



DILETTA TEGA

I DIRITTI SOCIALI NELLA DIMENSIONE MULTILIVELLO TRA TUTELE GIURIDICHE E CRISI ECONOMICA

SOMMARIO: 1. Premessa: i diritti sociali al tempo della crisi. 2. I diritti sociali europei e i documenti che li proclamano. 2.1. La Carta dei diritti dell'Unione europea. 2.2. La Carta sociale comunitaria e la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. 3. *Smith abroad, Keynes at home: still possible and moreover still desirable?* Da Roma a Lisbona: che cosa è cambiato. 4. L'ora dei diritti sociali: il ruolo della Corte di giustizia. 5. Prime conclusioni: i diritti sociali tra crisi economica e globalizzazione dei mercati.

1. PREMESSA: I DIRITTI SOCIALI AL TEMPO DELLA CRISI

Questa relazione è stata pensata, scritta e presentata in un arco di tempo nel quale la grave crisi economica, che ha colpito in modo sostanziale molte economie dei Paesi dell'Unione europea, si è evoluta, come è purtroppo ben noto, in esiti persino drammatici nei singoli Stati. Così, per quanto concerne il livello comunitario¹, le riflessioni sulla tenuta dell'euro non sono più appannaggio esclusivo di movimenti politici antieuropeisti, ma anche di un più ampio e diffuso dibattito, tanto che Mario Draghi, Presidente della Banca centrale europea, ha dovuto assicurare i temuti “mercati” e le ormai sempre più inattendibili agenzie

¹ Si è deciso di utilizzare nello scritto l'espressione “diritto comunitario”, anche se sarebbe più corretto utilizzare l'espressione “diritto dell'Unione europea”.



di rating che la scelta della moneta unica è irreversibile. Tale scenario si riverbera più in generale sul futuro della stessa costruzione europea. Mentre, riguardo l'ambito più propriamente nazionale, la cronaca dell'estate 2012 ci rimanda l'immagine di Paesi, mi riferisco esemplarmente al nostro, nei quali i cittadini si ritrovano a lottare, con una disperazione alla quale non eravamo abituati, per mantenere un lavoro che può arrivare a uccidere².

Con l'approvazione del cd. *Fiscal Compact* (Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione Economica e Monetaria)³ quanto spazio rimane per i modelli di stato sociale nazionali⁴? Se è vero che i diritti sociali sono una condizione di pensabilità di una comunità statale a quale livello di governo questa condizione si deve ricostruire oggi, a fronte della riduzione delle capacità e delle "autonomie" finanziarie statali e comunitarie? L'irrompere e, soprattutto, il perdurare della crisi economica e della recessione⁵ pone di fronte, ancora una volta, a quella domanda che, da sempre, ha accompagnato il difficile affermarsi dei diritti sociali sia all'interno che all'esterno dei confini nazionali, e cioè quanto le politiche finanziarie e le strategie di *dumping* sociale (volte a eludere i vincoli sociali nazionali) influiscano sul godimento di questi diritti⁶.

² Il riferimento alle due vicende dell'Ilva di Taranto dell'Alcoa del Sulcis è credo il miglior (leggasi più sconcertante) specchio di una crisi economica che è capace di travolgere le conquiste della stagione che ha portato, nel 1970, in Italia al varo dello Statuto dei lavoratori. Penso anche ai numerosi episodi di suicidi, legati a ristrutturazioni aziendali, che si sono registrati in diversi Paesi dell'Unione (basti pensare all'ondata di suicidi di lavoratori che ha colpito France Telecom a partire dal 2008). Il conflitto sociale torna a essere fomentato dalle scelte che "i mercati" impongono quotidianamente, così R. Bin, *Che cos'è la Costituzione*, *Quaderni costituzionali*, 2007, 51-52.

³ Cfr. le riflessioni di A. Spadaro, *I diritti sociali alla prova della crisi economica*, Relazione al convegno su *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano, Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011; nonché i commenti di F. Fabbrini, R. De Liso, G. Pitruzzella, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 427 ss. Per un efficace inquadramento si veda anche G. Bronzini, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, reperibile in *Osservatorio sui diritti fondamentali in Europa, Newsletter n. 32 Maggio 2012*. Si rimanda inoltre al contributo di L. Trucco, [Livelli essenziali delle prestazioni e sostenibilità finanziaria dei diritti sociali](#).

⁴ Cfr. S. Gambino, W. Nocito, *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali: note costituzionali alla luce della crisi finanziaria in atto*, presentata al seminario "Crisi dello Stato nazionale, governo dell'economia e tutela dei diritti fondamentali", Università di Messina, 7 maggio 2012, reperibile al sito http://www.astrid-online.it/Giustizia-1/Studi--ric/Gambino_Nocito_12_07_12.pdf.

⁵ L'impatto sociale legato a filo doppio alla crisi economica è dimostrato, per esempio, dalla diffusione di contratti a tempo determinato, dalla deregolamentazione del mercato occupazionale, dalle cattive condizioni dei luoghi di lavoro.

⁶ Cfr. I. Ciolli, *I diritti sociali alla prova della crisi economica*, relazione presentata in occasione del seminario *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, presso la Facoltà di Economia, Università di Roma "Sapienza", 26-27 marzo 2012.

Le politiche di *welfare* sono oggetto di profonde modifiche, collegate inestricabilmente alla crisi economica (basti pensare, da ultimo, in Italia ai cd. tagli alla scuola o alla sanità, attuati con una serie di decreti-legge, poi convertiti a partire dall'estate del 2011 o all'inasprimento della pressione fiscale, approvato a fine 2011)⁷. È la stessa Unione europea, da un lato, a imporre misure di risanamento delle economie degli Stati più in difficoltà e, dall'altro, a dimostrare, a livello europeo, la sempre più evidente interdipendenza delle economie e dell'integrazione dei mercati e l'impossibilità dei singoli Paesi a mettere in pratica autonomi ed efficaci poteri di prevenzione e contenimento⁸. L'Unione, nel 2008, ha lanciato un programma di incentivi fiscali, lo *European Economic Recovery Programme* (Eerp) e, nel 2009, il Comitato speciale sulla crisi finanziaria economica e sociale. In particolare l'Eerp ha identificato come priorità il sussidio al reddito per i più colpiti dalla crisi, in nome della cd. *flexicurity*⁹. Le misure proposte dall'Unione per uscire dalla crisi si basano in sintesi sul potenziamento della deregolamentazione del mercato del lavoro, ma anche sulla ricollocazione dei lavoratori e la formazione permanente (si pensi ad esempio all'estensione attuata dal governo italiano dei cd. ammortizzatori sociali a donne e giovani).

Il *discorso sui diritti sociali*¹⁰ appare dunque ancor più problematico da affrontare - rispetto a quello che coinvolge il ben più maturo riconoscimento ottenuto dai diritti civili - alla luce delle politiche di razionalizzazione della spesa pubblica, legate ad una crisi economica che si protrae ormai dal 2007¹¹, stanno riducendo i livelli di prestazione. Una lettura di questo tipo, se ne è consapevoli, rischia di avvalorare ancora una volta il pensiero in base al quale la limitazione di tali diritti è necessaria e inevitabile in momenti di

⁷ Va ricordato che le politiche sociali, per esempio quelle inerenti il mercato del lavoro e la sicurezza sociale, sono cosa differente dai diritti sociali: se cioè sulle politiche sociali l'Unione ha una maggiore esperienza fattuale, il riconoscimento dei diritti sociali e del linguaggio diverso che li accompagna trasferisce il tema a un livello prettamente costituzionale. Non a caso la proclamazione della Carta di Nizza, di cui parleremo tra poco, era strumentale all'impresa, fallita come ben sappiamo, del "Trattato che istituisce una costituzione per l'Europa".

⁸ Sul versante della *governance* economica europea si veda da ultimo G. Napolitano, *L'incerto futuro della nuova governante economica europea*, in *Quaderni costituzionali*, 2012, 141 ss. Sui cambiamenti cui è andato incontro il welfare si veda, tra gli altri, M Ferrera, *Trent'anni dopo. Il welfare state europeo tra crisi e trasformazione*, in *Stato e mercato*, 81/2007.

⁹ Va ricordato che, attraverso i cd. fondi strutturali, il primo dei quali - il Fondo sociale europeo - venne creato già nel 1957, ci si prefigge di sviluppare vari settori economici nelle aree comunitarie maggiormente in difficoltà, cfr. A. De Vita, *Il ruolo delle regioni italiane nell'attuazione della politica sui fondi strutturali*, in E. Balboni (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti sociali*, Napoli, 2008, 79 ss.

¹⁰ C. Pinelli, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, 2012, 121.

¹¹ In merito si veda l'analisi condotta da G. Pitruzzella, *Chi governa la finanza pubblica in Europa?*, *Quaderni costituzionali*, 2012, 9 ss.

mancanza di risorse, dato il particolare scopo perseguito dalla categoria dei diritti sociali (sviluppatasi in tempi e con modalità diverse rispetto a quella dei diritti civili e politici), il cui contenuto si articola anche attraverso enunciati linguistici caratterizzati da una certa vaghezza.

Tuttavia l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il primo dicembre 2009 (sottoscritto il 13 dicembre 2007), e l'ingresso della Carta dei diritti fondamentali tra le fonti primarie del diritto comunitario (o più correttamente del diritto dell'Unione europea) – sebbene esclusivamente mediante il richiamo contenuto nell'art. 6 del Trattato (testo consolidato) – avevano concorso, in primo luogo, a rinverdire il dibattito sulla tutela dei diritti, tanto, nell'ambito delle competenze assegnate all'Unione europea, quanto, di riflesso, negli ordinamenti nazionali.

Il modello sociale europeo, lentamente costruito dai Trattati, dal diritto derivato e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, proprio ora che il Trattato di Lisbona pareva, finalmente, aver consolidato un rinnovato spazio comunitario per i diritti sociali¹², come verrà influenzato dalla crisi economica? E ancora, l'Unione europea si trova veramente ad un bivio drammatico della sua storia? Se ciò fosse vero l'alternativa sarebbe tra prendere atto della fine della sua esperienza politica, in concomitanza con il riemergere delle identità nazionali (si pensi al governo del premier di centro-destra ungherese Viktor Orbán¹³ e ai risultati che l'estrema destra ha riportato al primo turno delle elezioni politiche francesi dell'aprile 2012) e imboccare, al contrario, la via di una sorta di rigenerazione. La stessa Conferenza di Brighton sul futuro della Corte europea dei diritti, tenutasi il 19 e 20 aprile 2012 su iniziativa del Regno Unito, presidente di turno del Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa, si può interpretare anche come una riprova del riemergere della cd.

¹² Per una panoramica di carattere istituzionale sul tema dei diritti sociali in ambito comunitario, cfr. P. Costanzo, *Il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, 3 ed., Torino, 2010, 427.

¹³ Il commissario europeo per la Giustizia e i Diritti fondamentali ha chiesto il deferimento del governo di Budapest alla Corte di giustizia, al momento in cui si scrive è stata chiusa la procedura di infrazione sull'indipendenza della Banca centrale ungherese, ma rimangono ancora aperte quelle sulla authority chiamata a vigilare sui dati personali e quella sulla nuova normativa che riguarda il pensionamento dei magistrati. La Commissione inoltre si è riservata di aprire una procedura sulla creazione dell'ufficio giudiziario nazionale, ritenuto dal Consiglio d'Europa una minaccia all'indipendenza della magistratura.

questione nazionale, data forse prematuramente per morta in questi anni di euforia, associatasi all'esplosione del fenomeno della cd. tutela multilivello dei diritti¹⁴.

Se da un lato si avverte dunque la necessità, all'interno dei confini degli Stati colpiti dalla crisi, di valorizzare e proteggere la tipicità non solo produttiva, ma anche costituzionale (una sorta di protezionismo non solo economico, ma anche di civiltà giuridica che, per esempio, si concretizza nella tutela dell'autonomia dei sindacati e nell'assistenza sociale diffusa), dall'altro non può essere dimenticato che l'Unione influenza, ed è influenzata dalle dinamiche del mercato economico globale, con cui è chiamata a confrontarsi¹⁵.

La difficile affermazione dei diritti sociali a livello comunitario, come peraltro lo è stata, anche se per ragioni diverse (e ben note) negli ordinamenti costituzionali, richiede, alla luce del momento giuridico ed economico attuale, di indagare innanzitutto se il diritto comunitario - normativo e giurisprudenziale - comporti un arretramento nella protezione dei diritti sociali a vantaggio delle libertà economiche nello spazio europeo, rispetto a quella assicurata a livello nazionale o, al contrario, una nuova valorizzazione.

Sono dunque questi, a mio avviso, i due poli, giuridico ed economico, che influenzano il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali, tanto a livello dell'ordinamento interno quanto di quello comunitario e sovranazionale.

