

**Considerazioni conclusive.
Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona**

Silvana Sciarra

1. Dialogo fra corti e principio di leale cooperazione: la teoria del 'diritto valido'.	54
2. Principi generali di diritto europeo.	58
3. Diverse funzioni dei diritti fondamentali.	62

1. Dialogo fra corti e principio di leale cooperazione: la teoria del 'diritto valido'

L'ordinamento multilivello, secondo una terminologia ormai ampiamente diffusa e molto evocativa, raccoglie le sfide di dottrina e giurisprudenza nel comprendere l'espansione del diritto oltre lo stato. Si tratta, a ben vedere di una metodologia, oltre che di una tecnica interpretativa, che si presta a cogliere una sempre più spinta interconnessione degli ordinamenti nazionali, nel confronto con il diritto sovranazionale. Per il diritto del lavoro e per le politiche sociali europee questa sfida si colora di toni intensi, poiché serve a comprendere il processo di comunicazione fra mercati del lavoro nazionali, a fronte della sempre più spinta integrazione del mercato interno. Affermare il ruolo non subordinato, ma equiparato delle norme sociali rispetto alle libertà economiche è un esercizio tutt'altro che accademico, specialmente dopo la controversa giurisprudenza della Corte di giustizia, a partire dalle sentenze Viking e Laval¹⁵⁴.

L'analisi dell'ordinamento multilivello valorizza il dialogo e la cooperazione fra corti, oltre che fra gli attori istituzionali¹⁵⁵. A questo si affianca l'osservazione del ruolo svolto da attori non istituzionali o quasi istituzionali, quali sono le parti sociali europee, tanto da fare parlare di un nuovo assetto della democrazia deliberativa¹⁵⁶. Su questo punto tornerò per citare l'espansione in atto del così detto dialogo sociale settoriale.

Intorno alla cooperazione giudiziaria ruota la ricerca di Hans Micklitz¹⁵⁷, basata su un'ampia casistica giurisprudenziale. Questo lavoro richiama quell' 'accoppiamento strutturale' fra politica e diritto che guida alcuni filoni teorici di approfondimento e valorizza le ragioni storiche e teoriche poste alla base della giuridificazione, nei suoi diversi risvolti disciplinari.

È importante rintracciare nella dottrina europea, anche attraverso indagini come quella citata, le origini del dibattito sul rinvio pregiudiziale dalle corti nazionali alla Corte di giustizia, al fine di comprendere fenomeni diffusi di integrazione attraverso il diritto. Sullo sfondo si stagliano figure di studiosi assai autorevoli, quali Mauro Cappelletti e Joseph Weiler, che non hanno mai trascurato di valorizzare nella loro ricerca il ruolo innovatore dei giudici.

Secondo la ben nota analisi di Weiler, dietro il sofisticato meccanismo del rinvio pregiudiziale si scorge talvolta l'ansia dei governi nazionali di liberarsi da vicende scomode, delegandole a una Corte che siede a Lussemburgo. La Corte deve, in questi casi di 'politicizzazione' o 'giuridificazione' delle controversie, saper mettere alla prova la sua capacità di *self-restraint* e non invadere la sfera di azione del legislatore, in assenza di uno stato europeo e di una Costituzione. Sempre a Weiler si deve la coerente denuncia di una lacuna nei Trattati, quella che attiene ai diritti fondamentali, molto più grave del deficit democratico, erroneamente denunciato da molti quale dato genetico squilibrato nella costruzione dell'ordinamento europeo.

* Ringrazio la dott.ssa Mariagrazia Militello per il prezioso aiuto fornitomi nella redazione delle note. Restano solo miei gli errori e le omissioni.

¹⁵⁴ Cfr. Corte di giustizia, 11 dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation e Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP e OÜ Viking Line Eesti*; Corte di giustizia, 18 dicembre 2007, C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan e Svenska Elektrikerförbundet*.

¹⁵⁵ Cfr. Ricci, *Il diritto al "giusto" tempo di lavoro nel sistema costituzionale multilevel*, in questo quaderno.

¹⁵⁶ Cfr. Abignente, *Fonti, principi, concretizzazione, Spunti di riflessione sul dibattito intorno ai diritti sociali nel sistema comunitario*, in questo quaderno.

¹⁵⁷ Hans-W. Micklitz, *The Politics of Judicial Co-operation in the EU – Sunday Trading, Equal Treatment and Good Faith*, Cambridge University Press, 2005.

Queste considerazioni sono ancora di straordinaria attualità, così come lo è l'analisi empirica dei comportamenti assunti da attori organizzati, portatori di interessi collettivi, nonché l'osservazione delle dinamiche inter-istituzionali, messe in moto dalla giurisprudenza della Corte, quando essa decide su rinvio dei giudici nazionali¹⁵⁸. Un caso esemplare è ancora rappresentato dalla serie di decisioni sul '*Sunday trading*', prova inconfutabile di un uso strategico del diritto europeo, specialmente nel Regno Unito. Ugualmente rilevante è stata, non soltanto nel Regno Unito, la funzione propulsiva di organismi indipendenti che perseguono la lotta alle discriminazioni. Il metodo adottato in queste ricerche affianca allo studio della giurisprudenza quello delle modalità di emersione degli interessi diffusi, attraverso l'azione strategica di gruppi o organismi portatori degli interessi medesimi.

