



ALMA MATER STUDIORUM
UNIVERSITÀ DI BOLOGNA

Tesi di dottorato in diritto dell'Unione Europea
Ciclo XXIV A. a. 2009

**I diritti sociali e la loro giustizia abilitata nell'ordinamento
dell'Unione Europea**

Prof.ssa L. S. Rossi

Prof. G. Balandi

Dott.ssa Serena Coppola

*I diritti sociali e loro giustiziabilità nell'ordinamento dell'Unione
europea*

CAPITOLO I
**I DIRITTI SOCIALI NEGLI ORDINAMENTI DEGLI STATI MEMBRI E
DELL'UNIONE EUROPEA**

1. Diritti sociali, stati membri e ordinamento europeo

1.1 Definizione dei diritti sociali

1.2 Clausola di politica sociale o diritti effettivi?

2. I modelli europei di tutela dei diritti sociali

2.1 Il welfare state europeo: mito o realtà?

2.2 I modelli dei paesi dell'Europa meridionale

2.3 Il modello scandinavo

2.4 Il modello bismarkiano

2.5 Il modello dei paesi anglosassoni

2.6 I modelli dell'Europa del'Est

3. I diritti sociali e l'Unione Europea: riconoscimento ed evoluzione

3.1 Dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Nizza

4. I diritti sociali e il problema delle competenze

4.1 La competenza comunitaria in materia di diritti sociali

4.2 L'integrazione negativa delle libertà economiche e il rapporto con i sistemi nazionali di Welfare

4.3 La cittadinanza europea e il problema della convergenza dei sistemi nazionali di sicurezza sociale

5. Conclusioni

CAPITOLO II

I DIRITTI SOCIALI E LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

1. La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia: il rapporto tra libertà economiche e diritti sociali

2. Il principio di solidarietà

2.1 L'impatto della direttiva 2004/38 sui servizi di assistenza sociale per i migranti

2.2 La mobilità degli studenti non afferenti al programma Socrates/Erasmus

2.3 L'estensione dell'applicazione dell'art. 49 ai servizi di assistenza medica

3. I diritti sociali "direttamente" giustiziabili nell'interpretazione della Corte di Giustizia

3.1 Il principio di parità di trattamento e il lavoro

3.2 Il diritto di residenza e l'accesso cross-border ai servizi di assistenza sociale

4. La libera prestazione di servizi e le materie non rientranti

5. L'agenda di Lisbona, il metodo aperto di coordinamento e le nuove prospettive in materia sociale

5.1 Il diritto del lavoro e la flexsecurity

5.2 La Strategia Europa 2020

6. I nuovi obiettivi fissati dal Trattato di Lisbona

6.1 Il dialogo con le parti sociali

6.2 Dall'armonizzazione alla cooperazione

6.3 Soluzioni alternative di politica sociale

7. La carta dei diritti fondamentali: l'indivisibilità dei diritti e il nuovo ruolo dei diritti sociali

7.1 I diritti del capo solidarietà

7.2 Gli altri diritti sociali riconosciuti dalla Carta

7.3 I diritti sociali collettivi

8. Il problema degli opt-out

9. Conclusioni

CAPITOLO III
LA CORTE DI STRASBURGO E I DIRITTI SOCIALI

1. Introduzione

2. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza CEDU

3. Interpretazione evolutiva e diritti sociali nella giurisprudenza di Strasburgo

3.1 Il margine di apprezzamento statale in riferimento ai diritti sociali

4. La giurisprudenza di Strasburgo in materia sociale

4.1 Diritti sociali e rispetto della vita privata

4.1.1 Un bell'esempio di tecnica interpretativa: il diritto alla casa

4.2 Salute ed educazione

4.3 La tutela dei diritti riguardanti il lavoro e le libertà sindacali

5. I rapporti tra l'Unione europea e la Cedu

6. L'adesione dell'Ue alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali

7. La giurisprudenza di Strasburgo in merito alle violazioni del diritto convenzionale da parte degli Stati membri dell'UE

8. Quando Lussemburgo guarda a Strasburgo: convergenze e divergenze

9. Tra Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e Cedu: quale posto per i diritti sociali?

10. Adesione e diritti sociali: quali futuro?

10.1 Cenerentola e i diritti sociali

CAPITOLO IV

UNIONE EUROPEA, DIRITTI SOCIALI E CRISI SOCIALE: QUALE FUTURO?

- 1. Un bilanciamento sbilanciato**
- 2. Una conclusione ancora da scrivere**

Introduzione

L'oggetto di questo lavoro mira alla verifica del grado di giustiziabilità che i diritti sociali ricevono nell'ordinamento dell'Unione europea.

L'indagine, che si articola in tre capitoli, prende le mosse da una sommaria ricostruzione dei modelli di *welfare state* riconosciuti dagli ordinamenti dei diversi paesi membri dell'Unione. Da questa analisi, si trae come prima parziale conclusione, l'esistenza di un nucleo fondamentale di diritti sociali riconosciuti e tutelati da tutti gli Stati membri dell'UE. In particolare, appare evidente come il diritto al lavoro, il diritto all'istruzione, alla casa, il diritto all'assistenza sociale e sanitaria, il sistema pensionistico e quello di aiuti in caso di disoccupazione, siano un patrimonio culturale comune a tutti i paesi appartenenti all'UE.

Tuttavia, l'analisi conferma anche che i diritti sociali non sono dotati della medesima efficacia vincolante rispetto ai diritti cd. classici, ovvero quelli civili e politici. Infatti, i diritti sociali molto spesso si presentano come pretese sociali del cittadino nei confronti dello Stato di appartenenza. Benchè questo lavoro non sposi la teoria dottrinale che ricostruisce i diritti sociali alla stregua di principi, ovvero di clausole di indirizzo generale rivolte ai poteri statali, al fine del godimento di determinate posizioni soggettive, è indubbio che la maggior parte dei diritti sociali riconosciuti dagli ordinamenti degli Stati membri, necessitano dell'intervento dello Stato affinché possano essere concretamente resi effettivi.