Da un punto di vista giuridico l'indagine va condotta in una triplice direzione, domandandosi se: a) nei Trattati e nel diritto originario, rappresentato *in primis* dalla Carta dei diritti di Nizza, esista o meno una gerarchia tra diritti sociali e libertà economiche; b) come l'attività pretoria della Corte di giustizia incida sugli uni e sulle altre; c) come, in

¹⁴ La Dichiarazione si può leggere all'indirizzo <http://www.coe.int/en/20120419-brighton-declaration>. In estrema sintesi l'incontro di Brighton è stato preceduto da una serie di critiche statali, mosse in particolare da ambienti politici, ma anche dottrinali inglesi, che denunciavano l'eccessiva pervasività della giurisprudenza della Corte di Strasburgo rispetto alle scelte politiche statali. La Dichiarazione in sintesi auspica, da un lato, una Corte Edu più concentrata su casi particolarmente gravi di violazioni dei diritti umani, pronta a rifiutare di pronunciarsi su casi già adeguatamente giudicati a livello nazionale, e, dall'altro, governi nazionali più attenti ad introdurre a livello nazionale istituzioni per la difesa dei diritti dell'uomo, legislazioni che implementano la Convenzione e una formazione più approfondita sui diritti umani per i dipendenti dell'amministrazione pubblica e per i giudici. Cfr. A. Bultrini, *La Conferenza di Brighton sul futuro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, Quaderni. costituzionali*, 2012, 668 ss. Più in generale sul tema sia permesso rinviare a D. Tega, *I diritti in crisi tra Corti nazionali e Corte europea di Strasburgo*, Milano, 2012.

¹⁵ Tra i tanti possibili esempi, basta anche solo ricordare che il Presidente della Banca centrale americana, Ben Bernanke a fine agosto 2012 ha denunciato una "crisi occupazionale preoccupante", avvertendo che i problemi irrisolti dell'eurozona accentuano l'incertezza globale.

definitiva, sono stati disegnati i contorni del modello sociale europeo, prima che la crisi ne modificasse i tratti salienti¹⁶.

Se è vero che su questi temi la dottrina giuslavorista ha da sempre fornito un apporto fondamentale - come dimostrano i numerosi e approfonditi studi cui si farà riferimento nel corso di questa relazione - è altrettanto vero che tocca, anche, ad una riflessione costituzionalistica apprezzare se e con quali modalità l'ordinamento comunitario, ispirato a logiche ontologicamente differenti da quelle sulle quali si basano i sistemi costituzionali interni¹⁷, influenzi il contenuto e la tutela dei diritti sociali - per come si sono affermati nella storica peculiarità dei singoli stati nazione - fino a modificarli, in senso peggiorativo o migliorativo. Ancora una volta merita di essere indagato l'impatto della tutela multilivello sia nell'ottica *ottimistica* fatta propria da quello è stato definito anche *costituzionalismo cosmopolita*, sia in quella più *preoccupata e difensiva*, tipica di un atteggiamento più scettico che si riconosce, in ultima analisi, nella nota teoria dei cd. controlimiti, temendo l'indebolimento dei diritti sociali per come sono invariati nelle tradizioni giuridiche nazionali¹⁸.

2. I DIRITTI SOCIALI EUROPEI E I DOCUMENTI CHE LI PROCLAMANO

La distinzione tra diritti civili, politici e sociali è, notoriamente, consustanziale all'evolversi del costituzionalismo: le prime due categorie si affermano nel XVIII secolo, mentre quelli sociali, anche se riconosciuti - come ricorda Norberto Bobbio - sottoforma di diritto all'istruzione pubblica e di provvedimenti in favore del lavoro per chi non può procurarselo già nel titolo primo della Costituzione francese del 1791 (per poi essere uno dei temi della costituente francese del 1848, pur non appearing poi in Costituzione), entrano nella storia del costituzionalismo europeo solo con la costituzione di Weimar del 1919, dopo

¹⁶ Si veda in proposito lo scritto di G. Ricci, *La costruzione giuridica del modello sociale europeo (con una postilla sul MSE al tempo della crisi globale)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 88/2011.

¹⁷ Al di là della notissima definizione di un'Europa *socialmente frigida o algida*, data da Federico Mancini, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, 2004, 259 ss. è difficile non considerare, almeno in prima battuta e per quanto concerne i primi passi dell'esperimento comunitario, l'impronta più economica rispetto a quella dello stato sociale di diritto.

¹⁸ I possibili esiti di una tale indagine sono stati sintetizzati, efficacemente, in questa terna: indifferenza, conflitto o integrazione?, in particolare, tra i molti studi sul tema di B. Caruso, cfr. Id., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo*, 2008, 11 ss.

la fondazione dell'ILO (Trattato di Versailles nel 1919)¹⁹. Le tutele sociali si sviluppano - al di là di un livello di protezione comune e a differenza di ciò che accade per i diritti civili e politici - con modalità e contenuti molto diversi²⁰.

Alla base di questa netta separazione ci sono molteplici considerazioni: c'è, come è ben noto, la convinzione che i diritti sociali - come quello alla casa, all'istruzione o all'assistenza sociale - siano meri programmi da realizzarsi in maniera graduale, piuttosto che diritti soggettivi azionabili dinnanzi ad un giudice; l'idea che i diritti sociali, collegati alla protezione del diritto al lavoro, siano connotati fortemente da un punto di vista ideologico, creando obbligazioni positive sui poteri statali; la constatazione che la realizzazione di questi diritti sia inestricabilmente proporzionale all'investimento di risorse economiche; la consapevolezza che richiedono, per la loro protezione, l'accrescimento dei poteri dello Stato. La netta separazione, appena ricordata, viene inverata anche nell'ambito della cd. dimensione multilivello - che, per quanto concerne il continente europeo, implica l'esistenza, come è noto, di tre livelli di tutela: quello costituzionale, quello comunitario e quello sovranazionale²¹ - per essere superata, come vedremo, solo ad opera della Carta dei diritti dell'Unione europea, che, per la prima volta, enuncia le tre categorie di diritti in un unico documento.

Se una tale distinzione ha certamente il merito di mettere in evidenza, da un punto di vista teorico, la difficoltà definitoria e di tutela legata all'emersione dei diritti sociali²² allo

¹⁹ Cfr. per una ricostruzione storica G.A. Ritter, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, 2007.

²⁰ Basti ricordare che in Italia a fronte di un sistema sanitario e scolastico che ancora assicura istruzione e assistenza sanitaria alle fasce più in difficoltà della popolazione, non esiste, a differenza di altri Paesi, il cd. reddito minimo.

²¹ Si veda tra i moltissimi contributi in argomento PERNICE I., *Multilevel Constitutionalism in the European Union*, in *European Law Review*, 2002, 511 ss.; L. Garliki, *Cooperation of courts: The role of supranational jurisdictions in Europe*, in *International Journal of Constitutional Law*, 2008, 509-530. Se si vuole D. Tega, *La Cedu e l'ordinamento italiano*, in *I diritti in azione. Universalità e pluralismo dei diritti fondamentali nelle Corti europee*, a cura di M. Cartabia, Bologna, 2007.

²² N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, 259. Nel classico volume del 1949 *Citizenship and the Social Class Cittadinanza e classi sociali* (ult. ed. italiana 2002, Roma-Bari), T. H. Marshall esplica molto chiaramente le "difficoltà" dei diritti sociali ad affermarsi. L'A. sostiene che, mentre i diritti civili e politici sono definiti con nettezza, i diritti sociali lo sono molto meno e in ultima analisi si pongono, a differenza dei diritti civili che in quanto intensamente individuali si armonizzano con la fase individualistica del capitalismo, in tensione con il mercato poiché l'incorporazione di diritti sociali nello *status* della cittadinanza implica la creazione di un diritto a percepire un guadagno non proporzionato al valore di mercato di colui che lo reclama. I diritti sociali implicano cioè la subordinazione del prezzo di mercato alla giustizia sociale, la sostituzione del libero mercato con la dichiarazione dei diritti. Ai diritti sociali, inoltre, mancava uno status giuridico definito, ragion per cui era preferibile implementarli tramite la legislazione, piuttosto che attraverso il ricorso al giudice. Anche F. Hayek, fortemente critico del cd. modello *welfare state*, nella raccolta di suoi saggi dal titolo *Law, Legislation and Liberty*, pubblicata nel 1980, ha affrontato il tema del contrasto tra

stesso tempo l'esperienza fattuale dimostra in realtà che questi argomenti appaiono poco convincenti. E' infatti altrettanto noto che: i diritti civili e politici possono essere pienamente esercitati solo garantendo a ciascuno quel minimo di accesso ai diritti sociali che consenta di vivere con dignità; i diritti civili e politici hanno un costo e implicano obbligazioni positive, essendo più che *libertà negative*, vere e proprie *istituzioni di libertà*²³; i diritti sociali sono giustiziabili, come dimostrano le esperienze giuridiche nazionali nonché quella del Comitato europeo per i diritti sociali, in particolare in seguito alla riforma del 1991²⁴, per non dire delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, su cui *infra*.

2.1. LA CARTA DEI DIRITTI DELL'UNIONE EUROPEA

Nel tentativo di "umanizzare" la logica del mercato comune²⁵ nel 1989, dopo l'entrata in vigore dell'Atto unico europeo e l'adesione di Spagna e Portogallo, è stata proclamata la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali. Solo il Regno Unito, tra i dodici Stati che all'epoca costituivano la CE, inizialmente se ne chiamò fuori, ritenendo i diritti in essa enunciati estranei alle competenze della Comunità, per ratificarla solo nel 1998. Le disposizioni della Carta comunitaria, pur non possedendo valore giuridico (viene richiamata anche all'art. 151 del TFUE), hanno rappresentato negli anni una costante fonte di ispirazione per le direttive in tema di protezione della maternità, dei giovani lavoratori, dell'organizzazione e dei tempi di lavoro.

L'Unione europea non ha ratificato alcuna dichiarazione internazionale in tema di tutela dei diritti sociali. Gli stessi Patti Onu, adottati nel dicembre del 1966 ed entrati in vigore

diritti sociali e mercato. Come è noto la legislazione in materia sociale serve per coordinare le aspettative del cd. agente individuale, mentre il mercato e il diritto privato concorrono a quell'ordine spontaneo che è la base del benessere della società e delle libertà di ciascuno.

²³ A. Barbera, *Commento all'art. 2 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, a cura di Branca, Bologna-Roma, 1975, 59 ss. Più in particolare sui diritti sociali D. Bifulco, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, 2003; C. Salazar, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, 2000; M. Luciani, *Sui diritti sociali*, in R. Romboli, (a cura di), *La tutela dei diritti fondamentali davanti alle corti costituzionali*, Torino, 1994; Id., *I Diritti sociali*, in A. Vignudelli (a cura di), *Lezioni magistrali di Diritto Costituzionale*, Modena, 2011; A. Baldassarre, *Diritti sociali*, in *Enc. Giur.*, XI, 1989, 28 ss.; P. Costanzo, S. Mordegli, *Diritti sociali e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano, 2005; M. Benvenuti, *Diritti sociali*, *Enc. Giur.*, *Aggiornamento*, 2012. Sul cd. costo dei diritti cfr. la traduzione italiana di S. Holmes, C. R. Sunstein, *Il costo dei diritti. Perché la libertà dipende dalle tasse*, Bologna, 2000.

²⁴ Si rimanda allo scritto di E. Straziuso, [La Carta sociale del Consiglio d'Europa e l'organo di controllo: il Comitato europeo dei diritti sociali. Nuovi sviluppi e prospettive di tutela.](#)

²⁵ Così si esprimono K. Lenaerts e P. Foubert, *Social Rights in the Case-Law of the European Court of Justice. The Impact of the Charter of Fundamental Rights of the European Union on Standing Case-Law*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 267-296, 2001.

solo nel 1976, continuano a corroborare la netta distinzione tra diritti civili e politici, proclamati appunto nel Patto sui diritti civili e politici, e quelli sociali, affermati dal Patto Onu sui diritti economici, sociali e culturali. Entrambi i Patti sono stati ratificati dai Paesi membri dell'Unione europea solo singolarmente²⁶.

La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata il 7 dicembre 2000²⁷, ha segnato, come si è anticipato, una rottura con il passato appena descritto, suscitando molti interrogativi sui possibili cambiamenti, in tema di tutela in particolare dei diritti sociali. La Carta cioè potrebbe giocare un ruolo significativo nel bilanciamento tra diritti sociali e le libertà economiche. Nonostante le perplessità che accompagnano la reale portata dei diritti che essa proclama e, l'altrettanto travagliato tragitto che l'ha portata ad avere lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6.1), è non solo la prima dichiarazione dei diritti a livello comunitario, ma anche il primo documento nel diritto sovranazionale, ad affermare - non senza diversi tentativi in direzione contraria - i diritti sociali e societali²⁸ (come sono definiti dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Nizza del dicembre 2000) insieme a quelli civili e politici²⁹, precedentemente sempre proclamati in fonti diverse.

La Carta ha scelto, del resto, di suddividere i diritti in base a "categorie di valori", abbandonando le tradizionali distinzioni (come all'epoca della stesura della Carta, evidenziarono i componenti della Convenzione). Delle disposizioni contenute, inizialmente come è noto, sono stati destinatari le istituzioni e gli organi dell'Unione, come pure gli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione (art. 53)³⁰. La maggior parte dei diritti sociali

²⁶ L'Italia per esempio lo ha fatto il 15 settembre 1978, con la legge del 25 ottobre 1977, n. 881. Cfr. A. Cassese, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma-Bari, 1999, 65. Id., *I diritti umani oggi*, Roma-Bari, 2005, 75 ss.

²⁷ Un testo modificato della Carta è stato proclamato dalle stesse istituzioni, e cioè dal Consiglio e dalla Commissione, il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, la cd. Carta di Strasburgo (in G.U.C.E. n. C 303 del 14 dicembre 2007).

²⁸ Come ricorda B. Bercusson, *Social and Labour Rights under the EU Constitution*, in (edited by G. de Búrca e B. De Witte), *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005.