Il quesito principale che si pone la dottrina più accorta, sulla scia di un'analisi non meramente esegetica, è se il rinvio pregiudiziale, che può a ragione essere considerato l'espressione più dinamica dell'ordinamento multilivello, serva a consolidare un sistema di diritti soggettivi azionabili da parte dei cittadini europei. Ancora più complesso e lungimirante è il quesito circa la nascita di un sistema di veri e propri diritti di cittadinanza nell'UE.

La risposta è complessa e deve essere cercata anche nelle pieghe della giurisprudenza sulle sanzioni da infliggere agli stati inadempienti, secondo una casistica che si snoda da *Francovich* a *Brasserie*¹⁵⁹. Un equilibrio, a questo proposito, deve ancora essere raggiunto, come indica la controversa decisione della Corte del lavoro svedese che si è espressa sul caso *Laval*, infliggendo al sindacato un'inusitata condanna per danni¹⁶⁰.

Alla luce di quanto detto fino a ora, si presta ad una lettura attenta l'art. 19.2 del TUE, una delle novità introdotte con la ratifica del Trattato di Lisbona, che parla di 'tutela giurisdizionale effettiva' nei settori disciplinati dal diritto dell'UE. Non vi è dubbio che, nonostante questa novità, più sfumata potrebbe rivelarsi, per lo meno allo stato dei fatti, la tutela dei soggetti collettivi, sia pure nella nuova dimensione proposta dal TUE.

Con uguale interesse si deve leggere l'art. 4.3 TUE, che sottolinea il principio di leale cooperazione tra Unione e stati membri nell' 'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati'.

Affiora nuovamente, come si vede, la nozione di cooperazione, quasi a voler confermare la scelta metodologica enunciata in apertura di queste note. Questo consente di osservare attentamente il regime delle competenze, che è all'origine di un corretto uso della metodologia multilivello¹⁶¹.

È tutto da esplorare – anche per i giuristi del lavoro – il federalismo cooperativo che emerge dai nuovi assetti istituzionali del 'dopo Lisbona', così come si profila densa di suggestioni la così detta '*mixed administration*', che deve sempre più ispirare i comportamenti degli stati, ma che talvolta

¹⁵⁸ Lusinghiero a questo proposito il rinvio che Micklitz fa alla ricerca da me coordinata sui rinvii pregiudiziali in alcune aree cruciali del diritto del lavoro. Si veda S. Sciarra (a cura di), *Labour Law in the Courts: National Judges and the Ecj*, Hart Publishing, 2001.

¹⁵⁹ Cfr. Corte di giustizia, 9 novembre 1995, C-479/93, *Andrea Francovich c. Repubblica italiana*; Corte di giustizia, 5 marzo 1996, C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA c. Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e a.*

¹⁶⁰ Nell'ambito di questo progetto PRIN si è svolta a questo riguardo l'indagine del gruppo fiorentino. I risultati si possono leggere in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, n. 3, p. 363 ss., con interventi di Sciarra, Bruun, Malmberg, Orlandini, Lo Faro, De Witte e Zahn. Cfr. anche, per una prima ricognizione, M. Faioli, *Sciopero e risarcimento del danno per la giurisprudenza svedese nel caso Laval*, DRI 2011

¹⁶¹ Di "sovranità denegata" parla Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n. 1, p. 254.

stenta a rivelarsi nelle sue molteplici e promettenti esternazioni, come vero e proprio *'acting together'*¹⁶².

Si guardi, ad esempio, l'art. 291.3 TFUE, un'altra importante novità che punta a stringere i legami fra gli attori istituzionali. Seguendo la procedura legislativa ordinaria, Parlamento e Consiglio determinano regole e principi generali affinché gli stati membri possano esercitare il controllo sugli atti di esecuzione attribuiti alla Commissione, al fine di assicurare l'uniformità degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione¹⁶³.

Per quanto riguarda il diritto sociale europeo, non vi è dubbio che un nuovo spirito di cooperazione sia ora richiesto alle amministrazioni nazionali, nell'accentuarsi della mobilità dei soggetti economici e dei lavoratori. Ancora una volta la giurisprudenza *Laval* ha evidenziato lacune a questo riguardo, anche nell'esemplare modello svedese.

Non a caso, la filosofia della cooperazione fra stati ispira il ragionamento svolto da Mario Monti in un rapporto redatto su richiesta della Commissione, per raccogliere le ansie dei cittadini europei di fronte alle sfide del mercato interno e tentare di offrire risposte rassicuranti¹⁶⁴. La rilevanza dei diritti sociali a esercizio collettivo – la contrattazione collettiva e lo sciopero – emerge anche da quelle pagine, dense di suggerimenti volti a limitare se non a prevenire il conflitto, quando vi è il rischio di intaccare le libertà economiche fondamentali, come garantite dai Trattati.

Un altro aspetto su cui soffermare l'attenzione, nell'evidenziare l'attualità della metodologia multilivello, riguarda il ruolo della dottrina.

Colpisce, a questo riguardo, lo sforzo prorompente di un gruppo di giuristi, attivi presso l'Università di Copenaghen, orientato a una riscoperta del realismo giuridico scandinavo¹⁶⁵.