Ciò, tuttavia, non è vero sempre e non per tutti quelli che vengono definiti diritti sociali. L'analisi giurisprudenziale dimostra, infatti, come il diritto alla salute e la libertà di religione ed educazione, appaiono attualmente i diritti sociali che maggiormente trovano riconoscimento sia in sede nazionale che sovranazionale ed internazionale, costituendo un *corpus* dotato di autonoma giustiziabilità in sede giudiziaria. Per diverse ragioni questi diritti sono ormai considerati come diritti pienamente giustiziabili in ogni opportuna sede, posto la loro "precondizionalità" rispetto al godimento di altri diritti (diritto alla vita, libertà di espressione, diritto di voto ecc.). L'ordinamento dell'Unione, oltre ad aver adottato una serie di azioni e programmi in questo ambito, li riconosce esplicitamente agli articoli 3, 10 e 14 della Carta dei diritti fondamentali ed il livello di protezione accolto dall'Unione rispecchia sostanzialmente quello offerto da svariati strumenti internazionali¹; il dato sicuramente più positivo, in questo senso, riguarda l'esplicita menzione della protezione del diritto all'istruzione contenuta all'art. 9 del Trattato di Lisbona. Certamente il diritto all'educazione insieme a quello della formazione professionale e alla salute costituiscono ormai da due

¹ Si vedano la Dichiarazione Universale dei diritti umani, il Patto internazionale sui diritti sociali economici e culturali nonché la Cedu e i suoi Protocolli.

decenni parte sostanziale dei diritti legati alla sfera del lavoro e per questo tramite, ottengono un riconoscimento ed una tutela non solo di fronte a gli organi giudiziari nazionali, ma anche di fronte a quelli comunitari.

Difatti, se è pur vero che la politica sociale non rientra tra le materie di competenza esclusiva dell'Unione, essendo competenza residuale ai sensi degli artt. 136 e 137 TUE, tuttavia, le politiche economiche del mercato comune hanno avuto, ed hanno, una forte incidenza sulla concreta fruibilità dei diritti sociali e delle prestazioni connesse, in capo ai cittadini europei, in particolar modo nell'ambito delle relazioni lavorali.

L'esposizione prosegue, pertanto, con la ricostruzione dell'evoluzione dei Trattati istitutivi dell'Unione e l'inclusione della sfera sociale tra gli obiettivi di questa. In particolare, il secondo capitolo affronta la giurisprudenza della Corte di Giustizia in relazione alle materie sociali, nonché l'inclusione dei diritti sociali nel testo della Carta dei diritti fondamentali. In particolare l'analisi si sofferma sulle tecniche normative adottate nell'area della politica sociale, evidenziando la tendenza ad un approccio di tipo "soft" piuttosto che attraverso il classico metodo comunitario.

Da ciò si evince che l'inclusione dei diritti sociali nel testo della Carta dei diritti fondamentali non sembra garantire a questi la priorità, rispetto agli altri diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione, posto che "al massimo, consente ai diritti sociali di porre limiti (proporzionati e giustificati da ragioni imperative di interesse generale) alle libertà economiche"².

Al riguardo, si evidenzia come nella Carta di Nizza "ad un sì alto enunciato non corrisponde ancora, per i diritti sociali, un livello di protezione comparabile con la tutela che l'ordinamento europeo fornisce ai diritti economici e di libertà"³; non risolvendo il rischio di un "bilanciamento sbilanciato"⁴ fra diritti sociali e libertà economiche, dato che manca "uno statuto giuridico di questi diritti che dia loro pari rilevanza, pari spazio e (almeno) pari dignità rispetto alle libertà economiche: statuto che il diritto europeo non ha (ancora) saputo mettere in piedi"⁵.

Alla luce della debolezza delle soluzioni normative delineate sul piano comunitario, attraverso il metodo aperto di coordinamento e le diverse Strategie varate negli ultimi dieci anni, si rileva l'assenza di criteri normativi adeguati ad operare un bilanciamento fra i diritti sociali e libertà economiche.

Certamente, la Carta di Nizza rappresenta un momento importante nella costruzione dell'Europa sociale, a condizione che in essa si intenda ricercare non un modello da porre in

² In questo senso G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, II, 975

³ R. Greco, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, cit., 522.

⁴ M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, cit., 20.

⁵ M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*.

raffronto con le Costituzioni dei singoli paesi membri dell'UE ma il “denominatore comune” destinato ad operare come parametro di “armonizzazione coesiva”⁶.

Rispetto alla distinzione tra norme-principio e norme-diritti, accolta anche dalla Carta, il presante lavoro sottolinea, come questa sia suscettibile di determinare non poche difficoltà in sede applicativa. Tuttavia, se è verosimile ritenere che i diritti di solidarietà enucleati dalla Carta — nella più gran parte dei casi, e come del resto tutti i diritti fondamentali — saranno impiegati come norme di raffronto, non è affatto escluso che essi, all'occorrenza in combinazione con elementi giuridici tratti dal diritto interno o dal diritto dell'Unione, possano fondare anche pretese autonome, come riconosciuto, ad esempio, nel caso *Mangold* con riguardo al principio di non discriminazione in base all'età. Per effetto della Carta, infatti, l'Unione, come pure gli Stati membri, hanno assunto l'obbligo di promuovere i diritti e i principi in essa contenuti, pertanto, sia sotto il profilo della tutela dei diritti enunciati, sia sotto quello della garanzia dei principi, essi hanno un obbligo positivo.

Eppure, appare evidente come non sia sufficiente che i diritti sociali siano inclusi in un *bill of right*, affinché la loro garanzia, sul piano dell'Unione, possa dirsi raggiunta. Difatti, restano gli Stati membri i depositari della implementazione concreta dei diritti sociali, posto che il riparto di competenze tra Stati e Unione, non può essere superato dalle previsioni della Carta. Esaurita questa analisi, il terzo capitolo si sofferma sui rapporti tra il diritto dell'Ue e quello della Cedu. Dopo aver ricostruito la portata delle tutele offerte ai diritti sociali in sede europea, il lavoro prosegue, infatti, evidenziando le problematiche connesse alla futura adesione dell'Ue alla Cedu.