²⁹ A dir il vero è la Carta africana dei diritti dell'uomo e dei popoli del 1986 il primo documento sovranazionale a proclamare sullo stesso piano i diritti sociali, civili e politici. E' tuttavia auto evidente la centralità della Carta Ue. Sia permesso rinviare a D. Tega, [La Corte africana dei diritti dell'uomo e dei popoli ha finalmente visto la luce. Un nuovo tassello nel sistema universale di protezione dei diritti](#), in [Forum di Quaderni Costituzionali](#).

³⁰ L'elaborazione della Carta è stata fortemente promossa dalla presidenza tedesca dell'Unione durante il primo semestre del 1999: nel programma della presidenza si sottolineava infatti che "i processi decisionali comunitari devono essere significativi per i cittadini dell'Unione, che le politiche comunitarie, così come quelle dei singoli paesi membri, devono rispettare i diritti dei popoli e che per tali motivazioni la Germania supporta fortemente il progetto di una Carta dei diritti da inserire negli stessi trattati istitutivi". Il ministro degli esteri tedesco, Joschka Fischer, davanti al Parlamento europeo il 12 gennaio 1999, affermava che la

che la Carta riconosce sono ricognitivi di quelli già individuati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, nelle fonti del diritto derivato comunitario, nonché dalla Carta sociale europea e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali³¹. Nonostante le evidenti limitazioni contenute negli articoli di chiusura, non c'è dubbio però che tale proclamazione abbia reso maggiormente visibili, in particolare, i diritti sociali, benché, come è stato sostenuto, la loro *traiettoria* rimanga a sé stante in seno all'Unione³².

La Carta dei diritti rappresenta dunque, nonostante gli evidenti limiti, ciò che di *nuovo dei diritti* c'è nell'ambito dell'Unione, inserendosi in quella tendenza assai nota all'internazionalizzazione e alla specificazione dei diritti³³. Non è questa la sede per ripetere le molte considerazioni che sono state fatte sulla genesi, le fonti e l'impatto della Carta³⁴, tuttavia è importante richiamare le motivazioni e le intenzioni che ne sono alla base e, in particolare, quelle che hanno coinvolto i diritti sociali. Innanzitutto la Carta si presenta, nelle intenzioni dei suoi promotori, come un indispensabile presupposto per la legittimazione dell'Unione, al fine di sancire – si disse al Consiglio europeo di Colonia – in modo visibile l'importanza capitale e la portata dei diritti fondamentali per i cittadini dell'Unione. Lo stesso Preambolo della Carta antepone, molto significativamente se solo si pensa al Trattato istitutivo della Comunità economica del 1957, i valori della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà alla libera circolazione delle persone, dei servizi, delle merci e dei capitali, nonché alla libertà di stabilimento. La persona – continua il Preambolo – è posta dall'Unione al centro della sua azione.

futura Carta avrebbe rappresentato un fattore di consolidamento della legittimazione e dell'identità dell'Unione europea.

³¹ Come affermano le spiegazioni relative ai singoli diritti enunciati. Anche alcune Direttive, sempre secondo le Spiegazioni (in particolare agli artt. 27, 30, 33) sono state fonti dei diritti sociali riconosciuti nella Carta, ottenendo come effetto un intreccio tra diritto originario e derivato.

³² Così B. De Witte, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, in (edited by G. De Búrca and B. De Witte) *Social Rights in Europe*, Oxford, 2005, 153 ss.

³³ Basti ricordare di nuovo per tutti N. Bobbio, *op. cit.*

³⁴ Tra i numerosissimi contributi sul tema, si veda per una riflessione sul contenuto, gli scopi, il valore della Carta A. Barbera, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2001; Id., *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in *Le libertà e i diritti nella prospettiva europea, Atti della giornata di studio in memoria di Paolo Barile*, Padova, 2002, 107 ss.; A. Spadaro, *Verso la Costituzione europea: il problema delle garanzie giurisdizionali dei diritti*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, 2003, 128 ss. Sia anche permesso rinviare a D. Tega, *La Carta europea dei diritti nella giurisprudenza della Corte costituzionale italiana*, in L. Califano (a cura di), *Corte costituzionale e diritti fondamentali*, Torino, 2004.

Tra i numerosi e significativi compiti riconosciuti in capo alla Carta, vanno almeno richiamati per quanto riguarda il tema di cui si scrive: la maggiore visibilità dei diritti stessi (così come previsto nel mandato di Colonia e nel Preambolo della Carta); il rafforzamento della tutela dei diritti sociali ed economici, derivante dalla previsione dell'indivisibilità dai diritti civili e politici; la presentazione ai Paesi in procinto di diventare membri, e non solo, di una piattaforma comune di valori, principi e diritti di riferimento; il potenziamento della tutela del cittadino comunitario nei confronti dell'azione delle istituzioni e delle burocrazie comunitarie (è previsto sin dalla proclamazione della Carta, in base ad una Comunicazione diretta ai Servizi della Commissione, che ogni procedura debba essere formulata in modo da rispettarne il dettato); il ravvicinamento tra il diritto comunitario e i diritti nazionali attraverso il riferimento, ormai sempre più comune, delle Corti costituzionali nazionali ai documenti internazionali in chiave interpretativa dei diritti interni (in Italia ciò è reso possibile in base al dettato dell'art. 2 Cost.); l'evoluzione del sistema di protezione dei diritti fondamentali da sempre monitorato con forte attenzione da parte delle Corti nazionali, soprattutto tedesca e italiana.

I diritti sociali e societali maggiormente significativi affermati al Titolo IV, intitolato Solidarietà, sono³⁵: il diritto dei lavoratori all'informazione alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27); il diritto di negoziazione e di azioni collettive sia per i lavoratori che per i datori di lavoro (art. 28); la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30); il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (31), il divieto di lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32); la garanzia della protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale, la tutela contro il licenziamento per motivo di maternità e il diritto al congedo retribuito di maternità e parentale (art. 33); il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale, ai servizi sociali e all'assistenza abitativa (art. 34); la protezione della salute (art. 35); l'accesso ai servizi d'interesse economico generale (art. 36); la tutela dell'ambiente (art. 37); la protezione dei consumatori (art. 38).

Vanno ricordati inoltre i diritti, rubricati al Titolo III, intitolato Uguaglianza: del minore (art. 24); degli anziani (art. 25); il diritto all'inserimento delle persone con disabilità (art.

³⁵ Nella Decisione del Consiglio europeo relativa all'elaborazione della Carta si afferma che, nell'elaborazione di tale documento, occorrerà inoltre prendere in considerazione diritti economici e sociali quali sono enunciati dalla Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (136 TCE), nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione.

26), nonché - sotto al Titolo II, Libertà³⁶ - quelli all'educazione (art. 14), alla libertà professionale e al diritto di lavorare (art. 15). Nel ricco elenco, appena ricordato, ci sono anche significative omissioni (legate a forti implicazioni economiche), basti pensare al diritto ad una equa retribuzione e a quello all'abitazione che, invece, sono proclamati, come si vedrà, nella Carta sociale³⁷. I destinatari di tali diritti non sono solo i "lavoratori", ma anche "ogni persona", estendendo significativamente in tal modo la titolarità di tali diritti anche ai cittadini non comunitari, pur senza alterare in ogni caso i parametri del diritto comunitario.

Le critiche alla Carta sono state numerose, tanto riguardo al contenuto quanto alle tecniche di redazione. Parte della dottrina costituzionalistica italiana³⁸, per esempio, ha stigmatizzato i capi relativi a Libertà e Uguaglianza (ora Titoli II e III) perché complessivamente il contenuto assicurato risulta - se posto a confronto con gli articoli corrispondenti della Costituzione italiana - poco garantista, debole ed inefficace, una sorta di "passo indietro" nella tutela delle situazioni soggettive. Molte perplessità si sono appuntate sull'insufficienza e sulla arretratezza dell'art. 15 in tema di diritto di lavorare che la Carta pone sullo stesso piano della libertà professionale (la Costituzione italiana afferma, al contrario, un diritto al lavoro, espressione non solo più garantista, ma capace di dare alla stessa Costituzione una cifra culturale molto forte), sulla pochezza dell'art. 20 in materia di eguaglianza, sulla laconica affermazione della libertà personale (art. 6). Ha suscitato scetticismo anche la tecnica normativa dei singoli articoli, poiché, si è detto, il non aver previsto, contestualmente all'affermazione delle singole libertà, anche le restrizioni applicabili dal legislatore, dimostrerebbe la debolezza intrinseca delle previsioni stesse. Si è

³⁶ Per un commento ai singoli articoli della Carta si veda *L'Europa dei diritti*, R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), Bologna, 2001. In particolare sui diritti sociali enumerati nella Carta si rimanda, fra i molti contributi, a *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A legal perspective*, T. Hervey, J. Kenner (edited by), Oxford-Portland Oregon, 2003.

³⁷ Si veda anche O. De Schutter, *La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in J. – Y. Carlier and O. De Schutter (edited by), *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, 2002, 117, 144-146.

³⁸ Cfr. U. De Siervo, *I diritti fondamentali europei ed i diritti costituzionali italiani (A proposito della Carta dei diritti fondamentali)* in *Rivista di diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 153 ss.; A. Pace, *Metodi interpretativi e costituzionalismo, Quaderni costituzionali*, 2001, 35 ss. G. Azzariti, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione, Politica del diritto*, 2003, in particolare 331 ss.; Id., *Uguaglianza e solidarietà nella Carta dei diritti di Nizza*, in M. Siclari (a cura di), *Contributi allo studio della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Torino, 2003; Id., *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, <http://www.europeanrights.eu> 2011.

poi sottolineato che la Carta contiene una lista molto selettiva e incompleta di diritti sociali che distingue tra diritti giustiziabili e vaghi principi, lasciando al legislatore, nazionale o comunitario che sia, la definizione in concreto di situazione soggettive che eleva a diritti³⁹.

Per quanto concerne l'attuale valore della Carta nel sistema delle fonti del diritto comunitario lo scatto in avanti è stato fatto dall'art. 6 del TUE che sancisce il riconoscimento da parte dell'Unione dei diritti, delle libertà e dei principi sanciti nella Carta che, nella versione di Strasburgo del 2007, viene ad acquisire il medesimo valore giuridico dei Trattati. Lo stesso articolo, come è noto, prevede anche l'adesione della Ue alla Cedu (non prevedendo, al contrario, l'adesione anche alla Carta sociale europea).

Venendo alle disposizioni finali che disciplinano l'interpretazione e l'applicazione della Carta in particolare l'art. 51 prevede, da un lato, che la Carta si applica alle istituzioni, organi e organismi comunitari nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione e afferma, dall'altro, che non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle sue competenze, né che ne introduce di nuove né che modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati. Ciò significa, per esempio, che la Carta non si applica nei rapporti tra cittadini e Stato al di fuori dell'attuazione del diritto comunitario. Tale articolo introduce poi una significativa e ambigua⁴⁰ distinzione tra diritti e principi quando afferma che: «Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati». Tale distinzione, alla luce di quanto si è sostenuto in tema di tecniche definitorie classiche dei diritti sociali, potrebbe anche costituire un elemento di forte ridimensionamento della scelta di proclamare le tre tipologie dei diritti insieme.

L'art. 52, a sua volta accuratamente rivisto nel testo della Carta proclamato nel 2007, nello specificare la portata e l'interpretazione dei diritti enunciati, precisa che tali diritti riconosciuti dalla Carta che trovano fondamento nei Trattati comunitari o nel Trattato sull'Unione europea si esercitano alle condizioni e nei limiti definiti dagli stessi. Laddove la Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), il significato e la

³⁹ Cfr. P. Bianchi, *I diritti sociali dopo Lisbona: prime risposte dalla Corte di giustizia*, in M. Campedelli, P. Carrozza, L. Pepino (a cura di), *Diritto di Welfare. Manuale di cittadinanza e istituzioni sociali*, 2010, 126.

⁴⁰ Così G. Azzariti, *Il futuro dei diritti fondamentali nell'era della globalizzazione*, op. cit., 333.

portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla Convenzione. Tale disposizione non preclude, in ogni caso, che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Ma non solo, quando la Carta riconosce diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti devono essere interpretati in armonia con dette tradizioni.

Lo stesso articolo inoltre limita il raggio d'azione delle disposizioni che contengono principi, stabilendo che possano essere applicate in giudizio solo ai fini dell'interpretazione e del controllo della legalità degli atti legislativi o esecutivi che le applicano (tali principi cioè non obbligano alla loro attuazione, potendo essere posti in essere da atti legislativi e esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti degli Stati membri, nel dare attuazione al diritto dell'Unione). C'è da dire che in base alle spiegazioni relative ai diritti contenuti nella Carta (di cui l'art. 52 dice che i giudici *tengono conto*) paiono essere considerati principi gli artt. 26, 34, 35, 37 e 38. Tale distinzione del resto risale - come è stato ricordato - agli inizi della riflessione dottrinale e istituzionale sull'inserimento dei diritti sociali nei Trattati⁴¹.

Tali disposizioni mirano certamente a ribadire che la Carta, come si è detto, non aumenta le competenze dell'Unione; ma, altrettanto sicuramente, offrono (e non è cosa di poco conto) come è stato notato, ulteriori "ragioni" alla base delle competenze che l'Unione ha già. La Carta può cioè costituire la base per nuove richieste di azioni o di legislazione dell'Unione in materie nelle quali le disposizioni dei Trattati ne riconoscono la competenza.