La ricerca in questione spiega il doppio, e forse multiplo, radicamento del diritto dell'UE, facendo ricorso alla teoria del *'diritto valido'* di Alf Ross. L'immagine del *'diritto in azione'* si muove sullo sfondo di considerazioni che portano in primo piano esempi di efficienza degli ordinamenti, come accade quando il diritto è radicato nei fatti sociali e si sforza di interpretarli. Altrettanto forte è il segnale di efficienza che viene dalla reattività del legislatore danese nei confronti delle pronunce rese dalla Corte suprema. La distanza fra ideologia e fatti è in quell'ordinamento quasi irrilevante, secondo i canoni di un realismo giuridico adattabile e pronto a recepire i cambiamenti¹⁶⁶.

Se applicata al diritto sociale europeo, tale teoria dimostra, in modo assai meno lineare, che la *'validità'* delle fonti, siano esse di rango primario o secondario, dipende dal grado di osservanza da parte degli stati membri ed anche dal ruolo attivo delle corti.

¹⁶² Schütze, *From Rome to Lisbon: "Executive Federalism" in the (new) European Union*, in *Common Market Law Review*, 2010, n. 4, p. 1420.

¹⁶³ Si veda ora il Regolamento (UE) n. 182/2011, del Parlamento europeo e del Consiglio, 16 Febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione attribuite alla Commissione. L'art. 3 del Regolamento ridefinisce i compiti dei comitati che affiancano la Commissione nell'esercizio dei nuovi poteri di controllo.

¹⁶⁴ *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso di Mario Monti, 9 maggio 2010.

¹⁶⁵ U. Neergaard, R. Nielsen, L. Roseberry (a cura di), *The role of courts in developing a European social model. Theoretical and methodological perspectives*, DJØF Publishing, Copenhagen, 2010. V., in particolare, il capitolo di R. Nielsen, *Scandinavian legal realism and EU law*, p. 229 ss.

¹⁶⁶ Cfr. Nielsen, *Scandinavian legal realism and EU law, cit.*, qui p. 243.

Per confermare queste considerazioni, non può mancare il riferimento al caso *Defrenne (2)*, che per primo svelò lo straordinario impatto del Trattato nel garantire l'osservanza del principio di parità retributiva fra uomo e donna. Gli ordinamenti nazionali, fino ad allora reticenti, furono costretti a introdurre cambiamenti radicali, in risposta all'efficacia diretta della fonte europea¹⁶⁷. Né si può omettere di citare il caso *Danfoss*, che verso la fine degli anni ottanta dello scorso secolo, consentì ai sindacati danesi di superare un'iniziale riluttanza verso il diritto europeo, accettando un test di compatibilità fra valutazioni arbitrali del salario minimo garantito nei contratti collettivi e le norme del Trattato¹⁶⁸.

Proviamo a fare un salto nell'attualità e usiamo la nozione di 'diritto valido' per leggere la sentenza del *Bundesfervassungsgericht* nel caso *Honeywell*¹⁶⁹. Fra i molti passaggi di un caso assai complesso, è utile citare il concetto di *Europarechts Freundlichkeit*, che la Corte pone al centro della sua decisione. Esso sta a significare 'favor'¹⁷⁰ verso il diritto europeo, ovvero 'apertura' allo stesso¹⁷¹ e offre spunti di riflessione importanti alla dottrina e alla giurisprudenza impegnate nella ricerca di criteri di contemperamento fra fonti nazionali e sovranazionali¹⁷². Esso diviene la chiave di lettura in un'intricata vicenda giurisprudenziale che mette a confronto taluni aspetti della sovranità nazionale con il primato del diritto europeo. Favore e apertura verso l'Europa si ergono a strumenti ermeneutici che assistono la Corte nell'esaminare profili di controllo *ultra vires*, a tutela dell' 'identità dei principi costituzionali tedeschi'. Si può dire che il controllo su questo confine mobile dell'ordinamento multilivello sia esercitato, ancora una volta, secondo un principio di cooperazione fra corti, anche al massimo livello delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali.

Non si tratta dunque di un attacco frontale alla Corte di giustizia, ma di una verifica attenta dei suoi poteri, entro le competenze che il Trattato ad essa riconosce. L'affermazione di un principio europeo che vieta le discriminazioni per età, anche se discutibile sul piano sistematico al tempo della decisione resa dalla Corte di giustizia nel caso *Mangold*, non urta irreparabilmente contro i confini costituzionali nazionali, poiché la violazione delle competenze appare alla Corte tedesca 'sufficientemente qualificata'. Si deve evidenziare a riguardo l'uso di quello che potremmo definire linguaggio multilivello, che prova a compenetrare tutele e principi ispiratori provenienti dall'ordinamento nazionale e da quello sovranazionale.

¹⁶⁷ Cfr. Corte di giustizia, 8 aprile 1976, C-43/75, *Defrenne*, caso eclatante di controversia strategica abilmente guidata da E. Vogel – Polsky, a cui si deve l'intuizione di una strategia giudiziaria – volta alla valorizzazione del diritto europeo – che si è rivelata foriera di sviluppi straordinari.