In particolar modo si pone il problema di come la teoria del margine di apprezzamento statale, elaborata dalla giurisprudenza di Strasburgo, possa applicarsi all'Unione, una volta avvenuta l'adesione, e se la sua interpretazione verrà ad essere estesa o ristretta. La preoccupazione maggiore risiede nel fatto che il margine di apprezzamento statale potrebbe essere invocato dalla stessa Unione per salvaguardare scelte normative che siano in contrasto con la Convenzione⁷.

Particolarmente in materia di diritti sociali, il margine di apprezzamento (dell'Ue) potrebbe, infatti, divenire lo scudo sotto il quale la Corte di Giustizia potrebbe ripararsi dal sindacato della Corte Edu: ad esempio in materia di sciopero, reiterando sentenze come *Viking* e *Laval*, sulla scorta di deroghe derivanti dalla protezione delle particolarità del sistema UE.

Sotto un secondo profilo, ci si interroga se anche la dottrina della protezione equivalente

⁶ R. Del Punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali*.

⁷ La stessa Corte di Lussemburgo ha, infatti, recentemente affermato che la supremazia del diritto internazionale «sul piano del diritto comunitario non si estenderebbe al diritto primario e, in particolare, ai principi generali nel cui novero vi sono i diritti fondamentali», cfr. cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, punto 308.

continuerà ad ispirare la Corte di Strasburgo, quando quest'ultima sarà chiamata ad esaminare la compatibilità degli atti adottati dall'Ue, con la Cedu, posto che tale dottrina, implica un livello di controllo ridotto, consentendo agli Stati parte di rispettare gli obblighi derivanti dalla partecipazione ad altre organizzazioni internazionali come la CE/UE, senza escludere la loro responsabilità in seno alla Convenzione.

Quantunque la realizzazione di quest'ultima ipotesi sembra alquanto verosimile, a parere di chi scrive essa risulta non solo giuridicamente ingiustificata ma anche politicamente inopportuna. Da un punto di vista giuridico, una volta che l'Unione diventerà parte contraente della Convenzione, gli Stati membri dell'Unione e della Convenzione non si troveranno, infatti, più dinanzi alla necessità/difficoltà di conciliare il rispetto di due diverse categorie di obblighi internazionali in potenziale contrasto fra loro.

L'adesione dell'Unione alla CEDU solleva, dunque, notevoli dubbi circa un effettivo rialzo degli standard di tutela dei diritti sociali sul territorio dell'Unione, lasciando impregiudicato quel deficit di competenza che continua a pendere come una spada di Damocle sull'effettiva giustiziabilità dei diritti sociali in ambito comunitario.

Le conclusioni a cui giunge il presente lavoro sono poco confortanti. Deve, infatti, sostenersi che l'effettiva giustiziabilità dei diritti sociali in ambito dell'Unione, rimane vincolata alla volontà politica degli Stati e non sembra potersi affermare che l'impiego ispiratore e propulsivo della Carta, da parte della giurisprudenza, nel più ampio e flessibile quadro dei principi generali, risulti rafforzato a beneficio dell'omogeneità applicativa delle garanzie sociali fondamentali nell'ordinamento dell'Unione.

In considerazione di ciò deve certamente ammettersi che il Trattato di Lisbona ha valorizzato la struttura sociale europea attraverso: a) le disposizioni generali del TUE con riferimento ai valori che "infiltrano" gli obiettivi dell'Unione; b) i diritti contenuti nella Carta di Nizza; c) dai principi generali 'classici' del diritto dell'Unione Europea; d) i diritti umani contenuti nella CEDU nel momento in cui si perfezionerà l'adesione formale della UE alla Convenzione europea; e) le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Tale valorizzazione della dimensione sociale dell'Unione non è, tuttavia, del tutto completa in ragione di alcuni elementi ancora irrisolti.

In particolare i punti deboli dell'Europa sociale rimangono: un approccio regolativo alla dimensione sociale di tipo sempre più *soft* (il metodo del coordinamento); la permanenza di alcuni *deficit* di competenze; la mancata indicazione di criteri di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche e dalla compresenza (irrisolta in mancanza di un adeguato bilanciamento giudiziale) delle due nozioni di economia sociale e di economia di mercato.

Queste conclusioni appaiono oggi ancor più fondate, in relazione alla situazione concreta,

fortemente critica sia sul piano economico che sociale. L'attuale crisi economica che sta investendo il vecchio continente mostra, in tutta la sua evidenza, la fragilità dell'Unione sotto il profilo della tenuta dei sistemi sociali nazionali. Senza addentrarsi in argomentazioni complesse di tipo macro-economico e finanziario, appare agli occhi di tutti l'insufficienza di un modello economico fondato sul rigoroso parametro di rispetto dei mercati finanziari e della crescita economica, dissociato da una analisi concreta delle situazioni riguardanti le effettive condizioni di vita dei cittadini e delle conseguenze che il rimodellamento del mercato unico, inevitabilmente, ha creato e crea nel tessuto sociale Europeo.

Appare quantomeno evidente, come l'attuale crisi economica abbia mostrato all'Europa intera quanto i sistemi nazionali, pressati verso l'integrazione dei mercati, sia sul piano regionale che internazionale, non riescano a fronteggiare il cambiamento, senza una adeguata struttura sociale che possa assorbire i mutamenti sovranazionali ed internazionali.

Ad oggi, l'assenza di regole uniformatrici nell'ambito della regolazione sociale, mostra l'inefficacia di un sistema che si fonda solo sulle regole del mercato, e di come l'integrazione economica sia un miraggio, senza quella sociale.

Benchè il Trattato di Lisbona avesse aperto alla costruzione dell'Europa sociale e al riequilibrio tra mercato e diritti, sembra che la crisi economico-finanziaria globale, abbia fatto dimenticare ai signori dei Trattati i nuovi obbiettivi fissati da Lisbona, rischiando di perdere ancora una volta l'occasione per un riequilibrio sociale sostenibile.