Come è stato evidenziato l'art. 51 impone l'obbligo agli Stati e all'Unione di promuovere l'applicazione dei diritti contenuti nella Carta⁴². Che tale previsione in base alla quale la Carta si applica ai Paesi membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, nella sua accezione più restrittiva, è d'altronde smentita da una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia che richiama al rispetto dei diritti fondamentali l'azione degli Stati, non solo quando applicano il diritto comunitario, ma anche quando vi derogano (si pensi alle decisioni Wachauf del 1989 ed Elleniki del 1991)⁴³.

⁴¹ Si veda S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT – 16/2003. Si tratterebbe dei diritti all'inserimento delle persone con disabilità ai servizi sociali e all'assistenza abitativa; della protezione della salute; della tutela dell'ambiente; della protezione dei consumatori.

⁴² M. Cartabia, *Articolo 51*, in *L'Europa dei diritti*, op. cit., 344 ss.

⁴³ M. Poiars Maduro, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Economic and Social Rights*, op. cit., 291.

L'efficacia dei diritti sociali, e non solo, enunciati nella Carta, dipenderà in ultima analisi dalla interpretazione che la Corte di giustizia darà delle disposizioni che ne disciplinano l'interpretazione e l'applicazione⁴⁴. È significativo, del resto, che la prima volta in cui la Carta è stata richiamata nelle conclusioni di un Avvocato generale è stata in merito ad un diritto sociale, ovvero a quello delle ferie pagate⁴⁵. Così è da accogliere favorevolmente, ad esempio, la decisione del 1 marzo 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats ASBL c. Consiglio dei ministri* (C-236/09), con la quale la Corte di giustizia ha, per la prima volta, annullato parzialmente una direttiva sulla parità uomo – donna, per lesione ingiustificata del principio della parità tra i sessi, *ex artt. 21 e 23 della Carta dei diritti*⁴⁶.

2.2 LA CARTA SOCIALE COMUNITARIA E LA CONVENZIONE EUROPEA PER LA SALVAGUARDIA DEI DIRITTI DELL'UOMO E DELLE LIBERTÀ FONDAMENTALI

Ben prima della proclamazione della Carta di Nizza, il Consiglio d'Europa, come è ben noto, ribadiva la distinzione tra diritti civili e sociali proclamando, da un lato, la Convenzione dei diritti dell'uomo che enuncia solo due diritti sociali: la libertà di associazione sindacale, affermata esplicitamente dall'art. 11, e il diritto all'educazione, previsto dall'art. 2 del Protocollo n. 1; e, dall'altro, la Carta sociale europea, firmata a Torino nel 1961, poi riveduta nel 1996 ed entrata in vigore, nel testo modificato, nel 1999⁴⁷.

⁴⁴ Del resto va ricordato che, attraverso il principio di interpretazione conforme del diritto comunitario, anche quando la Carta era stata appena proclamata ed era ancora lontana dall'aver valore giuridico, gli stessi giudici nazionali vi hanno fatto riferimento (come del resto ha fatto, a partire dal 2002, anche la Corte costituzionale italiana⁴⁴). Anzi il Tribunale costituzionale spagnolo, il 30 novembre 2000, in una sentenza (n. 292/2000) che dichiarava l'illegittimità costituzionale di alcuni articoli della legge 15/99 in materia di *privacy*, utilizza, tra i *fundamentos jurídicos* alla base della sua decisione, proprio la Carta, si badi bene all'epoca nemmeno proclamata.

⁴⁵ Avv. Tizzano, C- 173/99.

⁴⁶ Ancora la Corte in una decisione del 21 novembre 2011, *Scarlet Extended SA*, (C-70/2010), ha escluso - in nome del diritto alla *privacy* e della libertà di informazione - che esista in capo ad un fornitore di accesso a Internet un obbligo di prevedere il filtraggio delle comunicazioni che transitano per i suoi servizi, mediante per esempio i cd. programmi peer to peer. La Corte stabilisce che le direttive coinvolte vanno lette in combinato disposto e interpretate tenendo presenti le condizioni derivanti dalla tutela dei diritti fondamentali applicabili (§ 54). Simile attitudine viene mostrata in *Asociación nacional de establecimientos financieros de crédito* del 24 novembre 2011 (C-468/10 e C-469/10), come ricorda G. Bronzini, *op. cit.* Sull'utilizzo "incoerente" della Carta si veda P. Bianchi, *I diritti sociali dopo Lisbona*, *op. cit.*, 129 ss.

⁴⁷ È un trattato internazionale che riunisce in un solo strumento tutti i diritti garantiti dalla Carta del 1961 e dai Protocolli addizionali del 1988 e del 1995. Dei quarantasette paesi del Consiglio d'Europa solo Svizzera e Liechtenstein non l'hanno firmata nel testo rivisto, mentre quindici firmatari non l'hanno ancora ratificata, si veda lo stato delle ratifiche al sito <http://conventions.coe.int> (aggiornato al 4 aprile 2012). Cfr. sulle garanzie apprestate dal Consiglio d'Europa S. Hennion, M. Le Barbier-Le Bris, M. Del Sol, *Droit social européen et international*, Paris, 2010, 21 ss.

L'esistenza di questa distinzione fa sì che, almeno in teoria, i diritti sociali nell'ambito del Consiglio d'Europa non siano implementati dalla Corte dei diritti di Strasburgo, ma dal Comitato europeo per i diritti sociali, riformato del 1998⁴⁸.

Per quanto concerne il cd. sistema Cedu va ricordato che almeno in un paio di occasioni, nel 1987 e nel 1999, il Consiglio d'Europa ha caldeggiato l'ipotesi di adozione di un Protocollo sui diritti sociali⁴⁹. In ogni caso, anche in assenza di un'articolata proclamazione dei diritti sociali, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo è stata in grado di ricavare la protezione dei diritti sociali, attraverso un'interpretazione estensiva della Cedu, dai limiti al diritto di proprietà (art. 2 del Protocollo n. 1); dal rispetto della vita privata e familiare (sancito dall'art. 8, vera e propria "porta di ingresso" dei diritti non scritti in Convenzione); dal divieto di discriminazione, affermato non solo dall'art. 14 Cedu, ma ora anche dal Protocollo 12⁵⁰ (entrato in vigore nel 2005 per gli Stati che lo hanno ratificato)⁵¹. Con particolare riguardo al Protocollo 12, e al *potenziale sociale* del divieto di discriminazione, anche per la Corte di Strasburgo potrebbe valere una constatazione simile a quella che, si vedrà in seguito, vale per l'ordinamento comunitario. In particolare per quanto concerne la Cedu infatti si può immaginare che, negli anni futuri, sia proprio questo il grimaldello in grado di potenziare il ruolo della Corte nella tutela dei diritti sociali. Non va dimenticato infatti che il Protocollo 12, nel garantire che il godimento di ciascun diritto previsto dalla *legge* deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, fa entrare nel campo di

⁴⁸ Cfr. C. Panzera, *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, intervento al convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. I diritti al lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria, 5 novembre 2011; G. Guglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in *Forum di Quaderni costituzionali*. Il meccanismo di controllo della Carta si basa su un sistema di reclami collettivi e di rapporti annuali che gli Stati membri sottopongono ad un Comitato di quindici esperti indipendenti, eletto dal Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa. Peraltro entrambi gli Autori citati si domandano se non sia possibile, in base all'art. 117, comma 1, della Costituzione, un avvicinamento della Carta sociale alla Cedu, al fine chiaramente di rafforzare il valore della Carta. Va ricordato che l'art. 52 della Carta non menziona in alcun modo l'attività del Comitato.

⁴⁹ In senso problematico si veda F. Sudre, *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de «juisprudence fiction»?*, *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 55/2003, 755 ss.

⁵⁰ Nella decisione *Airey c. Irlanda* del 1979, la Corte espressamente afferma che: «The Court therefore considers, like the Commission, that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should not be a decisive factor against such an interpretation; there is no water-tight division separating that sphere from the field covered by the Convention» (§ 26). Si veda per esempio *Stec c. Regno Unito* del 12 aprile 2006. Cfr. S. Sonelli, *La tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento inglese: lo Human Rights Act 1998 e oltre*, Torino, 2010, 174 ss.; G. Cinelli, *I "diritti sociali" nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, reperibile al sito <http://www.europeanrights.eu>.

⁵¹ Il Protocollo è entrato in vigore solo in diciotto Stati, tra cui non figura l'Italia.

attrazione della Cedu, e di conseguenza dei giudici di Strasburgo, tutti i diritti (e dunque anche quelli sociali) riconosciuti alla persona dal diritto nazionale, dalla Carta sociale europea (per i Paesi che l'hanno ratificata), dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Recentemente la *pervasiva* giurisprudenza della Corte di Strasburgo è arrivata a riconoscere il diritto alla contrattazione collettiva, tramite il riferimento al diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi previsto dall'art. 11 Cedu⁵². In questa sentenza la Corte utilizza non solo un'interpretazione particolarmente evolutiva, ma anche il riferimento alla Carta sociale europea, nella versione riveduta, ma non ratificata dalla Turchia (cioè lo Stato condannato!). La Corte ha poi riconosciuto il diritto di sciopero come uno dei più importanti diritti sindacali nei casi *Satilmis e altri c. Turchia* del 17 luglio 2007⁵³, e *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia* del 21 aprile 2009.

In queste decisioni la Corte articola il suo ragionamento facendo pendere il giudizio di proporzionalità tra libertà economica e diritti sociali a favore di questi ultimi. Non si tratta certamente di un filone giurisprudenziale cospicuo eppure non va sottovalutato per diversi motivi. Il più significativo è collegato al dettato dell'art. 53 della Carta che sposta l'asticella a favore del livello di protezione assicurato dalla Cedu o dalle costituzioni nazionali in tutti i casi in cui la Carta dei diritti assicura un livello di tutela inferiore⁵⁴.

In conclusione alla Carta sociale⁵⁵ - che pur non è diritto comunitario e non è compresa, come si è detto, nella procedura di adesione della Ue alla Cedu - si richiama il Preambolo

⁵² Caso *Demir e Baykara c. Turchia* del 12 novembre 2008.

⁵³ Al § 64 della decisione si legge: «En ce qui concerne le droit de grève, la Cour rappelle que si l'article 11 ne le consacre pas expressément, son octroi représente sans nul doute l'un des plus importants des droits syndicaux, mais il y en a d'autres. De surcroît, les États contractants ont le choix des moyens à employer pour garantir la liberté syndicale (*Schmidt et Dahlström*, §§34-36; *UNISON c. Royaume-Uni*)».

⁵⁴ Si rimanda più in generale sul tema all'intervento di A. Guazzarotti in questo stesso volume.

⁵⁵ Cfr. R. Brillat, *La protezione dei diritti dell'uomo e a Carta sociale europea. Da Roma '90 a Roma 2000: dieci anni di cambiamenti per la Carta*, in B. Nascimbene (a cura di) *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Profili ed effetti nell'ordinamento italiano*, Milano, 2002, 187 ss. Tra i diritti previsti nella Carta - attraverso l'utilizzo di disposizioni formulate come principi generali, più che come precetti immediatamente applicabili - si ritrovano tra gli altri il diritto: al lavoro; ad eque condizioni di lavoro; alla sicurezza e all'igiene sul lavoro; ad un'equa retribuzione; i diritti sindacali; alla negoziazione collettiva; delle lavoratrici madri ad una tutela; alla protezione della salute; alla sicurezza sociale; all'assistenza sociale e medica; ad usufruire di servizi sociali; delle persone portatrici di handicap all'autonomia, all'integrazione sociale ed alla partecipazione alla vita della comunità; della famiglia ad una tutela sociale giuridica ed economica; dei lavoratori migranti e delle loro famiglie alla protezione ed all'assistenza; alla parità di opportunità e di trattamento in materia di lavoro e di professione senza discriminazioni basate sul sesso;

dell'Atto unico europeo del 1986, così come nel Trattato CE⁵⁶. Si può in ogni caso affermare che essa ha segnato l'inizio di una stagione di adozione di direttive sulle politiche sociali e che ha influenzato il Protocollo sulla politica sociale, annesso al Trattato di Maastricht, poi integrato nel Trattato di Amsterdam del 1997 nel Titolo relativo alla politica sociale, come prova il richiamo esplicito effettuato dall'art. 151 versione consolidata (*ex art.* 136 del Trattato CE).

3. SMITH ABROAD, KEYNES AT HOME: STILL POSSIBLE AND MOREOVER STILL DESIRABLE? DA ROMA A LISBONA: CHE COSA È CAMBIATO

L'emersione e il riconoscimento dei diritti sociali a livello comunitario si caratterizza, innanzitutto, per una *sfasatura temporale* rispetto all'affermarsi nel secondo dopoguerra degli Stati sociali europei e, in particolare per quanto concerne l'Italia, del periodo delle conquiste delle tutele dei lavoratori che, come è noto, trovano il loro apice nella proclamazione nello Statuto dei lavoratori⁵⁷. La costruzione, da un lato, dello stato sociale e, dall'altro, del mercato comune europeo è proceduta in maniera in qualche modo parallela, ma distinta, icasticamente descritta con l'espressione «*Smith abroad, Keynes at home*»⁵⁸. Al cuore dunque dell'integrazione europea ci sono le disposizioni sulle libertà di circolazione e di stabilimento, chiave di volta dell'accesso ai mercati nazionali, mentre i diritti sociali occupano una posizione subalterna (anche solo l'ordine nel quale si susseguono gli articoli

all'informazione ed alla consultazione e a partecipare alla determinazione ed al miglioramento delle condizioni di lavoro e dell'ambiente di lavoro; ad una tutela in caso di licenziamento; alla protezione dei loro crediti in caso d'insolvenza del loro datore di lavoro; alla dignità sul lavoro; all'informazione ed alla consultazione nelle procedure di licenziamenti collettivi; alla protezione contro la povertà e l'emarginazione sociale; all'abitazione; alla protezione contro la povertà e l'esclusione sociale; alla protezione contro le molestie sessuali ed alle altre forme di molestie; diritti dei lavoratori aventi delle responsabilità familiari all'uguaglianza di opportunità e di trattamento.