¹⁶⁸ Cfr. Corte di giustizia, 31 maggio 1989, C-109/88, *Handels- og Kontorfunktionærernes Forbund i Danmark c. Dansk Arbejdsgiverforening, che agisce per conto della Danfoss*. In occasione di questa pronuncia, la Corte ha, infatti, affermato il principio in base al quale il trattamento retributivo differenziato è legittimo solo quando esso, pur riguardando solo le donne ed essendo dunque potenzialmente discriminatorio, sia motivato da una ragione oggettiva, quale nel caso di specie la necessità che i lavoratori siano dotati di una particolare formazione professionale o siano disponibili ad una determinata flessibilità dell'orario di lavoro o agli spostamenti. Viceversa non ha ritenuto una giustificazione ammissibile la cattiva qualità del lavoro delle donne in quanto tali.

¹⁶⁹ Bundesfervassungsgericht, Ord. 6 luglio 2010, *Mangold C. Honeywell*, in *Foro Italiano*, 2010, IV, p. 533 con nota di R. Caponi, *La svolta europeista della Corte costituzionale tedesca*. Cfr. G. Bronzini, *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in questo quaderno.

¹⁷⁰ Secondo la traduzione di R. Caponi, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, leggibile su www.astridonline.it e anche in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 1103 ss.

¹⁷¹ Questa la traduzione proposta da M. Fuchs, *La lunga storia del caso Mangold*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2011, qui p. 87.

¹⁷² Cfr. Bronzini, *Happy birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, cit.

La teoria del 'diritto valido', in questo esempio concreto che tanto ha appassionato la dottrina europea, mostra profili importanti, sia per l'impatto iniziale della decisione della Corte di giustizia sul legislatore tedesco¹⁷³, sia per l'equilibrata risposta fornita ora dai giudici tedeschi¹⁷⁴.

2. Principi generali di diritto europeo.

Anche dopo il Trattato di Lisbona il contesto istituzionale dell'UE – è bene ricordarlo – non è cambiato. Non c'è uno stato europeo e gli stati membri non hanno perso la loro statualità individuale¹⁷⁵.

La compenetrazione fra ordinamenti si raggiunge attraverso formule talvolta sfuggenti, si potrebbe quasi dire compensative delle peculiarità insite nell'ordinamento mutilivello, poste come sono a metà strada fra criteri quantitativi e qualitativi. Basti pensare al principio di proporzionalità, che tanta parte gioca nel salvaguardare le zone di residua statualità.

Si confermano queste osservazioni se volgiamo lo sguardo verso un altro caso controverso, deciso dalla Corte di Giustizia. In *Kücükdeveci*¹⁷⁶ la Corte valuta se sussiste una discriminazione per età nei confronti di una lavoratrice, per la quale non è stata computata, ai fini del calcolo del termine di preavviso nel licenziamento intimato dal datore di lavoro, l'anzianità maturata fino al compimento dei 25 anni. Ancora una volta, taluni istituti che attengono al rapporto di lavoro e alle sue vicende interne, sono evocati nell'applicazione del principio di parità di trattamento, ottenendo in tal modo un effetto trasversale, che investe l'esercizio dei poteri datoriali¹⁷⁷. Anche la materia dei licenziamenti, su cui, come è noto, non esiste legislazione secondaria europea, finisce con l'essere illuminata da un principio fondamentale, che ha l'effetto di ridimensionare la discrezionalità delle scelte datoriali.

Il principio fondamentale, applicato in una controversia fra privati, è evocato, nel caso di cui si discute, con riferimento alla Direttiva 2000/78, anche se non è del tutto chiaro in situazioni analoghe quale sia la fonte nazionale di trasposizione della Direttiva negli ordinamenti nazionali. Sorge dunque il dubbio, non ancora risolto, di cosa debba intendersi per 'attuazione del diritto dell'Unione' da parte dei giudici nazionali¹⁷⁸. Un nuovo assetto delle fonti sta emergendo per via giurisprudenziale, con riferimento all'uso multilivello dei principi fondamentali. La sfida più complessa riguarderà i diritti fondamentali sanciti dalla Carta e in particolare l'interpretazione dell'art. 51.1.¹⁷⁹

¹⁷³ Cfr. M. Fuchs, *The Transposition of EU Antidiscrimination Legislation into German Labour Law*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 53/2007.

¹⁷⁴ Questa sembra essere l'opinione di M. Mahlmann, *The politics of constitutional identity and its legal frame in the ultra vires decision of the German Federal Constitutional Court*, in *German Law Journal* 2011, vol 11, n. 12, p. 1415, visibile in <http://www.germanlawjournal.com/>.

¹⁷⁵ Una conferma in L. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea. Sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, Giuffrè, 2010, p. 38.

¹⁷⁶ Cfr. Corte di giustizia, 19 gennaio 2010, C-555/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*. Cfr. A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 82/2010.

¹⁷⁷ Cfr. M. Militello, *Principio di uguaglianza e di non discriminazione tra Costituzione italiana e Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Rassegna di diritto pubblico*, 2010, n. 1, p. 85 ss.

¹⁷⁸ Si veda infatti, con riferimento a questo caso, la posizione perplessa dell'editorialista in *The scope of application of the general principles of Union law: an ever expanding Union?*, in *Common Market Law Review* 2010, p. 1589 ss.

¹⁷⁹ In tema B. de Witte, *Direct effect, primacy, and the nature of the legal order*, in P. Craig, G. De Burca (a cura di), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, II edizione, 2011, p. 323 ss.