CAPITOLO I

I DIRITTI SOCIALI NEGLI ORDINAMENTI DEGLI STATI MEMBRI E DELL'UNIONE EUROPEA

“La sfida essenziale del nostro tempo, in tema di diritti fondamentali è quella della loro effettività, e quindi, anzitutto, dell’efficacia degli strumenti di tutela. Non basta che i diritti siano proclamati nelle Costituzioni e nelle Carte: occorre che vi siano e siano operanti strumenti concreti per renderli effettivi”⁸.

Introduzione - 1. Diritti sociali, Stati membri e ordinamento europeo – 1.1 Definizione dei diritti sociali – 1.2 Clausola di politica sociale o diritti effettivi – 2. I modelli europei di tutela dei diritti sociali – 2.1 Il welfare state europeo: mito o realtà? - 2.3 I modelli dei paesi dell’Europa meridionale - 2.4 Il modello scandinavo - 2.5 Il modello bismarkiano - 2.6 Il modello dei paesi anglosassoni - 2.7 I modelli dell’Europa dell’Est – 3. I diritti sociali e l’Unione Europea: riconoscimento ed evoluzione – 3.1 Dall’Atto Unico Europeo al Trattato di Nizza – 4. I diritti sociali e il problema delle competenze – 4.1 La competenza comunitaria in materia di diritti sociali - 4.2 L’integrazione negativa delle libertà economiche e il rapporto con i sistemi nazionali di Welfare - 4.3 La cittadinanza europea e il problema della convergenza dei sistemi nazionali di sicurezza sociale – 5. Conclusioni

1. Diritti sociali, Stati membri e ordinamento europeo

Il presente capitolo vuole affrontare il problema della individuazione e definizione dei diritti sociali negli ordinamenti degli Stati membri dell’Unione Europea e nell’ordinamento comunitario, al fine di valutarne l’effettiva giustiziabilità sul piano dell’ordinamento comunitario.

Si vuole partire da una prima affermazione: il problema della giustiziabilità⁹ di un diritto è centrale per l’affermazione e, si può dire, per il riconoscimento ontologico dello stesso. Per

⁸ V. Onida, *Spunti in tema di Stato costituzionale e di diritti fondamentali*, in L. Lanfranchi (a cura di), *Lo Stato costituzionale. I fondamenti e la tutela*, Istituto Enciclopedia Italiana, Roma, 2006, pp. 59-61.

⁹ Il termine giustiziabilità è tipicamente politologico, e per noi giuristi quindi è un termine atecnico; con esso si intende la situazione sostanziale e processuale relativa alla garanzia delle situazioni giuridiche di volta in volta protette (sia con rango costituzionale, che comunitario, che internazionale che anche legislativo).

quanto riguarda i diritti sociali tale affermazione fa sorgere non poche problematiche. Infatti, come si cercherà di illustrare nel prosieguo, i diritti sociali presentano notevoli divergenze rispetto a quei diritti che vengono definiti come “classici”, in particolar modo sotto il profilo, proprio, della loro giustiziabilità.

Per poter affrontare il tema della giustiziabilità di tali diritti, per prima cosa ci si dovrà, dunque, chiedere quali sono i diritti sociali e, forse ancora prima, che cosa sia un diritto sociale; se questi diritti godono delle stesse garanzie degli altri diritti e, se siano attivabili in giudizio come i diritti civili e politici ed, infine, quale sia l’equilibrio tra l’affermazione del diritto e la sua garanzia.

Gli interrogativi qui posti risultano avere delle risposte piuttosto divergenti già a livello di ordinamenti nazionali, risposte che si complicano ulteriormente nel momento in cui si trasla l’analisi dal piano nazionale a quello comunitario.

In primo luogo, vi sono da sottolineare le profonde differenze che caratterizzano i diversi sistemi di diritti sociali europei. Non essendo, infatti, la materia sociale una competenza comunitaria, ma bensì una competenza residuale, l’armonizzazione dei sistemi giuridici nazionali in questo campo risulta essere, attualmente, piuttosto scarsa.

Quello che viene definito come modello sociale europeo, si fonda, in realtà, su un’idea generale comune, quasi antitetica alle costruzioni nord-americane, secondo la quale lo Stato deve garantire ai propri cittadini un’esistenza degna e per tanto deve intervenire al fine di sanare le disparità che il mercato e la libera concorrenza creano. L’assunto sul quale i diversi Stati membri dell’Ue fondano il proprio modello statale è quello per cui la società deve farsi carico dei cittadini che hanno meno possibilità. Per rispondere a queste esigenze ogni Stato membro ha, tuttavia, elaborato un modello proprio, tanto che in Europa esistono tante diverse versioni del modello di stato sociale quasi quanti sono gli Stati stessi.

Un secondo fattore di difficoltà è rappresentato dai costi: lo stato sociale costa molto. Basti pensare che l’Unione non avrebbe oggi le risorse sufficienti a garantire l’effettività dei diritti sociali così come li garantiscono i singoli Stati¹⁰.

Spostandosi sul piano comunitario si possono fare alcune premesse. L’integrazione

¹⁰ Il tema dei costi dello stato sociale è un tema molto noto, si veda per tutti W. Scharpf, Politiche sociali ed economiche in Europa. Un approccio alla teoria, in Giochi e paradossi in politica, a cura di G. E. Rusconi, Einaudi, 1989.