⁵⁶ La Corte l'ha utilizzata poco, si ricorda nella decisione Regno Unito c. Consiglio del 1996, C-84/94.

⁵⁷ 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", Perugia, 25-26 marzo 2011, Facoltà di giurisprudenza. Id., *Diritti e solidarietà in Europa. I modelli sociali nazionali nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2012, in part. 31 e ss. Più in generale si veda A. Cantaro, *Il secolo lungo: lavoro e diritti sociali nella storia europea*, Roma, 2006.

⁵⁸ C. Pinelli, *I rapporti economici-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. Pinelli, T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Bologna, 2010, 26 ss. che ricorda anche questa efficace sintesi di R. Gilpin. Nonché P. Ridola, *Diritti di libertà e mercato nella «costituzione europea»*, in *Quaderni costituzionali*, 2010, 15 ss.; L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti dal cittadino italiano al cittadino europeo*, Torino, 1999, 49 ss.

del Trattato consolidato⁵⁹ lo dimostra: l'art. 6 richiama i diritti civili e politici contenuti nella Cedu, l'art. 151 quelli sociali). I Trattati istitutivi della Cee e della Ceca tendevano dunque a favorire l'obiettivo dell'integrazione economica, occupandosi di politiche sociali esclusivamente in funzione di tale integrazione, lasciando per il resto agli Stati membri l'ideazione e il potenziamento di tali politiche⁶⁰. Tale divisione dei compiti non venne dettata dalla convinzione *naïf* che il modello sociale si potesse tenere diviso da quello mercantile, ma dalla precisa volontà di lasciare ad appannaggio degli Stati l'autonomia nelle politiche di *welfare*⁶¹. Del resto una delle cifre storiche che ha caratterizzato il processo di integrazione europea è stata l'indifferenza e, per alcuni, l'incompatibilità fra i principi ispiratori di alcune Costituzioni nazionali più attente al riconoscimento dei diritti sociali e del principio di eguaglianza cd. sostanziale, da un lato, e la riconduzione, dall'altro, dell'ordine giuridico europeo al modello del cd. *homo oeconomicus*.

In secondo luogo un'altra importante caratteristica della costruzione europea è stata la scelta di avanzamenti lenti e costanti sulla strada dell'integrazione, anche se, in qualche caso, contraddittori e opachi⁶². Le politiche sociali comunitarie - che si è già detto son cosa diversa dai diritti sociali⁶³ - hanno risentito naturalmente dell'essere frutto delle maggioranze di volta in volta costitutesi nel Consiglio e di una commistione fra culture giuridiche molto diverse, radicate in tradizioni costituzionali e sindacali differenti⁶⁴. Presto ci si è resi conto, oltre che del cd. deficit democratico⁶⁵, anche dell'assenza di una coerente

⁵⁹ Come è noto il Trattato di Lisbona modifica sia il Trattato sull'Unione europea (TUE) che il Trattato che istituisce la Comunità europea (TCE): in particolare l'art. 1 modifica il TUE e l'art. 2 il TCE che acquista anche un nome nuovo, cioè Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE). L'Unione, che si sostituisce e succede alla Comunità europea, si fonda ora su due trattati, il TUE e il TFUE (art. 1 TUE). L'Euratom rimane in vigore, con alcune modifiche. Una versione consolidata del TUE e del TFUE è stata pubblicata nella G.U.C.E. n. C del 9 maggio 2008. Nello scritto ci si riferisce alla versione consolidata del Trattato sull'Unione europea (TUE) e del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE), oggi in vigore in seguito alla modifica di Lisbona.

⁶⁰ Per quanto concerne l'esperienza italiana si rimanda alla relazione di G. Razzano.

⁶¹ S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, op. cit., 40-41; M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in *I diritti in azione*, op. cit., 14-15.

⁶² Cfr. P. Costanzo, [Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea](#), relazione alle *Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia)*, *Belém do Pará (Brasil)*, 25-26 de agosto-Verano 2008, consultabile nella *Rivista telematica [Consulta Online](#)*.

⁶³ Cfr. P. Bianchi, *I diritti sociali dopo Lisbona: prime risposte dalla Corte di giustizia*, op. cit., 125.

⁶⁴ Così S. Sciarra, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Ruffert, Lussemburgo*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Roma, 2009, 24.

⁶⁵ Si veda in merito S. Ninatti, *Giudicare la democrazia. Processo politico e ideale democratico nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea*, Milano, 2004.

strategia in merito alla protezione dei diritti (del resto si tratta di due ambiti strettamente legati alla sovranità statale).

Pur senza ripercorrere le tappe che hanno portato alla creazione dell'Unione europea, già tante volte ricordate dalla dottrina⁶⁶, il dato da cui vale la pena ripartire è l'iniziale disinteresse per i temi legati alla promozione della democrazia e dei diritti umani che sono stati, al contrario da sempre, appannaggio del Consiglio d'Europa.

Lo stesso nome Comunità economica europea che i sei Paesi fondatori scelsero era, del resto, indicativo dello scopo che si voleva perseguire e che si vuole ancora oggi, nonostante il cambio di nome, difendere. Mentre le libertà economiche vengono scolpite nei Trattati sin dall'inizio, costituendo un numero chiuso, i diritti, in particolare quelli sociali, trascurati dal diritto originario sono qualcosa di molto diverso: e cioè soprattutto il portato della giurisprudenza della Corte di giustizia, e oggi, della Carta di Nizza, oltre che elementi costitutivi delle tradizioni costituzionali comuni.

Il Trattato di Roma del 1957 proclamava all'art. 3 le quattro libertà (definite poi fondamentali dalla Corte di giustizia) di circolazione di merci, persone, servizi, capitali, insieme alla sicurezza sociale dei lavoratori e al principio della parità di retribuzione tra uomo e donna, oggi art. 157.1 TFUE (disposizione voluta all'epoca con forza dalla Francia per evitare che le proprie imprese subissero la concorrenza di paesi dove il differenziale retributivo era molto evidente), secondo una logica interamente propedeutica al mercato comune e all'eliminazione degli eventuali ostacoli (come dimostrano anche gli artt. 115 e 151 del TFUE).

Eppure dopo la crisi economica che diversi Paesi membri negli anni '70 del secolo scorso dovettero affrontare, senza trovare nella Comunità un'organizzazione capace di giocare un ruolo di aiuto e supporto, emerse la necessità di potenziare le competenze in materia sociale del Trattato. Si può cioè forse constatare che ogni volta in cui i Trattati istitutivi sono stati modificati la parte dedicata alle politiche sociali o alle competenze della Comunità in queste materie ha acquistato uno spessore crescente.

Un ulteriore momento legato alla lenta e faticosa emersione dei diritti sociali nel diritto comunitario originario è rappresentato da due passaggi in particolare. In primo luogo dalla proclamazione del Preambolo dell'Atto unico europeo del 1986 che contiene un timido

⁶⁶ I contributi sono innumerevoli, tra gli altri si veda, L. Azzena, *L'integrazione attraverso i diritti*, Torino, 1998; P. Costanzo, *op. cit.*

richiamo alla Carta sociale europea, alla giustizia sociale, al rafforzamento della coesione economica e sociale, e che introduce l'attuale art. 153 TFUE che prevede la maggioranza qualificata per l'adozione di direttive in materia sicurezza, salute dei lavoratori e tutela dell'ambiente di lavoro. In secondo luogo dal varo del Trattato di Amsterdam del 1997 (in particolare agli articoli 136 al 145 TUE) che supera le resistenze del Regno Unito in merito all'espansione delle politiche sociali, già manifestate in occasione della proclamazione del Trattato di Maastricht e del Protocollo sulla politica sociale (al quale appunto aderirono tutti gli Stati membri, tranne appunto il Regno Unito). In questa fase lo *status* dei diritti sociali risulta ancora appena accennato, anche se in crescita rispetto agli albori della Comunità economica europea, anche grazie al cd. metodo aperto di coordinamento (espressione che si inizia a utilizzare nei lavori della presidenza portoghese del Consiglio di Lisbona del marzo 2000)⁶⁷. In particolare l'articolo 151 TFUE, affida alla Comunità e agli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali definiti dalla Carta sociale e da quella comunitaria, l'implementazione - in nome della competitività dell'economia e del funzionamento del mercato comune - della promozione dell'occupazione e il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro in modo da consentire all'Unione e agli Stati membri la parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione.

Lo stesso art. 6.2 TUE, nel proclamare il rispetto dei diritti fondamentali, intesi come principi generali, precisa che le fonti di questi diritti sono rappresentate dalla Cedu e dalle tradizioni costituzionali comuni ed evidenzia la posizione diversa riconosciuta ai diritti sociali, seppure in nuce, dall'art. 136⁶⁸. Tra le critiche di parte della dottrina⁶⁹, il Trattato di Amsterdam, così come modifica l'art. 6.2, richiamando espressamente la Cedu (e non la

⁶⁷ Si vedano le riflessioni critiche di M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in Associazione italiana dei costituzionalisti Annuario 2009, *La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno annuale*, Perugia 7-8-9 ottobre 1999, Padova, 2000, 507 ss. Così anche S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale*, op. cit. Cfr. M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, 2006. Si entra in questo caso nelle cd. fonti di *soft law* (le parole d'ordine in questo ambito sono derogabilità, opzionalità, contrattazione collettiva, prassi nazionali) che hanno lo scopo di innescare processi di convergenza nazionale.

⁶⁸ Come evidenzia R. O'Gorman, *The ECHR, the EU and the Weakness of Social Rights Protection at the European Level*, in *German Law Journal*, 2011, 1835 ss.

⁶⁹ Si veda per tutti S. Sciarra, *From Strasbourg to Amsterdam: Prospects for the Convergence of European Social Rights Policy*, in P. Alston, M. Bustelo, J. Heenan (edited by), *The EU and Human Rights*, 1999.

Carta sociale europea, il cui riferimento viene spostato nel Preambolo, non vincolante), rilega in ultima analisi i diritti sociali in secondo piano. I diritti sociali dunque vanno tenuti presenti, ma non costituiscono limite assoluto o fine prioritario dell'azione della Comunità⁷⁰. La marginalità di tali diritti rispetto alle libertà economiche rimane dunque un elemento caratterizzante della Comunità per molti anni e, anche quando si riduce, la tensione tra obiettivi economici e sociali permane.

Il Trattato di Amsterdam si rivela significativo, ai fini di una riflessione sui diritti sociali, anche e soprattutto perché proclama l'eguaglianza - fino ad allora inserita tra le finalità generali della Comunità, ma non nell'art. 6 che elenca i principi su cui si fonda l'Unione - valore da perseguire, attraverso il potere conferito alle istituzioni comunitarie di adottare provvedimenti per combattere le discriminazioni basate su sesso, razza, origine etnica, religione, convinzioni personali, handicap, età, tendenze sessuali (art. 13, ora modificato nell'art. 19 TFUE). Ciò ha comportato che le discriminazioni venissero contrastate non più poiché "falsavano" il funzionamento del mercato interno, ma poiché lesive della eguale dignità delle persone⁷¹.

Più recentemente il Trattato di Lisbona⁷² con la previsione da un lato, come si è appena ricordato, del conferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione del medesimo valore dei Trattati e, dall'altro, dei nuovi obiettivi previsti dall'art. 3.3 TUE pare portare a termine la lenta affermazione dei diritti sociali. Il nuovo articolo 3.3 TUE infatti introduce per la prima volta il fine della piena occupazione, di uno sviluppo sostenibile dell'Europa, basato non solo su una crescita economica equilibrata, ma soprattutto su un'*economia sociale di mercato* fortemente competitiva. L'Unione inoltre - continua l'articolo - combatte l'esclusione sociale, le discriminazioni e promuove la *giustizia e la protezione sociale*. L'art. 3.5 TUE estende il metodo del coordinamento e, di conseguenza, anche i processi di convergenza tramite strumenti di *soft law*. Non c'è dubbio che, al di là delle ricadute pratiche di queste affermazioni in particolare in un momento di grave crisi

⁷⁰ M. V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT. - 55/2007.

⁷¹ Tra gli altri F. Ghera, *Il principio di uguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova 2003; A. D'Aloia, *Uguaglianza sostanziale e diritto diseguale. Contributo allo studio delle azioni positive nella prospettiva costituzionale*, Padova, 2002.

⁷² Si veda per una raccolta di testi e documenti B. Nascimbene, *Unione Europea Trattati*, Torino, 2010. Sui diritti in particolare si veda F. Sorrentino, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona*, in *Il Corriere giuridico*, 2/2010, 145 ss. Gli articoli che il Trattato di Lisbona dedica in particolare all'argomento sono gli articoli 45-48, 49-55, 56-62, 145-150, 151-161 nella versione consolidata del Trattato.

economica come quello che si sta vivendo, l'inserimento per la prima volta di questi termini nei Trattati concorre ad aumentare l'importanza dei diritti sociali all'interno della gerarchia dei valori sui quali si fonda l'Ue⁷³. Detto questo, va però sottolineato che l'espressione *economia sociale di mercato e fortemente competitiva* potrebbe prestarsi ad essere interpretata in un senso fortemente riduttivo della valenza dell'inserimento dei diritti sociali, nella direzione di una subordinazione delle politiche sociali statali ai meccanismi del mercato.