Utile a tale proposito appare la proposta recentemente avanzata di definire 'norma-regola' la parità di trattamento e 'norma-principio' il principio di uguaglianza¹⁸⁰. La parità, intesa come regola e dunque inerente alle tutele che scaturiscono dal contratto di lavoro, sembra emergere da *Kücükdeveci*, come pure da un altro caso recente¹⁸¹, in cui la Corte ritiene discriminatoria la scelta di non corrispondere una indennità di licenziamento al lavoratore che, al momento del recesso del datore di lavoro, percepisce una pensione di vecchiaia, per aver aderito a tale regime pensionistico prima dei cinquant'anni di età. L'indennità, si sostiene correttamente, ha come obiettivo di facilitare il passaggio ad altro impiego anche per un lavoratore in età avanzata, con una rilevante anzianità di servizio presso il medesimo datore di lavoro, perseguendo una legittima finalità di reinserimento dello stesso nella vita lavorativa.

Diversa appare la posizione della Corte quando la parità di trattamento finisce con l'incidere sulle politiche del mercato del lavoro e dunque sulle scelte discrezionali degli stati in merito alle politiche occupazionali e all'età di pensionamento. In *Mangold*, ad esempio, la Corte non entra nel merito delle scelte di sostegno all'occupazione di lavoratori ultracinquantenni, attraverso il ricorso a contratti a termine, scelta che, a tacere d'altro, l'avrebbe condotta sul terreno scivoloso dell'interpretazione della clausola di non regresso. Così pure in *Palacios de la Villa*¹⁸² non si addentra nel valutare la clausola del contratto collettivo che fissa l'età pensionabile al raggiungimento di 65 anni, al fine di promuovere l'occupazione.

Più recentemente in *Rosenbladt*¹⁸³ la Corte ritiene la disparità di trattamento, consistente nella previsione di clausole di cessazione automatica dei rapporti di lavoro per raggiungimento da parte del lavoratore subordinato dell'età pensionabile, giustificata da obiettivi legittimi di politiche occupazionali, favorevoli all'inserimento professionale dei giovani lavoratori.

La domanda da porsi è se questi equilibri multilivello cambino nel quadro disegnato dal Trattato di Lisbona e la risposta che si va delineando è ancora dubitativa, anche se sembra emergere una linea di continuità evolutiva. Vediamo perché.

I diritti fondamentali, come ci ricorda la Corte tedesca, restano principi generali del diritto. Nel Preambolo della Carta di Nizza, a cui ora si attribuisce lo stesso valore giuridico dei Trattati, si dice espressamente che essa 'riafferma' i diritti derivanti dalle tradizioni costituzionali degli stati membri e dagli obblighi internazionali comuni, nel rispetto delle competenze e dei compiti dell'Unione, tanto da suggerire che questa fonte abbia un carattere 'documentale' e non normativo¹⁸⁴.

È indubitabile, tuttavia, che si vada accentuando il ricorso ai principi generali del diritto europeo come a veri e propri criteri interpretativi, posti a salvaguardia di una coerenza sovranazionale dell'ordinamento, visto che essi incidono sulle iniziative legislative delle istituzioni europee, come

¹⁸⁰ N. Di Leo, *Il Trattato di Lisbona, il potere di disapplicazione del giudice e un ordine sistematico delle fonti nel sistema multilevel*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, 2010, p. 759.

¹⁸¹ Corte di giustizia, 12 ottobre, C- 499/08, *Ingeniørforeningen i Danmark c. Region Syddanmark*.

¹⁸² Corte di giustizia, 16 ottobre 2007, C-411/05, *Félix Palacios de la Villa c. Cortefiel Servicios SA*.

¹⁸³ Corte di giustizia, 12 ottobre 2010, C- 45/09, *Gisela Rosenbladt c. Oellerking Gebäudereinigungsges. mbH*.

¹⁸⁴ Cfr. Daniele, *Diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 181.

pure degli stati membri¹⁸⁵. Utile potrebbe essere, a questo proposito il ricorso alle clausole orizzontali contenute negli articoli 8 e 9 TFUE¹⁸⁶.

Non si può omettere di osservare che nel corpo del Preambolo della Carta, in modo ritenuto da molti irrituale, vi è un rinvio alle spiegazioni elaborate dal *Praesidium* della Convenzione che redasse la Carta. Ad esempio, l'art. 27 in materia di diritti di informazione e consultazione specifica che i 'livelli appropriati' per garantire che tali diritti siano correttamente esercitati sono quelli previsti dal diritto dell'Unione e dalle prassi e leggi nazionali. La spiegazione di questa norma, in cui si specifica che i diritti si esercitano 'nell'ambito dell'impresa', è visibilmente arretrata rispetto a quanto successo sia nella rifusione della Direttiva sui CAE¹⁸⁷, sia nella prassi della contrattazione transnazionale che da essa trae origine.

Questo appena citato è un chiaro esempio di irrilevanza della spiegazione del *Praesidium*, a fronte del 'diritto valido', quello che emerge da nuovi fenomeni sociali e che, per lo meno in parte, è catturato dalla legislazione europea secondaria.

Nel corpo dell'ordinamento multilivello, interpretato in modo da comprendere la giuridicità dei diritti sociali ad esercizio collettivo e la loro piena azionabilità, si scorge un *vulnus*, che non è facile curare.

