

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

Bruno Caruso

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

## 2. Il dibattito post Lisbona.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

<sup>37</sup> G. Orlandini, Viking, Laval e Ruffert: *I riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, Bari, 2009. R. Palladino, *L'"autonomia" del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, in *Studi sull'integrazione europea*, 1, 2010, p. 149 ss. P. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado . . . But About What?*, in *Ind. Law. Journ.*, 37, 3, 2008, p. 219 ss.

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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

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

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

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

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

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

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

---

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