Credo inoltre opportuno sottolineare che anche le politiche antidiscriminatorie, perseguite dall'Unione attraverso le diverse generazioni di direttive che si sono susseguite, hanno svolto un ruolo particolarmente significativo per quanto concerne lo sviluppo della tutela dei diritti sociali: non solo, infatti, hanno colpito le pratiche di *social dumping*, cioè di distorsione del mercato del lavoro, ma hanno anche perseguito il progresso sociale (obiettivo che la Corte di giustizia, nella sentenza Defrenne del 1976, aveva già riconosciuto insito alle disposizioni sulla parità del trattamento retributivo, contenute in questo caso nel Trattato). La riprova di quanto si sostiene è fornita dagli articoli 9 e 10 del TFUE che tengono insieme lotta alle discriminazioni e all'esclusione sociale⁷⁴. In particolare occorre fare riferimento anche alle direttive che dagli anni '70 in poi del XX secolo si occupano: di parità di genere, sviluppando il potenziale di tutela sociale che aveva in sé l'art. 119 del Trattato di Roma (art. 157 TFUE), soprattutto dopo la lettura che la Corte ne diede in Defrenne (prima la direttiva 76/207/Ce, poi la 2002/73/Ce, la 2004/113/Ce, la 2006/54/Ce); nonché di sicurezza nell'ambiente di lavoro, fondate sull'art. 118 A (introdotto nel Trattato di Roma dall'Atto unico); di tutela della lavoratrice madre; di lavoro flessibile; di parità di trattamento per motivi di razza e di etnia, direttiva 2000/43/Ce (artt. 18 e 19 TFUE, ex art. 13 del Trattato di Amsterdam)⁷⁵. O ancora si pensi alla legislazione a protezione dell'eguale

⁷³ In questo senso anche R. O'Gorman, *op. cit.*, 1852. Anche il ruolo delle parti sociali sembra, del resto, valorizzato.

⁷⁴ L'art. 9 TFUE prevede che «nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione 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. Mentre l'art. 10 stabilisce che nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione mira a combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale».

⁷⁵ Su tale normativa derivata si veda G. Ricci, *op. cit.*, 13 ss. nonché C. Favilli, *Il principio di non discriminazione nell'Unione europea e l'applicazione ai cittadini di paesi terzi*, in D. Tega (a cura di), *Le discriminazioni razziali ed etniche. Profili giuridici di tutela*, Roma, 2011, 46 ss. L'articolo 18 TFUE (ex articolo 12 del TCE) stabilisce che «Nel campo di applicazione dei trattati, e senza pregiudizio delle

esercizio dei diritti sociali per i residenti extracomunitari: il preambolo della direttiva 109/2003, riguardante lo status dei nazionali extracomunitari lungo residenti, si rifà alla Carta dei diritti, garantendo eguale trattamento per i lungo residenti anche per quanto riguarda l'educazione, la protezione sociale, incluse l'assistenza sociale e le cure mediche, così la competenza dell'Unione (ex art. 63 TCE) di definire lo status legale di questi soggetti nei paesi di residenza è stato interpretato dalle istituzioni comunitarie come la richiesta di adozione di misure atte a promuovere l'esercizio dei diritti enunciati nella Carta da parte dei lungo residenti.

In conclusione si può affermare che il modello sociale europeo si caratterizza anche per la sovrapposizione di fonti normative derivate che se ne occupano. Mentre al diritto comunitario (originario e derivato) si è precipuamente e più efficacemente riconosciuto il compito di combattere le discriminazioni di *status* (discriminazioni nel trattamento retributivo, lavorativo, ecc.), in capo agli Stati membri si sono affidate le politiche redistributive⁷⁶, in qualche modo si potrebbe dire le due facce del principio di eguaglianza. Dunque la dimensione sociale dei diritti entra al centro della sfera pubblica comunitaria anche attraverso la via del cd. diritto antidiscriminatorio⁷⁷. E così, per esempio, nella sentenza Defrenne II del 1978 la Corte afferma che al principio antidiscriminatorio corrispondono diritti umani fondamentali (in qual caso della classe sottorappresentata).

4. L'ORA DEI DIRITTI SOCIALI: IL RUOLO DELLA CORTE DI GIUSTIZIA

disposizioni particolari dagli stessi previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni». L'articolo 19 TFUE (ex articolo 13 del TCE) prevede che «1. Fatte salve le altre disposizioni dei trattati e nell'ambito delle competenze da essi conferite all'Unione, il Consiglio, deliberando all'unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo, può prendere i provvedimenti opportuni per combattere le discriminazioni fondate sul sesso, la razza o l'origine etnica, la religione o le convinzioni personali, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale. 2. In deroga al paragrafo 1, il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, possono adottare i principi di base delle misure di incentivazione dell'Unione, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri, destinate ad appoggiare le azioni degli Stati membri volte a contribuire alla realizzazione degli obiettivi di cui al paragrafo 1».

⁷⁶ C. Pinelli, *op. cit.*, in C. Salvi (a cura di), 128. Sull'intreccio tra ordinamenti si vedano le riflessioni di A. D'Aloia, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel "processo" costituzionale europeo*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo: principi e diritti fondamentali*, Napoli, 2001, 853 ss.

⁷⁷ M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Milano, 2007. Sulla valorizzazione della nozione di discriminazione come chiave d'ingresso nel discorso comunitario di significati e di implicazioni anche dell'eguaglianza sostanziale cfr. A. D'Aloia, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza, op. cit.*, in particolare 853 ss.

Come è ben noto, la Corte di giustizia, nell'assenza di un catalogo scritto di diritti fondamentali comunitari, è venuta consolidando negli anni un cospicuo filone giurisprudenziale sul tema⁷⁸: a partire dalla decisione n. 29/69, *Stauder* contro la città di *Ulm*, in cui, pur in assenza di "diritto scritto", si affermò che «i diritti fondamentali della persona fanno parte dei principi generali del diritto, di cui la Corte garantisce l'osservanza [...]». Nella decisione *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970 la Corte stabilì che la salvaguardia dei diritti fondamentali doveva essere informata alle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri; nel 1974 con la sentenza *Nold* la Corte indicò tra le "fonti" a tutela dei diritti fondamentali anche i trattati internazionali ratificati dagli Stati, pur non facendo menzione della CEDU cui la Corte fece esplicito riferimento solo con la decisione *Rutili* del 1975. La protezione dei diritti a livello comunitario ha continuato a svilupparsi come dimostrano il caso *Hauer* del 1979 e numerosi altri fino ad arrivare, nella causa *Tanja Kreil*, dell'11 gennaio 2000, a sanzionare addirittura il rispetto del principio di eguaglianza in una materia, l'ammissione femminile alle forze armate federali, non comunitaria (in questo caso la Corte di Giustizia ha ritenuto che l'art. 12a, comma 4, della Costituzione federale tedesca, interpretato nel significato di proibire l'ammissione delle donne alle forze armate, risultasse appunto in aperta violazione al principio di non discriminazione garantito dalla stessa giurisprudenza comunitaria)⁷⁹; nella decisione *Schmidberger c. Austria* del 2003, la Corte afferma la preminenza della libertà di manifestazione del pensiero e di riunione sulla libera circolazione dei beni; mentre nella sentenza *KB*, del 7 gennaio 2004, la Corte sancisce il diritto alla pensione di reversibilità anche per un uomo (originariamente di sesso femminile) che non aveva ottenuto la correzione dei propri dati personali, dopo aver acquisito il nuovo sesso; nel caso *Omega*, del 14 ottobre 2004, la Corte stabilisce che il divieto di commercializzare un gioco di guerra, che simulava l'uccisione di persone, non

⁷⁸ Si veda M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione Europea*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Bologna, 2007, 13-66; M. E. Gennusa, *La Cedu e l'Unione europea*, *ibidem*, 91-144; Tale giurisprudenza è stata giudicata, a dire il vero, in modi opposti, si veda nel primo senso il notissimo saggio di J. H. H. Weiler, N. Lockart, "Taking Rights Seriously" *Seriously*, in *Common Market Law Review*, 1995, 51-94 e 579-627, nel secondo, J. Coppel A. O'Neill, *The European Court of Justice: Taking Rights Seriously*, in *Common Market Law Review*, 1992, 669 ss. Così B. De Witte, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, *op. cit.*, 157, ritiene che, a fronte dell'importanza costituzionale formale di questa giurisprudenza, la stessa abbia poca rilevanza pratica.

⁷⁹ S. Ninatti, *Le donne e il servizio di leva in Germania*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2001, 240 ss.

costituisce violazione del libero scambio di servizi, ma restrizione legittima in nome del principio del rispetto della dignità umana, così come protetta nella Costituzione tedesca.

Questa intensa attività giurisdizionale ha trovato, soprattutto in questi anni, tanto nella Carta dei diritti quanto nella giurisprudenza elaborata dalla Corte dei diritti di Strasburgo “riferimenti naturali”. La Corte di giustizia ha cioè dimostrato una spiccata tendenza a farsi giudice dei diritti, utilizzando tutti gli strumenti a disposizione: le Costituzioni nazionali, la Carta di Nizza, la Cedu e la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, richiamata esplicitamente dall’art. 53 (ora II-113). Come ha evidenziato Francisco Balaguer Callejón al Convegno annuale dei costituzionalisti italiani, dedicato al 50° anniversario della Corte costituzionale⁸⁰, la Corte di giustizia ha incarnato, nell’elaborazione di una tutela pretoria dei diritti, una sorta di potere para costituyente più che mero potere giudiziario.

Gli sviluppi giurisprudenziali per quanto concerne i diritti sociali sono strettamente collegati sia all’obiettivo del corretto funzionamento del mercato comune, sia al cd. diritto antidiscriminatorio. Per quanto concerne il buon funzionamento del mercato è ben nota la posizione a favore del riconoscimento del diritto sociale alle ferie annuali retribuite espressa dall’avvocato generale Tizzano nel già citato caso *Bectu*⁸¹, come lo sono altrettanto quelle, di segno opposto, degli avvocati Jacobs in *Albany International* del 1999 e Lenz in *Bergemann* del 1988⁸² (da ultimo si veda la decisione 3 maggio 2012, C-337/10, sull’indennità finanziaria per ferie annuali retribuite non godute per malattia). Nel febbraio del 2000 nel caso *Schröder* e in altri collegati, si autorizzò la Germania a estendere il principio della parità di retribuzione uomo donna anche ai lavoratori part-time, per la prima volta la Corte di giustizia affermò che tale principio, anche alla luce dell’ex art. 141 TCE,

⁸⁰ Paper presentato al Convegno annuale dell’Associazione italiana dei costituzionalisti, Roma 27-28 ottobre 2006, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

⁸¹ Le conclusioni dell’Avvocato generale Tizzano, poi disattese dalla decisione resa dalla Corte, sono dell’8 febbraio 2001, causa C-173/99 *Broadcasting, Entertainment, Cinematographic and Theatre Union (BECTU)* contro *Secretary of State for Trade and Industry*, (par. 26, 27 e 28). L’Avvocato generale, nel sostenere, nel caso di specie, che il diritto alle ferie annuali retribuite è un diritto sociale fondamentale, richiama una serie di documenti internazionali e comunitari che esplicitamente lo annoverano come tale, ma ritiene che la sua affermazione nella Carta (art. 31.2) sia la conferma più qualificata e definitiva della sua natura di diritto fondamentale. È significativo notare che l’Avvocato ricorda le peculiari modalità che hanno portato alla stesura e alla proclamazione della Carta, come a voler sottolineare non solo le differenze rispetto agli altri documenti internazionali, ma soprattutto una sorta di maggiore “legittimazione”.

⁸² In entrambi i casi si precisa che la Carta sociale europea contiene diritti che rappresentano più dei programmi che dei diritti tutelabili dinnanzi ad un giudice. Nel caso *Albany International* l’avvocato generale ritenne che non esistesse un diritto alla contrattazione collettiva nel diritto comunitario anche alla luce dell’interpretazione restrittiva che la Corte Edu aveva dato dell’art. 6 della Carta sociale europea e che dunque fosse inappropriato per la Corte di giustizia muoversi più velocemente della Corte Edu.

perseguiva uno scopo sociale espressione di un diritto fondamentale, piuttosto che un semplice scopo di mercato, come fino ad allora era stato inteso. La notissima decisione Bosman del 1995 sulla libera circolazione dei lavoratori, afferma indirettamente il diritto al lavoro e di sceglierlo liberamente.