In *Commissione contro Repubblica federale di Germania*¹⁸⁸ si fa riferimento all'art. 28 della Carta, che riconosce il diritto di negoziazione collettiva, in combinato disposto con l'art. 52.6, in cui si richiamano le legislazioni e prassi nazionali nell'interpretazione dei diritti e principi fondamentali in essa sanciti. Questo consente alla Corte di non includere la contrattazione collettiva in una sfera di immunità, che la protegga dalle norme in materia di concorrenza. Non è *Albany* la giurisprudenza cui la Corte fa riferimento, bensì *Viking*, a conferma che il linguaggio multilivello sa tingersi talvolta di colori forti per cogliere le spinte del mercato verso una integrazione senza ostacoli sociali. È bene ricordare che, nel caso di cui si discute, il contratto collettivo istituisce un fondo di previdenza integrativa. Il mero riferimento all'art. 9.3 della Costituzione tedesca, che riconosce il diritto all'autonomia delle parti sociali, non ferma la Corte da un esercizio di contemperamento fra tale diritto e altri diritti ritenuti ugualmente fondamentali.

In *AG2 R Prévoyance*¹⁸⁹ si discute di un contratto collettivo che prevede l'iscrizione obbligatoria a un istituto previdenziale incaricato di rimborsare le spese mediche sostenute dai lavoratori dipendenti. Il quesito principale, già affrontato dalla Corte da *Albany* in poi, riguarda l'estraneità di accordi collettivi sottoscritti da rappresentanti delle imprese e dei lavoratori rispetto all'ambito di applicazione dell'art. 101.1 TFUE.

¹⁸⁵ Si veda tra l'altro Commissione europea, 19 ottobre 2010, COM(2010) 573 def., Comunicazione della Commissione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in cui i diritti fondamentali sono indicati come base imprescindibile per le politiche europee da porre in essere.

¹⁸⁶ L'art. 9 è stato citato dall'AG Pedro Cruz Villalon nelle sue Conclusioni del 5 maggio 2010, C- 515/08, *Procedimento penale a carico di Vitor Manuel dos Santos Palhota e a.*, anche se la Corte non ne ha tenuto conto nella sua decisione. Inoltre, il Consiglio, nelle sue Decisioni sugli orientamenti in materia di occupazione formalmente indirizzate agli stati membri, fa espresso riferimento all'art. 9 TFUE. Tale norma è da ritenersi vincolante per le istituzioni europee e per gli stati membri nell'adottare misure idonee a garantire un elevato livello di occupazione, un'adeguata protezione sociale e a perseguire la lotta contro l'esclusione sociale.

¹⁸⁷ Direttiva 2009/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie (rifusione).

¹⁸⁸ Corte di giustizia, 15 luglio 2010, C-271/08, *Commissione europea c. Repubblica federale di Germania*.

¹⁸⁹ Corte di giustizia, 3 marzo 2011, C- 437/09, *AG2R Prévoyance c. Beaudout Père et Fils SARL*.

Tale accordo, è bene ricordarlo, è reso vincolante a seguito di una decisione della pubblica autorità, su richiesta delle parti firmatarie. Su questo si basa il richiamo che la Corte opera all'art. 4.3 TUE, prima citato a sostegno della più forte rilevanza, dopo la ratifica del Trattato di Lisbona, del principio di leale cooperazione fra Unione e stati membri. La Corte si muove dunque su un solco già tracciato e ne accentua la rilevanza, nel contesto di una generale valorizzazione delle novità risultanti dai Trattati.

Questa giurisprudenza esalta, come si è visto, la funzione sociale dei contratti collettivi, quando essi istituiscono organismi guidati nella loro azione dal principio di solidarietà. Anche se importante e degna di essere sottolineata, una tale interpretazione sembra segnare un cammino distinto per tutti gli altri contratti collettivi, quasi che sulla funzione tradizionale da sempre assoluta dagli stessi non si debba ugualmente imprimere il marchio della solidarietà.

A fronte di questo strabismo della Corte, dovuto anche al fatto che non tutti gli accordi collettivi presentano caratteristiche di vincolatività *erga omnes*, non resta agli interpreti e alla dottrina più critica che augurarsi una rapida inversione di tendenza della giurisprudenza *Laval*.

Alaimo e Caruso¹⁹⁰ suggeriscono, ad esempio, di valorizzare, in un'interpretazione innovativa e al tempo stesso propulsiva della norma, l'espressione 'economia sociale di mercato', contenuta nell'art. 3 TUE. La norma in questione, tuttavia, ci ricorda che verso tale obiettivo l'Unione 'si adopera'. Si affida in tal modo a una formula descrittiva e non prescrittiva l'impulso che dovrebbe rimuovere gli ostacoli più consistenti verso un migliore equilibrio fra diritti sociali e libertà economiche.

L' 'accoppiamento strutturale' fra diritto e politica, citato in apertura di queste note, non può che risultare da delicati equilibri istituzionali, in cui l'apporto dei soggetti collettivi in quanto soggetti privati rimane marginale, pur essendo tutt'altro che marginale il loro ruolo negli ordinamenti nazionali.