Quello che qui si vuole sottolineare è l’impossibilità, almeno nella prospettiva attuale, di una sostituzione dell’UE agli stati membri in materia di politica sociale. Se l’Unione assumesse davvero il ruolo degli stati in materia di politica sociale allora bisognerebbe riconfigurare l’Unione stessa in senso federale, e questo perché per sostenere i costi di un’Europa sociale, sostitutiva delle politiche degli stati membri, occorrerebbe un sistema centrale di riscossione dei tributi simile a quello di uno stato federale capace, in un secondo momento, di redistribuire tali entrate a organi decentrati, situati nei singoli stati membri, incaricati di gestire i servizi sociali, intesi qui in senso lato, vincolati ad un programma e ad una verifica da parte del “governo centrale” al fine di garantire nei 27, o più, stati membri il medesimo livello e garanzia dello stato sociale.

economica dell'Unione ha creato benessere e soprattutto ha fatto sì che gli ordinamenti nazionali europei convergessero e si armonizzassero in tutti quei settori sottoposti alla competenza comunitaria. Questo tipo di armonizzazione economica è però arrivato a un punto tale di integrazione che da solo, oggi, risulta insufficiente, senza l'apporto di adeguate politiche sociali che ne garantiscano il bilanciamento. L'integrazione europea non può prescindere dall'integrazione sociale ma, al contrario di quanto pensavano i padri fondatori, tale integrazione non è conseguenza automatica della prima.

Si vuole suggerire un paragone per descrivere la parabola evolutiva dell'UE, prendendo a prestito il pensiero di T. Marshall¹¹. Secondo questo autore il progressivo riconoscimento dei diritti civili politici ed, infine, sociali corrisponde alle fasi evolutive dello stato nazionale così come sviluppatosi dal XVIII al XX secolo, passando dal modello di stato liberale fino a quello sociale. Visto da un'altra prospettiva si può affermare che anche l'Unione ha affrontato e affronta tale tipo di evoluzione: da un'iniziale fase in cui gli obiettivi economici risultano preponderanti, attraverso il progressivo riconoscimento pretorio dei diritti civili e politici dei cittadini dell'UE, fino al momento attuale, caratterizzato da una situazione di crisi economica, dove il problema della politica sociale si fa pressante, in un contesto a 27 Stati nel quale non si può più ignorare le esigenze connesse al cosiddetto "modello sociale europeo". Insomma, il modello comunitario si sta trasformando da quello di uno Stato liberale o neo liberale, che protegge come valori fondamentali l'integrazione e lo sviluppo economici, tipico degli Stati del secolo passato, ad un modello simile a quello degli Stati contemporanei, dove le correzioni del mercato, affidate all'intervento statale, servono a garantire ai cittadini standard di vita adeguati¹².

Analizzando l'evoluzione della Comunità prima e dell'Unione oggi ci si rende conto che tanto più l'integrazione economica avanza, tanto più la necessità di una integrazione sociale viene avvertita.

Sintetizzando si può quindi affermare che il problema della giustizia e dei diritti sociali a livello comunitario si articola in due sottoproblemi: da un lato, l'assenza di uniformità dei sistemi sociali europei e quindi la difficoltà di creare standard univoci di garanzia accettabili da tutti e dall'altro, la difficoltà di prevedere uno stato sociale comunitario rispettando il rapporto di competenze tra gli Stati membri e l'Unione, basato sul principio di sussidiarietà¹³. Ciò che qui si propone è, dunque, una lettura dell'integrazione europea dei diritti sociali che punti sul riconoscimento delle differenze tra gli ordinamenti nazionali in un'ottica non tanto,

¹¹ L'opera originale è del 1950 intitolata *Citizenship and social class*.

¹² Cfr. J. Baquero Cruz, *La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el tratado de Amsterdam*, in *Revista de derecho Común*, pp. 639-666, qui. p. 645.

¹³ Cfr. B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario RGL*, 2000, 4.

tesa alla loro riconciliazione quanto piuttosto, alla ricerca di standard condivisibili. Per dirla diversamente, quello che si vuole ricercare e definire, è la convergenza sull'*an* dei diritti, sul loro significato, pur attraverso il *quomodo* lasciato alla competenza nazionale, al fine di comprendere il quadro comunitario e la sua armonizzazione.

1.1 Definizione dei diritti sociali

Al fine di dare una risposta agli interrogativi che ci si è posti bisogna, anzitutto, definire i diritti sociali ed il valore assegnato loro dagli ordinamenti degli Stati membri e dall'ordinamento comunitario.

Tali diritti si configurano come diritti fondamentali accanto a quelli cosiddetti classici, cioè i diritti civili e politici¹⁴. Secondo una definizione generalmente riconosciuta, i diritti sociali sono quei diritti improntati a eliminare le disuguaglianze esistenti all'interno della società, garantendo ai soggetti delle posizioni attive di pretesa nei confronti dei poteri pubblici¹⁵.

I diritti sociali sono pertanto diritti relativi, o per meglio dire, “diritti a prestazioni”, che non possiedono un carattere di universalità come invece le libertà e diritti politici. Sono diretti alla persona “concreta e situata in un determinato contesto” nei confronti della quale lo Stato interviene per eliminare la disuguaglianza rispetto alla situazione delle altre persone o gruppi di persone¹⁶.

Fino alla metà del secolo XX i diritti sociali non trovavano una collocazione autonoma all'interno della più generale categoria dei diritti fondamentali. Essi non venivano ancora avvertiti come diritti inalienabili del cittadino, ma erano considerati come un corollario dei classici diritti civili riconosciuti dallo Stato agli individui.

Precursore in questo senso è stata l'analisi condotta T. Marshall, che nel suo storico saggio ha affermato la centralità di questi diritti nella ricostruzione del concetto di cittadinanza¹⁷.

¹⁴ Per quanto attiene alla qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali, e alla teoria della loro indivisibilità si veda Tancredi, L'emersione dei diritti fondamentali assoluti nella giurisprudenza comunitaria, i RDI, 2006, p. 644 ss ed E. Diciotti, Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali: una prospettiva di filosofia analitica, in QCost., 2004, p.733 ss.

¹⁵ Per la ricostruzione dell'ampio dibattito sulla natura di diritti fondamentali dei diritti sociali si vedano L. Principato, I diritti sociali nel quadro dei diritti fondamentali, in GCost, 2001, pag. 873 ss, e P. Carretti, I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali, Giappichelli, Torino, 2005, pag. 401 ss.