Non sempre però la posizione della Corte di giustizia è andata nella direzione di un'implementazione dei diritti, come i notissimi casi Laval e Viking del 2007⁸³ hanno dimostrato in merito alla “tensione” tra diritto di sciopero e di azioni collettive e la libertà delle imprese di assicurare un servizio. Nella dottrina che se ne è occupata c'è chi le ha considerate un evidente esempio di dumping sociale, collegato alla mobilità transfrontaliera delle imprese; chi ha messo in guardia da una possibile contaminazione delle tradizioni nazionali costituzionali; chi ha constatato⁸⁴ la porosità del diritto comunitario derivato all'interpretazione giudiziale: le direttive nelle quali emerge un potenziale conflitto tra diritti sociali, tutela del lavoro in particolare, e libertà di impresa lasciano ampi margini al bilanciamento giudiziale; chi infine ha contestato il tipo di bilanciamento operato dalla Corte tra libertà economiche e diritti sociali⁸⁵. Senza ripercorrere nuovamente casi sui quali già tanto è stato scritto, vale la pena evidenziare, ai fini del ragionamento che qui interessa condurre, che la Corte, pur riconoscendo il diritto di azioni collettive come fondamentale, in

⁸³ Queste decisioni sono state oggetto di molti commenti, tra gli altri si vedano le riflessioni di S. Sciarra *Diritti collettivi e interessi transnazionali*, in *op. cit.*, 30 ss.; V. Angiolini, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, *ibidem*, 51 ss.; B. Caruso, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio europeo?*, *ibidem*, 101 ss. In realtà il filone giurisprudenziale della Corte è, sia prima che dopo queste decisioni così note, decisamente costante nel senso di privilegiare il principio della concorrenza e dell'iniziativa economica privata, così per esempio Albany, Job centre (1997) Van der Woude (21 sett 2000); Martinez Sala (1998); BECTU (2001); Robinson-Steele (2006); Ruffert (2008); Commissione c. Lussemburgo (giugno 2008); Kattner (2009); Commissione c. Germania (luglio 2010); Santos Palhota (ottobre 2010); Zambrano (marzo 2011); Association Belge des consommateurs (marzo 2011); Vicoplus (febbraio 2011).

⁸⁴ P. Syrpis, T. Novitz, *Economic and social rights in conflict: Political and judicial approaches to their reconciliation*, in *Eur. Law Rev.*, 2008, 3, 411. Da ultimo in materia di misure di protezione sociale e di controllo previste da una direttiva e adottate dai singoli stati membri, la Corte di giustizia ha ritenuto tale misure eccessivamente limitative dell'attività d'impresa e restrittive anche della libertà di prestazione dei servizi (Commissione c. Lussemburgo e Commissione c. Germania del 2010, C-271 del 2010). La Corte in sintesi in questi casi ha proceduto nel ragionamento in questo modo: ci sono diritti fondamentali; c'è una normativa di tutela; il diritto di sciopero come gli altri diritti di contrattazione collettiva è “parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto”, richiamando espressamente l'art. 28 della Carta; tuttavia l'esercizio di tali diritti può essere limitato alla luce del dato che le libertà economiche coinvolte sono, a loro volta, “principi fondamentali della Comunità”, sanciti nelle norme dei Trattati. In tali casi i giudici comunitari hanno operato un bilanciamento che è risultato sostanzialmente libero a sfavore, almeno in questi casi, ai diritti sociali. Ma allora la loro tutela a livello comunitario dipende dalla saggezza del giudice che si trova in Corte in quel momento?

⁸⁵ Sul cd. bilanciamento ineguale cfr. M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

quanto principio generale del diritto comunitario, nonché alla luce dell'art. 28 della Carta Ue, ha poi affermato che può essere limitato (la Carta ha cioè una funzione solo di individuazione della norma, senza che ne consegua una affermazione nel caso concreto). I diritti sociali non sembrano cioè accedere allo stesso livello di protezione riservato agli altri diritti: in particolare il caso *Viking* ha mostrato l'assenza nei Trattati di una disposizione sui diritti sociali simile a quella contenuta nell'art. 6 TUE. Sono pronunce, in sostanza, che lasciano intravedere un *vulnus* ai diritti sociali di natura collettiva, intesi come diritti capaci di bilanciare gli effetti dell'esercizio delle libertà economiche. Come del resto è stato dimostrato, prendendo in considerazione, alcune tematiche come l'assistenza sanitaria o l'educazione, i diritti sociali, così come invariati nelle Costituzioni nazionali, una volta attratti nell'ambito dell'ordinamento comunitario, rischiano di ricevere una tutela minore, dovendo essere bilanciati con le libertà economiche.

Meriterebbe insistere piuttosto sul *mainstreaming* anche giurisprudenziale (e non solo legislativo) che i diritti sociali possiedono, in particolare per quanto concerne la non discriminazione. Invero c'è chi, a giusta ragione, ha evidenziato che, se è vero che la giurisprudenza sui diritti elaborata dalla Corte di giustizia è stata, almeno fino alla fine degli anni '90, formalmente importante, è altrettanto vero che ha avuto ben poca rilevanza. Al contrario la Corte ha dimostrato di poter proteggere i diritti sociali attraverso un'interpretazione del diritto comunitario *scritto*, originario e derivato, usando il linguaggio dell'antidiscriminazione piuttosto che quello dei diritti fondamentali. Basti pensare alla decisione *Mangold*⁸⁶, nella quale il principio di non discriminazione in ragione dell'età risulta determinante per superare i limiti imposti dalla direttiva 2000/78; o ancora alla sentenza *Kucukdeveci* (C-555/07) in cui la Corte si pronuncia nuovamente sul principio di non discriminazione per età; ai casi *Roca Alvarez* (C-104/09) e *Danosa* (C-232/09) sulla parità di trattamento tra uomini e donne (in entrambi i casi la Corte decide sul rapporto tra la normativa nazionale e la direttiva sulla non discriminazione in cause che coinvolgono privati); al caso *Maruko* sulla pensione di reversibilità e la discriminazione diretta in base all'orientamento sessuale; alla decisione *Romer* (C-147/08) in cui la Corte, ritornando sulla disciplina tedesca sulle unioni civili, conferma l'impostazione seguita in *Maruko*.

⁸⁶ Sul caso *Mangold* e la giurisprudenza che ne è seguita si vedano da ultimo le riflessioni di A. D'Aloia e L. Cappuccio in M. Cartabia (a cura di), *Dieci casi sui diritti in Europa*, Bologna, 2011, 109 ss.

In sintesi va ribadito che la Corte, nel riconoscere la tutela ai diritti fondamentali, verifica che il diritto in discussione rientri tra quelli richiamati nei Trattati (tra questi certamente i diritti civili e politici riconosciuti dalla Cedu o dalle tradizioni costituzionali nazionali) e lo bilancia, in base ad un giudizio di proporzionalità, con le libertà economiche proclamate. Al contrario i diritti sociali intesi sia come quelli emergenti dalle tradizioni costituzionali comuni, sia come quelli riconosciuti in Trattati internazionali, ratificati dagli Stati membri, non sono mai, o raramente, stati riconosciuti dalla Corte come parte dei principi generali del diritto comunitario. In realtà molti degli sviluppi che si sono avuti in questo ambito sono collegati agli obiettivi del buon funzionamento del mercato comune, per esempio soprattutto volti a prevenire la distorsione della concorrenza e non a perseguire valori sociali di per sé, imprinting genetico difficile da superare.

I diritti sociali nella dimensione dell'Unione non vanno dunque intesi come diritti che attribuiscono ai cittadini comunitari la possibilità di sindacare la politica comunitaria (che del resto non ha mai perseguito come scopo autonomo e assoluto il godimento dei valori sociali), ma come strumenti utili a correggere le pratiche distorsive e a evitare che la concorrenza indebolisca la tutela sociale prevista dai singoli Stati membri. E' forse anche per questo che la Corte non ha sviluppato una giurisprudenza consistente sui diritti sociali. Dunque si può concludere, in qualsiasi modo si giudichi la giurisprudenza della Corte sui diritti (per il vero altalenante), che un giudice che non era stato pensato come giudice dei diritti ha oggi una competenza che si può quasi definire concorrente con quella delle altre Corti dei diritti, nazionali e sovranazionali⁸⁷. Del resto il processo d'integrazione europea ha avuto i suoi maggiori interpreti proprio nei giudici. Ma ora come ora, nell'ambito più specifico dell'Unione, il ruolo giocato dalla Corte può bastare? Perché anche se può apparire che tale ruolo non sia sufficiente ad una strategia di integrazione, non pare però nemmeno tanto il diritto originario, quanto quello derivato ne sappiano prescindere.

5. PRIME CONCLUSIONI: I DIRITTI SOCIALI TRA CRISI ECONOMICA E GLOBALIZZAZIONE DEI MERCATI

⁸⁷ Così G. Azzariti, *Le garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, carta dei diritti e corte di giustizia dell'unione europea*, in (a cura di C. Salvi) *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, op. cit., 83.

La tutela dei diritti sociali è un'acquisizione lenta e recente per il diritto comunitario originario, anticipata dall'azione pretoria della Corte di giustizia. Il riconoscimento a livello comunitario di principi e diritti sociali, in ultima analisi, risulta anche come il tentativo di compensare l'espansione del processo di integrazione comunitaria degli ultimi decenni, di riequilibrare il rapporto asimmetrico tra libertà economiche e diritti sociali nazionali, dopo che il modello binario originario è andato in crisi⁸⁸.

Inizialmente la scelta di riservare la sfera delle politiche sociali ai singoli Stati era parsa, come si è detto, una garanzia dell'autonomia statale, poi quando tale argine viene man mano eroso dalla pervasività delle aumentate competenze comunitarie emerge un *deficit sociale europeo* che fa il paio con il più noto *deficit democratico* dell'Unione. I vincoli cioè posti dalle politiche comunitarie di mercato a quelle nazionali sono sempre più stringenti, finendo per riverberarsi anche sulla tutela dei diritti. Quest'ultimo aspetto interessa, in particolar modo, chi cerca di studiare non solo quali siano i diritti sociali garantiti a livello comunitario, ma anche quale significato assumano e in che modo arricchiscano o, al contrario, *scolorino* i diritti affermati dalle Costituzioni nazionali e tutelati davanti giudici nazionali. Va dunque valutato come il fenomeno della cd. protezione multilivello dei diritti, intendendo questa espressione come puramente descrittiva di più livelli di tutela, influisca sulla tutela dei diritti nel cd. spazio costituzionale europeo.

Nel tirare le somme di ciò che si è detto gli elementi da considerare riguardo la protezione dei diritti sociali nel multilivello sono molteplici. Ne provo a elencare qualcuno. In primo luogo emerge chiaramente che a livello europeo la giustiziabilità dei diritti sociali è ancora ridotta, mentre è più sviluppata una sorta di protezione legata a sistemi di supervisione e di monitoraggio, come dimostra l'esperienza della Carta sociale europea (dal 1998 è possibile per sindacati, associazioni di lavoratori e ONG presentare un ricorso contro la violazione dei diritti in essa prevista)⁸⁹.

A livello più strettamente comunitario si è visto come la Carta dei diritti preservi lo *status quo* e, allo stesso, tempo abbia inaugurato un disegno di costituzionalizzazione dell'Unione

⁸⁸ S. Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, op. cit., 57.

⁸⁹ Così anche S. Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa Sociale*, op. cit.,

attraverso l'*icona* dei diritti fondamentali⁹⁰: al di là di tutte le perplessità dalle quali è stata accolta, può indubbiamente svolgere un effetto di *mainstreaming*.

Vanno poi considerate le possibili reciproche limitazioni e sovrapposizioni che si possono avere, in un panorama giuridico così stratificato⁹¹, tra le disposizioni della Carta, quelle contenute nei Trattati e l'interpretazione che di esse fornisce la Corte di giustizia. Basti ripensare da un lato all'art. 28 della Carta che proclama il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro di ricorrere, in caso di conflitto, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, comprensive dello sciopero e, dall'altro, all'art. 153 TFUE che, allo scopo di favorire gli obiettivi previsti dall'art. 151, prevede la possibilità di adottare misure a favore dei lavoratori, escludendo però il diritto di sciopero dall'alveo di applicazione, neutralizzando in sostanza il dettato dell'art. 27 (anche grazie all'art. 52.2 della Carta che dispone che i diritti riconosciuti dalla Carta per i quali i Trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti).

Ma ancora va ribadito, a questo proposito, che l'Unione non ha ratificato né la Carta sociale, né il Patto Onu sui diritti economici, sociali e culturali, né le convenzioni ILO. Ora poiché gli Stati membri hanno trasferito poteri all'Unione in campi coperti da questi strumenti internazionali essi stessi non sono più in grado di assicurare piena applicazione a tali documenti, creando possibili vuoti nella protezione dei diritti sociali. Lo stesso potrebbe poi valere per i diritti sociali previsti nelle Costituzioni nazionali: poiché rilevanti competenze sono state trasferite a livello comunitario, queste previsioni costituzionali rischiano, nel concreto, di perdere il ruolo di linee guida delle politiche statali.

Si potrebbe forse valorizzare il dettato della Carta Ue, per quanto concerne la proclamazione dei diritti sociali, rispetto a due aspetti: la limitazione dell'impatto

⁹⁰ Avverte Massimo Luciani che l'assenza in campo sociale di significativi doveri di solidarietà dimostra che l'Unione non è una comunità politica in senso proprio, oltre all'inesistenza di veri e propri diritti sociali, *op. cit.*, *Diritti sociali e integrazione europea*, 550-552.

