH BARUTTI

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Ferrara

DAVID THÓR BJÖRGVINSSON

Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo

SILVIA BORELLI

Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università di Ferrara

VANIA BRINO

Ricercatrice di Diritto del lavoro presso l'Università Ca' Foscari Venezia

GIUSEPPE BRONZINI

Consigliere della Corte di Cassazione

ALESSIA COZZI

Dottore di ricerca in Diritto costituzionale, Università di Ferrara

ISABEL DA COSTA

Ricercatrice CNRS, presso l'IDHE, ENS de Cachan

MARCO DANI

Ricercatore di Diritto pubblico comparato presso l'Università di Trento

FRANCESCO DENOZZA

Professore ordinario di Diritto commerciale presso l'Università di Milano

PIETRO FARAGUNA

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Udine

STEFANO GUADAGNO

Dottore di Ricerca in Labour Studies, Graduate School in Social and Political Sciences, Università di Milano

ANDREA GUAZZAROTTI

Professore associato di Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara

SARA LORENZON

Assegnista di ricerca in Diritto costituzionale presso l'Università di Ferrara e Emile Noel Fellow, Jean Monnet Center, NYU 2012-2013

ALBERTO MATTEI

Assegnista di ricerca in Diritto del lavoro presso l'Università di Trento

TORSTEN MÜLLER

Ricercatore dello European and Global Industrial Relations Research Group, Fulda University of Applied Sciences

GIOVANNI ORLANDINI

Professore associato di Diritto del lavoro presso l'Università di Siena

ALESSIO PAPA

Dottorando in Democrazia e Diritti umani, Università di Genova

CESARE PINELLI

Professore ordinario di Istituzioni di diritto pubblico presso La Sapienza Università di Roma

UDO REHFELDT

Ricercatore presso l'Institut de Recherches Economiques et Sociales, Noisy-le-Grand

SILVIA SPINACI

Dottore di ricerca in Diritto Costituzionale e Diritto Costituzionale Europeo, Università di Macerata

VOLKER TELLJOHANN

Ricercatore senior presso l'IRES Emilia-Romagna

REINGARD ZIMMER

Ricercatrice presso lo Wirtschafts- und Sozialwissenschaftliches Institut der HBS, Düsseldorf

SERENA ZITTI

Dottore di Ricerca in Diritto europeo e comparato dell'impresa e del mercato, Università di Chieti-Pescara

PUBBLICAZIONI DELLA FACOLTÀ GIURIDICA
DELL'UNIVERSITÀ DI FERRARA

1. FRIGNANI A., *L'«injunction» nella «common law» e l'inibitoria nel diritto italiano* (1974), pp. XX-666.
2. COSTATO L., *I domini collettivi nel Medio Polesine* (1968), pp. IV-196.
3. LEGA C., *Il rapporto giuridico di previdenza sociale* (1969), pp. IV-304.
4. ZAMORANI P., *Precam habere* (1969), pp. XII-320.
5. LEZIROLI G., *Enti canonici ed enti ecclesiastici* (1974), pp. IV-128.
6. LEGA G., *La organizzazione periferica degli enti di previdenza sociale* (1974), pp. VIII-173.
7. COLORNI V., *L'eguaglianza come limite della legge nel diritto intermedio e moderno* (1976), pp. VIII-204.
8. FABRIS P., *Il patto di non concorrenza nel diritto del lavoro* (1976), pp. VIII-240.
9. ZAMORANI P., *Possessio e animus*, I (1977), pp. 274.
10. LEZIROLI G., *Aspetti della libertà religiosa* (1977), pp. 244.
11. MANFREDINI A., *Contributi allo studio dell'«iniuria» in età repubblicana*, pp. IV-276.
12. MANFREDINI A., *La diffamazione verbale nel diritto romano. I. Età repubblicana* (1979), pp. VIII-296.
13. CIACCIA CAVALLARI B., *La rinnovazione nel processo di cognizione* (1981), pp. IV-440.
14. COLORNI V., *Judaica minora* (1983), pp. XVI-830.
15. DE MAESTRI L., *Il processo delle misure di sicurezza* (1983), pp. IV-192.
16. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. I fondamenti filosofici nella teoria di Hans Georg Gadamer* (1984), pp. IV-104.
17. ZACCARIA G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser* (1984), pp. XVI-228.
18. BIGNARDI A., *«Controversiae agrorum» e arbitrati internazionali* (1984), pp. IV-220.
19. FALCON G., *Le convenzioni pubblicistiche* (1984), pp. VIII-332.
20. SCARANO USSANI V., *L'utilità e la certezza* (1987), pp. IV-224.
21. ZACCARIA A., *La prestazione in luogo dell'adempimento fra novazione e negozio modificativo del rapporto* (1987), pp. VI-402.
22. TOSCHI A., *Il segreto nell'istruzione penale* (1988), pp. IV-344.
23. COCOZZA F., *Collaborazioni preliminari al procedimento legislativo* (1988), pp. IV-240.
24. NANNINI U. G., *Il consenso al trattamento medico* (1989), pp. VIII-584.
25. COCOZZA F., *Il Governo nel procedimento legislativo* (1989), pp. IV-266.
26. DESANTI L., *Sileat omnibus perpetuo divinandi curiositas* (1990), pp. VI-246.
27. LEZIROLI G., *Il riconoscimento degli enti ecclesiastici* (1990), pp. IV-324.
28. COLORNI V., *Judaica minora. Nuove ricerche* (1991), pp. VI-114.
29. BRUNELLI G., *Struttura e limiti del diritto di associazione politica* (1991), pp. VI-274.
30. LEGA C., *Diritto della bonifica* (1992), pp. XII-276.
31. BIGNARDI A., *De suo iure agere oportet. Contributo allo studio di una «regula iuris»* (1992), pp. VIII-240.

32. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. I. La contestazione tra norme e sistema* (1992), pp. XXII-190.
33. CIACCIA CAVALLARI B., *La contestazione nel processo civile. II. La non contestazione: caratteri ed effetti* (1993), pp. VI-156.
34. NAPPI P., *Tutela giurisdizionale e contratti agrari* (1994), pp. XVI-516.
35. PUGIOTTO A., *Sindacato di costituzionalità e "diritto vivente". Genesis, uso, implicazioni* (1994), pp. VI-702.
36. DESANTI L., *De confirmando tutore vel curatore* (1995), pp. VI-372.
37. PASTORE B., *Giudizio, prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico* (1996), pp. X-278.
38. FORMIGONI W., *ΠΙΘΑΝΩΝ a Paulo epitomatorum libri VIII. Sulla funzione critica del commento del giurista Iulius Paulus* (1996), pp. VI-190.
39. VERONESI P., *I poteri davanti alla Corte. "Cattivo uso" del potere e sindacato costituzionale* (1999), pp. XII-302.
40. AVIO A., *I diritti inviolabili nel rapporto di lavoro* (2001), pp. VIII-244.
41. DELLE MONACHE S., *La «contemplatio domini». Contributo alla teoria della rappresentanza* (2001), pp. XIV-478.
42. MAGRI M., *La legalità costituzionale dell'amministrazione. Ipotesi dottrinali e casistica giurisprudenziale* (2002), pp. XVI-412.
43. PUGIOTTO A., *La legge interpretativa e i suoi giudici. Strategie argomentative e rimedi giurisdizionali* (2003), pp. XII-462.
44. DESANTI L., *Restitutionis post mortem onus. I fedecommessi da restituirsi dopo la morte dell'onerato* (2003), pp. X-494.
45. GRAZIOSI A., *L'esibizione istruttoria nel processo civile italiano* (2003), pp. XII-434.
46. FORLATI S., *Diritto dei trattati e responsabilità internazionale* (2005), pp. X-202.
47. BENELLI F., *La "smaterializzazione" delle materie. Problemi teorici ed applicativi del nuovo titolo V della Costituzione* (2006), pp. VIII-180.
48. SCHIAVO S., *Il falso documentale tra prevenzione e repressione. Impositio fidei criminaliter agere civiliter agere* (2007), pp. X-314.
49. MAINARDIS C., *Poteri sostitutivi statali e autonomia amministrativa regionale* (2007), pp. X-358.
50. NASCOSI A., *Il tentativo obbligatorio di conciliazione stragiudiziale nelle controversie di lavoro* (2007), pp. X-374.
51. MAZZO M., *La responsabilità del produttore agricolo* (2007), pp. VIII-264.
52. VERONESI P., *Il corpo e la Costituzione. Concretezza dei "casi" e astrattezza della norma* (2007), pp. X-358.
53. FINESSI A., *Frazionamento volontario del credito e obbligazione plurisoggettiva* (2007), pp. X-330.
54. BERNARDI A. - BALDASSARE P. - PUGIOTTO A. (a cura di), *Legalità penale e crisi del diritto, oggi. Un percorso interdisciplinare* (2008), pp. X-248.
55. DESANTI L. - FERRETTI P. - MANFREDINI A. D. (a cura di), *Per il 70° compleanno di Pierpaolo Zamorani. Scritti offerti dagli amici e dai colleghi di Facoltà* (2009), pp. VIII-468.

I volumi sopra elencati dal n. 1 al n. 55 relativi alle «Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Ferrara» sono stati pubblicati dall'Editore Giuffrè - Milano.

PUBBLICAZIONI DEL DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE
DELL'UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI FERRARA

1. A. GUAZZAROTTI, *L'autoapplicabilità delle norme. Un percorso costituzionale*, 2011.
2. S. BORELLI - M. MAGRI (a cura di), *La riforma dell'impiego nelle pubbliche amministrazioni (L. 15/2009 e D.Lgs. 150/2009)*, 2011.
3. L. COSTATO - P. BORGHI - L. RUSSO - S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*. Atti del Convegno di Ferrara, 6-7 maggio 2011, 2011.
4. S. BORELLI - A. GUAZZAROTTI - S. LORENZON (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle Carte europee dei diritti fondamentali*, 2012.

Finito di stampare
nell'ottobre 2012
Ink Print Service - Napoli