¹⁶ Cfr. M.V. Ballestrero, Europa dei mercati e promozione dei diritti, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”. INT-55/2007

¹⁷ Nel suo saggio, *Cittadinanza e classe sociale* (La Terza 2002, cit. p. 13), si legge: “mi propongo di dividere la cittadinanza in tre parti [...] chiamerò queste tre parti o elementi il civile, il politico e il sociale. L'elemento civile è composto dai diritti necessari alla libertà individuale: libertà personali, di parola, di pensiero e di fede, il diritto di possedere cose di proprietà e di stipulare contratti validi, e il diritto di ottenere giustizia [...] Per elemento politico intendo il diritto a partecipare all'esercizio del potere politico, come membro di un organo investito di autorità politica o come elettore dei componenti di un tale organo. [...] Per elemento sociale

Secondo la definizione, oggi, comunemente accettata, i diritti sociali sarebbero un elemento fondante della cittadinanza in quanto individuano una serie di garanzie che permettono al cittadino di essere più di un semplice appartenente ad una società, qualificandolo, anzi, come soggetto attivo in essa. Garantire il lavoro, condizioni di vita degne e protezione in caso di perdita del lavoro da parte dello Stato, significa approntare un *welfare state* che guarda ai suoi cittadini non più solo come sudditi, il cui unico valore poggia sulla capacità di produrre ricchezza, ma come persone il cui valore intrinseco è dato proprio dall'essere uomini, i quali, pertanto, appartengono ad una società che non solo pretende qualcosa da loro, ma che si fa carico di proteggerli e guidarli per tutto il corso della loro vita.

Un altro aspetto importante che emerge da tale definizione è il carattere non immutabile dei diritti sociali. Ciò che deve essere garantito al cittadino varia da epoca a epoca e da società a società. I diritti sociali sono, in pratica, la coscienza sociale della società che muta e si amplia a seconda delle condizioni generali in cui opera lo Stato¹⁸.

Se questo è vero da un lato, dall'altro vi è un secondo elemento importante che gioca un ruolo nel riconoscimento della portata dei diritti sociali: il mercato. Fino a quando il cittadino non viene percepito al di sopra e al di là delle regole del mercato, cioè fino a quando non viene sganciato dall'essere considerato una mera forza produttrice, non potrà aversi il riconoscimento dei suoi diritti sociali. Non per niente, sempre secondo T. Marshall, “queste aspirazioni sono state soddisfatte [in parte] facendo entrare i diritti sociali nello status della cittadinanza e creando così un diritto universale a un reddito reale non misurato sul valore di mercato del soggetto”¹⁹.

Se questo concetto è valido nella costruzione dello Stato sociale così come si è avuto in Europa nel corso del XX secolo, lo sarà, come si vedrà, ancor più nella costruzione dell'Unione europea che, sganciata dalla visione meramente economica dei suoi fini, dovrà farsi carico della dimensione sociale dei suoi cittadini per costruire un' “Unione [*che*] si fonda sui valori indivisibili e universali di dignità umana, di libertà, di uguaglianza e di solidarietà; un'Unione [*che*] si basa sui principi di democrazia e dello stato di diritto”²⁰, sempre e comunque nel rispetto del principio di sussidiarietà.

Secondo la definizione che si è data, i diritti sociali sarebbero dunque, tutti quei diritti che garantiscono alla persona un'esistenza degna e, pertanto, sono quei diritti senza i quali nemmeno i diritti civili e politici potrebbero essere esercitati. In pratica, se il cittadino non ha

intendo tutta la gamma che va da un minimo di benessere e sicurezza economica fino al diritto di partecipare pienamente al retaggio sociale e a vivere la vita di persona civile, secondo i canoni vigenti nella società”.

¹⁸ Il concetto è molto semplice ed intuitivo, basti pensare allo sviluppo delle garanzie dei lavoratori dall'800 al 900 cfr. Perulli, La promozione dei diritti sociali nell'era della globalizzazione, in *Dir. Rel. Ind.*, 2001, 01, 157.

¹⁹ T.H. Marshall, *op. cit.* Pag. 50.

²⁰ Cfr. Il preambolo della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, il corsivo è nostro.

i mezzi per la sopravvivenza egli non è veramente un cittadino perché gli sarebbe impossibile partecipare alla vita attiva nella società. La vera conquista di questa affermazione sta nell'idea che uno stato sociale non può essere tale se una fascia della sua popolazione non ha i mezzi per partecipare alla vita politica collettiva e, per tanto, lo Stato deve metter i cittadini, tutti, su un piano di uguaglianza materiale di modo che essi, avendo garantito il minimo per condurre un'esistenza degna, possano partecipare alla vita democratica della nazione.

Ma qual è la definizione di esistenza degna? Quali sono le esigenze di una persona assicurata le quali essa possa condurre un tale tipo di esistenza? È fuor di dubbio che una risposta univoca a tali domande non esiste. Per semplificare con un esempio basti pensare alla materia del lavoro. All'inizio del 1900 lavorare fino a 13 ore al giorno, anche per ragazzi e donne, era considerato normale, oggi questo pensiero fa quasi orrore ed è ben noto l'impegno assunto dai governi occidentali per evitare lo sfruttamento del lavoro minorile e delle lavoratrici madri. Ma è una questione di mutamento della sensibilità. È la società che è cambiata e con essa anche l'idea che si ha del lavoro e della sua tutela.

Il discorso qui fatto vale in generale per tutti i diritti sociali, mano a mano che la società si sviluppa, cambia il proprio modo di concepire i bisogni primari dell'esistenza: dal cibo alla sanità, dall'istruzione alle politiche sull'occupazione. Vi è, poi, da sottolineare un altro fattore di grande importanza: l'avanzamento tecnologico. Via via che la nostra società si è svincolata dalla necessità di avere grandi quantità di manodopera a disposizione per il lavoro, è cambiata la percezione che si ha del concetto di dignità umana. Questo mutamento di visuale è foriero di grandi novità perché, se ogni uomo ha un valore intrinseco, determinato dal semplice fatto di appartenere alla specie umana, allora questo uomo deve poter soddisfare i propri bisogni in maniera uguale agli altri uomini e per fare questo, data la "naturale" disuguaglianza delle condizioni di vita, è necessario che si intervenga per fare in modo che tali disuguaglianze vengano eliminate.