⁹¹ Si veda a tal proposito lo scritto di A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, Relazione all'incontro di studio su [La giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo](#), organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, Roma 28 febbraio - 2 marzo 2007, reperibile nella *Rivista telematica [Consulta Online](#)*, ; nonché Id., [Tutela dei diritti fondamentali, squilibri nei rapporti tra giudici comuni, Corte costituzionale e Corti europee, ricerca dei modi con cui porvi almeno in parte rimedio](#), testo rielaborato di un intervento ad una tavola rotonda conclusiva del Corso di Alta Formazione in *Giustizia costituzionale e tutela giurisdizionale dei diritti*, Pisa 3 febbraio 2012, e di uno al Corso su *Accesso alla giustizia e pluralismo delle giurisdizioni*, Palermo 23 febbraio 2012 reperibile nella *Rivista telematica del Gruppo di Pisa* (<http://gruppodipisa.it>).

deregolatorio del diritto comunitario sulle politiche di *welfare* nazionali e la formulazione di doveri di agire per le istituzioni comunitarie. La Carta esemplifica, ancora una volta, la tensione tra il concepirla come *Bill of Rights* di una comunità politica e, al contrario, come mero strumento per garantire la conformità degli accresciuti poteri dell'Unione ai diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati fondatori (risultando, in tal caso, uno strumento limitativo più che espansivo dei poteri dell'Unione). A tal proposito, Miguel Maduro ha ricordato un tipico cliché sulla Carta⁹²: essa rappresenta un paradosso costituzionale, poiché riflette il trend emergente sull'uso del linguaggio tipico del costituzionalismo nell'integrazione europea, senza però essere davvero omogenea al concetto di costituzionalismo, sotteso a tale linguaggio.

A sua volta il Trattato di Lisbona che, a differenza dei precedenti, si arricchisce di un compiuto riconoscimento dei diritti sociali, quanto riuscirà, alla luce della crisi economica, a segnare una cesura con il cliché dell'*homo oeconomicus* inverato all'inizio della parabola comunitaria?

Si avverte forse più che mai nel momento presente la necessità di abbandonare la dicotomia natura mercantile/natura sociale dell'Unione, per contestualizzare invece la tutela dei diritti sociali europei nell'ambito di due fattori: quello della crisi e quello della globalizzazione economica. Provo a fare qualche esempio: i fenomeni di localizzazione e delocalizzazione (al di fuori UE o nei paesi dell'est UE) della produzione potrebbero porre nel nulla l'affermazione dei diritti sociali. Il Regno Unito, dal canto suo, eccede il limite massimo delle ore lavorative, fissato a quarantotto dalla direttiva del 1993, i controlli sulla salute e la sicurezza nelle fabbriche sono sistematicamente elusi in Grecia, il lavoro minorile è ancora diffuso negli stati dell'Europa del sud, ecc. È evidente alla luce di questi esempi che le condizioni della competizione nell'Unione sono a rischio, in particolare l'area della contrattazione collettiva e del diritto di associazione. Un problema ulteriore è poi quello del rispetto dei diritti sociali negli stati legati da accordi associativi con la Ue.

Una volta ricordato tutto ciò mi chiedo quali direzioni politico culturali potrebbero essere oggetto di future riflessioni. Quale spazio concreto ci potrebbe essere per esempio, in questo momento storico, per quell'elemento della solidarietà - inteso come fondamento dei diritti,

⁹² M. Maduro, *The Double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Economic and Social Rights*, op. cit., 268 ss.

come ha ricordato Peces-Barba⁹³ - invocato nel preambolo della Carta dei diritti, come valore indivisibile e universale sul quale si fonda l'Unione, insieme a quelli della dignità umana, della libertà e dell'uguaglianza, e scelto come uno dei sette Titoli nei quali si articola la Carta. Lo studioso spagnolo ha ricordato che la solidarietà può essere vista come una correzione al contrattualismo classico, pur non essendo incompatibile con esso, alla base di una società che viene creandosi come frutto di rapporti di integrazione e non di semplice coordinazione. Ma per ottenere ciò occorre la creazione di una società di cui tutti si considerino membri e superino, in seno ad essa, i bisogni fondamentali, nella quale non vi siano salti qualitativi fra i gruppi nei quali gli uomini sviluppano la propria vita e la propria attività, una società in cui tutti possano realizzare la propria vocazione morale come esseri autonomi e liberi. La solidarietà offre fondamento ai diritti indirettamente, vale a dire tramite l'intermediazione dei doveri, di doveri positivi che corrispondono direttamente ai poteri pubblici. I diritti corrispondenti a tali doveri si basano in tal modo sul principio di solidarietà.

Insieme al riferimento alla solidarietà, mi pare che meriterebbe di essere tenuto in osservazione il potere "generante" del principio di eguaglianza per come è affermato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Esiste infatti una giurisprudenza in cui la Corte di giustizia nel decidere sulla non discriminazione ha di fatto, per quanto indirettamente, riconosciuto un beneficio, un interesse, un vantaggio, rifiutato a causa della cittadinanza, del sesso, della razza, dell'età, dell'handicap, delle tendenze sessuali, dell'origine etnica, delle convinzioni personali⁹⁴. Questo filone giurisprudenziale lascia trasparire molto chiaramente

⁹³ G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Milano, 1993, 251 ss.

⁹⁴ Così per esempio L. Cappuccio, *op. cit.*, 113, elenca una serie di decisioni della Corte che esemplificano questo trend: «Più recentemente, la Corte (*Ioannidis*, C-258/04) afferma che, in base al divieto di discriminazione dei lavoratori a motivo della cittadinanza, uno Stato membro non può rifiutarsi di erogare il beneficio dell'indennità di disoccupazione giovanile ad un cittadino di un altro Stato membro alla ricerca di una prima occupazione, per il solo motivo che l'interessato ha terminato i suoi studi secondari in un altro Paese dell'Unione. Sempre in tema di indennità di disoccupazione, nel caso *Petersen* (C-228/07) la Corte giudica discriminatoria l'interruzione da parte delle autorità nazionali, a causa del trasferimento di residenza del ricorrente in un altro Stato europeo, del versamento dei contributi di disoccupazione. Ancora, nel caso *Martinez Sala* (C-85/96) la Corte si occupa dell'erogazione di una indennità di educazione, una prestazione non contributiva di natura familiare destinata a compensare gli oneri familiari; nel caso *Grzelczyk* (C-184/99) un cittadino francese, residente in Belgio, chiede la corresponsione del beneficio del pagamento del minimo dei mezzi di sussistenza; nel caso *Trojani* (C-456/02), il ricorrente chiede l'attribuzione di una prestazione sociale non contributiva, il *minimex* (il minimo dei mezzi di sussistenza), visto che non dispone, per sé e per i propri familiari, di un'assicurazione di malattia e di risorse sufficienti». A sua volta, le pronunce sul principio di non discriminazione in base al sesso hanno favorito il riconoscimento alle donne di una serie di

la vocazione del principio di non discriminazione a costituire un fattore di riconoscimento indiretto di diritti sociali, attraverso l'estensione di benefici alle "categorie" escluse dal dettato normativo nazionale. Si impongono due brevi notazioni problematiche: *in primis* il risultato "virtuoso" di questo tipo di giurisprudenza si accompagna ad una equazione che non può essere accettata interamente (innanzitutto perché contraria al dettato costituzionale italiano), in base alla quale principio di eguaglianza = diritto all'eguaglianza; in secondo luogo la ricaduta economica interna che deriva da questo tipo di decisioni, ovvero l'erogazione in capo a soggetti non previsti dalla normativa interna di prestazioni, a carico dei bilanci nazionali, bilanci ai quali l'Unione impone al medesimo tempo il rispetto di parametri economici sempre più rigorosi.

Forse la crisi economica dei paesi della Ue potrebbe alla fine trovarci, anziché divisi in modo odioso tra Stati virtuosi e i cd. Stati PIIGS (le iniziali di Portogallo, Italia, Irlanda, Grecia, Spagna richiamano, nella pronuncia, la parola inglese "maiali"..), finalmente appartenenti a quel *demos* europeo sempre vagheggiato? Del resto è stato correttamente fatto notare che all'epoca del Trattato di Roma le condizioni economiche erano più floride rispetto all'immediato dopo guerra, anche se l'aspirazione alla prosperità era avvertita come una condizione di riscatto sociale e di dignità umana⁹⁵ da ottenere attraverso la creazione di un mercato comune. Oggi l'affermazione dei diritti sociali, finalmente più decisa, per quanto faticosa, come si è tentato di spiegare in questo scritto, porterà a riflettere, in maniera più ampia, anche sulla natura della costruzione dell'Unione?

A questo punto ha ragione chi ha sottolineato che ormai i problemi della dimensione sociale dell'Unione sono inseparabili da quelli nazionali, caratterizzati cioè non più tanto da conflitti tra principi, ma da una dispersione di interventi fra sfere di governo, dalla tutela giurisdizionale multilivello e da una politica in difficoltà⁹⁶. C'è chi ha già da tempo descritto il processo *in fieri* della costruzione della tutela europea dei diritti fondamentali, anche sociali, come un *sentiero tortuoso* la cui meta auspicata è uno *ius commune europeo dei diritti*. Secondo questo pensiero è auspicabile tentare il raggiungimento di un cd. parallelismo delle giurisprudenze tra Corti nazionali, Corte Edu e Corte di giustizia, in modo da evitare che, alla luce anche della stratificazione normativa di cui si è tentato di dare

vantaggi economici, cfr. per la ricostruzione delle principali decisioni C. Favilli, *La non discriminazione nell'Unione europea*, Bologna, 2008.

⁹⁵ J.H.H. Weiler, *L'Unione europea. Istituzioni, ordinamento e politiche*, Bologna, 1998.

⁹⁶ C. Pinelli, *op. cit.*, 38.

conto, non si corra il rischio di avere almeno tre *interpretazioni* differenti su un medesimo diritto. In sostanza se è vero che l'idea di sovranità nazionale, fondata sulla mera autorità politica, è per molti osservatori un modello in superamento, almeno per certi versi, il punto cruciale oggi è rappresentato dalla tutela della sovranità nazionale, intesa come identità nazionale, sistema di valori e principi⁹⁷, come ha dimostrato anche il noto *Lissabon - Urteil* del Tribunale costituzionale tedesco⁹⁸.

Si è tentato in questo scritto di evidenziare alcuni degli ostacoli al compimento dello *ius commune* in materia di diritti sociali. Certamente la diversa concezione, il diverso contenuto, la diversa garanzia di questi diritti negli Stati membri (ricinducibili non soltanto alla schematizzazione dicotomica paternalismo/individualismo); la crisi economica (e gli interessi nazionali e protezionistici); l'assenza della proclamazione dei diritti sociali nel testo della Cedu, per quanto la giurisprudenza della Corte di Strasburgo in qualche modo stia approntando un'iniziale tutela, come si è detto; la non cogenza della Carta sociale e della Carta comunitaria.

In particolare in riferimento al primo ostacolo evidenziato le notissime decisioni Laval in materia di prestazione di servizi e Viking, sulla libertà di stabilimento, della Corte di giustizia hanno provato, una volta di più, che, se da un lato, il tentativo di bilanciare una libertà economica fondamentale, quale quella di stabilimento, con il diritto sociale di sciopero senza dubbio dimostra una valorizzazione dei diritti sociali, dall'altro però hanno eroso, diminuendola, la tutela che invece tale diritto riceve negli ordinamenti costituzionali come il nostro.

Gaetano Silvestri, cui si deve la felice espressione *ius commune europeo*, manifesta una preoccupazione che è certamente vera e stringente nell'ambito della tutela dei diritti nell'Unione, e cioè che nell'attrarre verso l'alto la tutela giurisdizionale dei diritti, questi vadano a bilanciarsi in un ambiente estraneo e ostile alla loro natura, perdendone pienezza⁹⁹. In sostanza non sempre l'affermazione in base alla quale un diritto sociale può limitare il godimento di una libertà economica fondamentale è nei fatti "remunerativa": i casi Viking e Laval hanno dimostrato che in linea astratta il diritto sociale viene "riconosciuto", ma che

⁹⁷ Così G. Silvestri, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in (a cura di C. Salvi) *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, op. cit., 60.

⁹⁸ Tra i molti commenti si veda P. Faraguna, *Limiti e contro limiti nel Lissabon-Urteil del Bundesverfassungsgericht: un peso, due misure*, *Quaderni costituzionali* 1/2010

⁹⁹ Id., op. cit., 64.

poi viene sacrificato in un bilanciamento il cui esito è il contrario di quello al quale si approderebbe nell'ordinamento nazionale (va detto che la Corte di giustizia in questi due casi ha puntualizzato che spetterà poi al giudice del rinvio valutare come si deve bilanciare il diritto di sciopero).

A me pare che questa constatazione, soprattutto per quanto concerne i diritti sociali, si riveli giusta e dimostri che il cd. parallelismo delle giurisprudenze, benché possa apparire un risultato auspicabile per i motivi già indicati, presenti dei rischi perché capace di acclarare una tutela dei diritti "al ribasso". In ogni caso ancora più rischioso e, altrettanto inarrestabile, mi sembra la devoluzione, come ricorda tra gli altri Roberto Bin, del potere di imporre regole di liberalizzazione dei mercati verso sedi tecnocratiche internazionali, ben lontane da qualsiasi forma di controllo democratico, come ad esempio l'Organizzazione mondiale del commercio (WTO)¹⁰⁰. La riprova cioè dell'emersione di un nuovo assetto di poteri che si candida a sostituire l'antico sovrano nazionale¹⁰¹.

¹⁰⁰ R. Bin, *op. cit.*, 50.

¹⁰¹ Il riferimento è al pensiero espresso da Massimo Luciani nel noto scritto *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Scritti in onore di Giuseppe Guarino*, Padova, 1998, 792 ss., in particolare sul sistema di protezione sociale 787.