Gli stessi autori propongono di leggere l'art. 11 TUE in combinato disposto con l'art. 152 TFUE. La prima norma, introdotta con il Trattato di Lisbona, apre i 'canali' della comunicazione e favorisce il 'dialogo' con le 'associazioni rappresentative e la società civile'. La seconda, anch'essa una novità, si occupa specificamente del dialogo sociale, tenendo conto delle diverse tradizioni nazionali e menziona – dato questo da non sottovalutare – il rispetto della 'autonomia' delle parti sociali. C'è dunque da chiedersi se un posto a sé, rilevante e specifico, sia stato riservato al ruolo di soggetti organizzati per la difesa degli interessi collettivi, funzionalmente diverso rispetto alla democrazia partecipativa auspicata dall'art. 11.

Il dialogo sociale settoriale, ad esempio, è già conformato in modo consistente dalle indicazioni della Commissione¹⁹¹, secondo criteri selettivi di rappresentatività del tutto peculiari e adatti a cogliere il senso di una organizzazione sovranazionale degli interessi collettivi.

Nonostante si parli, a questo riguardo, di fonti volontarie, che non trovano fondamento nel Trattato se non per il generico favore che lo stesso dimostra verso soluzioni negoziali autonome

¹⁹⁰ A. Alaimo, B. Caruso, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, cit.

¹⁹¹ Decisione della Commissione del 20 maggio 1998, che istituisce comitati di dialogo settoriale per promuovere il dialogo tra le parti sociali a livello europeo, COM(1998) 322 def.

rispetto al diritto europeo, tali fonti si diffondono costantemente e sempre più si diversificano, talvolta sconfinando nel territorio della contrattazione collettiva globale¹⁹².

3. Diverse funzioni dei diritti fondamentali.

Si può dunque tentare di tirare le fila dei ragionamenti svolti fino ad ora, a conclusione di un dibattito appassionato, come emerge dai saggi che precedono queste note conclusive.

Nell'ordinamento multilivello si profilano sempre più nettamente diritti sociali universali azionabili nel mercato del lavoro. Si pensi all'art. 29 della Carta di Nizza, che prevede l'accesso a servizi di collocamento gratuito per ogni 'persona', dunque non solo per i cittadini lavoratori europei. Così pure l'art. 34, che riconosce il diritto di ogni 'persona' che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'Unione alle prestazioni di sicurezza sociale¹⁹³.

La Corte si muove con oscillazioni nella giurisprudenza dei così detti diritti di cittadinanza e fa ricorso al principio del 'collegamento reale' con il mercato del lavoro del paese ospitante, quando il lavoratore esercita il diritto alla libera circolazione¹⁹⁴. In *Vatsouras*¹⁹⁵, anche con riguardo alla Direttiva 2004/38, in materia di diritti dei cittadini europei e dei loro familiari a circolare liberamente negli stati membri dell'Unione, la Corte sostiene che, indipendentemente dalla durata del contratto di lavoro o dall'aver fruito di una retribuzione molto bassa, il lavoratore non è solo per questo privato del suo *status* nello stato ospitante. Tuttavia l'accesso a una prestazione finanziaria che faciliti la ricerca del lavoro e che rafforzerebbe la posizione del lavoratore può essere negato se non si dimostra, ad esempio, di essere stati attivi nella ricerca di una occupazione.

È ampio, come si vede lo spettro di valutazioni entro cui la Corte si muove, affrontando test di proporzionalità di volta in volta mutevoli e legati a fattispecie concrete fra sé distanti. Come ha scritto Eleanor Spaventa, richiamando le parole di Jacques Delors a proposito del mercato interno e delle sue regole, non è facile innamorarsi di un'idea di cittadinanza che a quel mercato resta così strettamente vincolata¹⁹⁶. La sfida multilivello consiste in questo caso nell'elaborare parametri sempre più oggettivi, tali da compenetrare le scelte nazionali con una pratica di diritto uniforme all'interno dell'Unione.

Su un versante diverso si sviluppano i diritti fondamentali dei lavoratori che attengono all'esercizio dei poteri datoriali nei rapporti di lavoro. Come emerge bene dalla ricerca di Giancarlo Ricci¹⁹⁷, l'orario di lavoro è il terreno più fertile su cui si è esercitata la Corte di giustizia per individuare

¹⁹² Si veda ad esempio European Commission, *Industrial relations in Europe 2010*, Lussemburgo, POEU 2011; S. Clauwaert, I. Schömann, *European social dialogue and transnational framework agreements as a response to the crisis?*, ETUI Policy Brief European Social Policy Issue 4/2011.

¹⁹³ Cfr. E. Ales, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, n. 2, p. 203 ss.

¹⁹⁴ Si veda, ad esempio, Corte di giustizia, 18 novembre 2008, C – 158/07, *Förster* in cui la Corte ritiene legittimo il requisito della permanenza nello stato ospitante per cinque anni, al fine di poter fruire di un assegno di formazione; mentre in Corte di giustizia, 15 marzo 2005, C – 209/03, *Bidar*, solo tre anni di permanenza sono considerati sufficienti per uno studente che richiede un sostegno finanziario al fine di completare gli studi. In tema si rinvia a G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori subordinati*, in S. Sciarra (a cura di), *Manuale di diritto sociale europeo*, Torino 2010, qui p. 227-228 e a E. Spaventa, *The constitutional impact of Union Citizenship*, in U. Neergaard, R. Nielsen, L. Roseberry (a cura di), *The role of courts*, cit., qui p. 158-159; S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. La libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2008, n. 1, p. 19.

¹⁹⁵ Corte di giustizia, 4 giugno 2009, C- 22/08, *Vatsouras*.