Questa è dunque l'aspirazione che sta alla base della nascita dello Stato Sociale, Welfare State, État providance o Sozialstaat secondo i diversi paesi: uno stato che si preoccupa dei suoi cittadini e che si impegna a garantire loro una vita degna di essere chiamata tale, secondo gli standard della società di riferimento.

Per generalizzare si può quindi affermare che la definizione di stato sociale incarna quella serie di principi normativi che costituzionalizzano le obbligazioni dei governi nazionali nel campo della politica sociale ed economica, volti a garantire la sicurezza sociale e a minimizzare le differenze sociali²¹.

²¹ Cfr. G. S. Katrougalos, The implementation of social right in Europe, in *The Columbia Journal of European Law*, 2, 1996, pp. 277-316, qui p. 278.

Questo cambiamento del ruolo dello Stato, da astensione a intervento, crea conseguentemente una nuova categoria di diritti: i diritti sociali.

Prima di poter fornire un catalogo esaustivo di quelli che sono considerati i diritti sociali “moderni” bisogna, innanzitutto, analizzare come e perché essi abbiano ricevuto tutela nei vari ordinamenti degli Stati membri dell’UE, cercando di chiarire perché non si possa ancora parlare di modello sociale europeo.

1.2 Clausola di politica sociale o diritti effettivi

Prima di affrontare l’analisi dei modelli sociali che caratterizzano gli Stati membri, è opportuno soffermarsi brevemente su un aspetto che influisce fortemente sulla tutela offerta ai diritti sociali, la loro generale divisione in due categorie: quelli ritenuti immediatamente giustiziabili e quelli che, data la loro vocazione programmatica, sono interpretati come norme di indirizzo per l’azione statale.

Fin dalle prime enunciazioni, i diritti sociali si sono caratterizzati per una minore intensità della vincolatività dei precetti in essi incarnati, mentre i diritti civili e politici sono sempre stati intesi come diritti a prestazioni negative, cioè come diritti che impongono allo Stato una non ingerenza nella sfera privata del cittadino, incarnando l’idea del diritto che appartiene al soggetto *ex ante*, al contrario, i diritti sociali vengono intesi come bisogni dell’individuo i quali per essere soddisfatti abbisognano dell’intervento dello Stato. In questo senso, i precetti costituzionali riguardanti i diritti sociali, vengono letti come norme di indirizzo rivolte al potere legislativo e non come norme direttamente attributive al singolo di un diritto azionabile. Come si è detto, ciò non vale per l’intera categoria di diritti sociali, alcuni di essi sono, infatti, ritenuti immediatamente rivendicabili di fronte ad una Corte, ma ciò avviene esattamente perché tali diritti hanno un contenuto puntuale e non implicano direttamente l’intervento statale per il loro godimento²². Se, ad esempio, si pensa al diritto di sciopero, si nota che per essere esercitato esso richiede, come unico intervento statale, che la polizia si astenga dallo sciogliere i manifestanti, è cioè un’azione negativa, un *non facere* statale. Al contrario, il diritto all’assistenza sanitaria si caratterizza per la necessità di approntare un apparato pubblico con lo scopo di assicurare a tutti i cittadini la possibilità di ricevere cure mediche in caso di malattia, implicando un *facere* statale.

Per ciò che attiene alla loro giustiziabilità questi diritti vengono quindi considerati non in

²² Secondo la dottrina il diritto di sciopero sarebbe in effetti un diritto di libertà e, si avvicinerebbe pertanto più ai diritti politici che non a quelli sociali, sia per quanto riguarda la sua formulazione sia per la sua possibilità di essere attivato in giudizio.

ragione della prestazione a cui danno accesso, ma al fine che intendono perseguire e si capisce, pertanto, come questo parametro possa essere flessibile e soprattutto sottoponibile a limiti, creando una disparità di tutela tra i diritti ad una prestazione ed i “diritti ad un interesse”. L’alto grado di indeterminatezza di questi diritti fa sì che, per ottenere una loro protezione efficace, l’intervento dello Stato e della magistratura debba essere più intenso²³. In questo senso, infatti, i cosiddetti diritti sociali programmatici, non possono trovare una tutela effettiva, e quindi non possono considerarsi veri diritti, fino a quando le Corti non definiscono i limiti che la norma impone agli individui e allo Stato affinché questi possano essere goduti. Tali diritti, pertanto, non si concretizzano nell’attribuzione al singolo cittadino di una pretesa immediatamente soddisfabile, che di per se gli garantisca un *quid* immediato, al contrario, questi diritti generano delle aspettative per il cittadino e delle pretese nei confronti della pubblica amministrazione. Si può fare un altro esempio. Il diritto all’istruzione non garantisce automaticamente l’attribuzione di un titolo di studio al singolo ma, garantisce la possibilità di frequentare gratuitamente la scuola dell’obbligo, fino al raggiungimento dell’obiettivo titolo di studio. L’interesse che lo Stato ha nei confronti di questo diritto è ben diverso rispetto a quello del singolo. Il cittadino vuole la garanzia di un posto in aula, di un insegnante competente ed infine di un titolo spendibile sul mercato del lavoro; lo Stato vuole livelli di istruzione elevati, riduzione dell’analfabetismo ed, in ultima analisi, cittadini istruiti coscienti del proprio ruolo attivo nella società. Perciò, non è realmente possibile garantire il diritto all’istruzione inteso come fine statale, al contrario è invece possibile garantire al singolo studente di prendere parte alle lezioni della scuola dell’obbligo.