¹⁹⁶ E Spaventa, *The constitutional impact of Union Citizenship*, cit., qui p. 166.

¹⁹⁷ G. Ricci, *Tempi di lavoro e tempi sociali. Profili di regolazione giuridica nel diritto interno e dell'UE*, Giuffrè, Milano, 2005; Id., *Il diritto al "giusto" tempo di lavoro nel sistema costituzionale multilevel*, cit.

limiti alla discrezionalità organizzativa che sfocia nella lesione del diritto fondamentale alla salute. L'impulso alla cooperazione è derivato in questi casi dal ripetuto invito della Corte, rivolto ai giudici nazionali, a rispettare l'obbligo di interpretazione conforme, in modo da vagliare tutte le fonti rilevanti, inclusi i contratti collettivi¹⁹⁸.

Nel mercato interno si esercitano con difficoltà, come già si è detto, i diritti sociali a dimensione collettiva. Ci vorrà ancora tempo perché la dottrina giuslavorista europea, e con essa i sindacati nazionali e sovranazionali, elaborino completamente il lutto subito a causa della giurisprudenza della Corte di giustizia, ora seguita dall'isolata – ma non per questo meno criticabile – sentenza della Corte del lavoro svedese.

A ben guardare, i diritti di rango procedurale, come sono da intendere i diritti di informazione e consultazione, sembrano adattarsi bene allo svolgersi dell'ordinamento multilivello, proprio per la loro natura espansiva, quasi tipologicamente orientata a valicare i confini nazionali – e sempre più spesso europei – così da rispondere alle rapide trasformazioni delle imprese¹⁹⁹. Anche a questo riguardo serve uno sforzo teorico di non poco respiro.

I diritti procedurali di cui si discorre, che confluiscono verso l'espansione di una nuova autonomia collettiva transnazionale, non sono alternativi al conflitto, ma da questo morfologicamente diversi. Non sono dunque da temere, poiché non è a essi imputabile una marginalizzazione delle tradizionali modalità attraverso cui si esprime l'autotutela sindacale. Le diverse espressioni del conflitto contemporaneo sono, al contrario, sempre più legate all'indeterminatezza degli obiettivi raggiungibili e alla dispersione dei soggetti destinatari delle tutele verso cui la lotta sindacale si è per così lungo tempo indirizzata.

Le finalità di emancipazione e di giustizia sociale appaiono ancora impellenti e lontane da una loro piena realizzazione, ma il conflitto industriale potrebbe rivelarsi inadatto come strumento primario di interpretazione delle attese e delle pretese dei lavoratori, dentro e fuori i confini nazionali. In altre parole, non sembra ancora chiara e praticabile una dimensione giuridica tradizionale del conflitto nell'ordinamento globale, anche se la giurisprudenza della Corte di Strasburgo sta muovendo passi importanti in questa direzione²⁰⁰.

Il principio regolatore che più di altri informa l'azione propositiva e inventiva dei soggetti collettivi nazionali e sovranazionali è il principio di libertà sindacale, da cui emana il diritto di contrattazione collettiva, affiancato dal diritto di sciopero. Torna in primo piano a questo riguardo il ruolo dello stato regolatore, poiché rimane una importante espressione della sua sovranità il conferimento di poteri certi in capo ai soggetti collettivi che esercitano la libertà sindacale.

Il diritto di sciopero, 'ininfluente' o 'secondario' nelle parole disincantate di Antonio Lo Faro, quando l'autore allunga lo sguardo verso l'intero quadro ordinamentale,²⁰¹ non deve rappresentare nella riflessione degli interpreti un ostacolo insormontabile, né può trasformarsi in un pensiero asfissiante.

¹⁹⁸ Cfr. V. Piccone, *L'interpretazione conforme*, in Ead (a cura di), *Vademecum per il giudice europeo*, Roma, Aracne 2011, p. 15 ss.; e della stessa A. *I diritti fondamentali nella trasformazione multidimensionale dell'integrazione europea*, in Elena Falletti e Valeria Piccone (a cura di), *Atti del II Workshop in Diritto dell'Unione ed Internazionale*, Roma, 2011.

¹⁹⁹ Cfr. G. Bronzini, *Diritto dei lavoratori all'informazione ed alla consultazione nell'ambito dell'impresa*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2010, n. 1, p. 27 ss.

²⁰⁰ Sui casi *Demir e Baykara c. Turchia* (12.11.2008) e *Enerji Yapi – Yol Sen c. Turchia* (21.04.2009) si rinvia a D. Ashiagbor, *Ameliorating globalization? European Union approaches to the social dimension of globalization*, in *Comparative Labor Law and Policy Journal*, 2011.

²⁰¹ A. Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, cit., qui p. 245.

Occorre prendere atto del fatto che le sentenze della Corte più volte citate, indipendentemente dalla loro compiutezza e correttezza argomentativa, hanno 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.

Fuor di metafora, se è criticabile la chiusura della Corte nel 'lontano e fiabesco Granducato del Lussemburgo' di cui scrisse molti anni addietro Eric Stein²⁰², è ugualmente inaccettabile la chiusura degli stati dentro formule inadatte a cogliere la nuova dimensione politica e istituzionale del conflitto.

²⁰² E. Stein, *Un nuovo diritto per l'Europa. Uno sguardo d'oltre oceano*, Giuffrè, Milano, 1991.