La distinzione in due categorie di diritti sociali appare fondamentale per capire lo sviluppo della tutela che i diritti sociali ricevono, in particolar modo nell’ordinamento comunitario; perché è proprio la difficoltà di garantire l’implementazione delle clausole sociali che genera un’asimmetria a livello comunitario tra la garanzia di quei diritti che sottendono allo sviluppo del piano economico, pacificamente garantiti dalla Corte di Giustizia, e quelli che garantiscono la fruizione dello stato sociale, i quali ricevono una tutela altalenante da parte della stessa Corte. In pratica, l’Unione promuove le politiche sociali statali ma non ha ancora le capacità e i mezzi per organizzare una politica sociale che, basandosi sulle norme di indirizzo, la vincoli, così come avviene negli ordinamenti statali, ad un progetto compiuto di stato sociale, ma si tornerà nel prosieguo sulla questione, quando si affronterà la tematica della Carta dei diritti fondamentali e la riconduzione dei diritti sociali nella categoria di diritti fondamentali protetti dall’ordinamento comunitario.

²³ Cfr. J. Baquero Cruz, La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el tratado de Amsterdam, in Revista de derecho comunitario, 1998, pp. 639-666, qui p. 641.

2. I modelli europei di tutela dei diritti sociali

L'affermazione da cui si vuole prendere le mosse è quella secondo la quale esiste un modello sociale che può definirsi europeo.

Tuttavia, come si è brevemente accennato, *il modello sociale europeo* in quanto tale non esiste, o per meglio dire non è ancora stato costruito in maniera univoca e determinata.

Ad oggi, infatti, quello del modello sociale europeo è più un'aspirazione che non una realtà di fatto, anche perché, partendo dal dato fattuale, è possibile notare come la politica sociale europea sia una politica di coordinamento di sistemi differenti e non una materia armonizzata. È pertanto necessario affrontare il problema secondo due punti di vista differenti: l'uno astratto, nel quale il modello sociale europeo viene considerato come modello teorico costituzionale dello stato sociale europeo e, l'altro pratico, ove si prendono in considerazione la normativa comunitaria di riferimento e le azioni che l'Unione si propone per il futuro in quest'ambito.

Quello che è certo è che gli Stati membri dell'Unione hanno sviluppato, durante il XX secolo, in particolar modo a partire dalla fine della seconda guerra mondiale, modelli di welfare state differenti, tesi a garantire ai cittadini appena usciti dal secondo conflitto mondiale la possibilità di una vita dignitosa.

In linea generale e per comodità si suole distinguere i differenti modelli di stato sociale presenti in Europa dividendoli in gruppi: un primo è rappresentato dagli ordinamenti degli Stati dell'Europa meridionale (Italia, Spagna, Portogallo, Grecia e Francia) che si caratterizzano per l'inclusione nel tessuto costituzionale dei diritti sociali tramite un elenco degli stessi; un secondo è quello degli Stati del nord-Europa (Scandinavia, Norvegia e Svezia) caratterizzati dal più alto livello di protezione sociale; un terzo è rappresentato dagli Stati continentali (Olanda, Belgio, Lussemburgo e Germania) che hanno optato per una soluzione intermedia per cui i diritti sociali vengono inseriti nelle Costituzioni come obiettivi di politica, senza però prevedere un catalogo degli stessi²⁴. Vi è poi il modello anglosassone che non prevede un riconoscimento costituzionale di tali diritti, nel senso testuale del termine, stante l'assenza di una Costituzione scritta nell'ordinamento britannico, che ne è il precursore.

Infine, vi sono i paesi dell'ultimo allargamento, cioè i paesi ex-comunisti dell'est Europa che rappresentano un modello a se stante, il quale prevede un'equiparazione di fatto dei diritti

²⁴ La clausola sociale della Legge Fondamentale tedesca offre una chiara idea di questo tipo di approccio, vedi ad esempio 'Social right in European Constitutions', in G. De Búrca – B. De Witte, *Social rights in Europe* (Oxford University Press 2005) 22 ss.

sociali e di quelli civili e politici²⁵.

Per prima cosa si può affermare che tutti i paesi dell'UE riconoscono e tutelano i diritti sociali a livello di legislazione ordinaria, con particolare attenzione ai diritti dei lavoratori e di assistenza sociale.

Non tutti, al contrario, prevedono una codifica a livello di Costituzione di tali diritti, e molto spesso anche quando i diritti sociali vengono inseriti nei testi costituzionali essi sono spesso intesi più come clausole di indirizzo politico che come posizioni attive direttamente tutelabili²⁶.

Si deve poi sottolineare un'ulteriore fonte di problematicità: l'assenza di definizioni comuni dei diritti sociali comporta non solo, che i diversi Stati membri tutelano differenti diritti sociali ma che gli stessi sono formulati e, pertanto, tutelati in forme differenti.

Ad ogni modo, pur con delle specifiche differenze, è possibile affermare che esiste un nocciolo di diritti sociali che caratterizza il modello sociale europeo: pensioni di anzianità, assicurazioni per malattia e infortuni, tutela del lavoro e in caso di licenziamento, sanità ed educazione e tutela della maternità e dell'infanzia, i quali costituiscono i principi cardine su cui si basano le politiche sociali degli Stati membri²⁷, ed hanno lo scopo di garantire un minimo di sussistenza economica a tutti i cittadini, attraverso apparati di redistribuzione della ricchezza approntati dallo Stato stesso²⁸.

Si deve ricordare, ancora una volta, che i diritti sociali, ancor più rispetto alle libertà negative, necessitano dell'azione integratrice/attuativa del legislatore ordinario, vale a dire che la loro esigibilità, sotto il profilo della giustiziabilità, necessita l'intervento della pubblica amministrazione, senza la quale il diritto anche se enunciato rimane sprovvisto di mezzi per essere esercitato. Il riconoscimento costituzionale del valore fondamentale di tali diritti, infatti, non è sufficiente senza l'intervento dell'apparato statale, affinché essi siano effettivamente esercitabili e tutelabili. Non è un caso, quindi, che si parli di stato sociale, posto che, i diritti sociali, ancor più di quelli civili e politici, necessitano dell'intervento dell'apparato statale che garantisca loro un substrato sul quale implementarsi.

²⁵ Cfr. C. Costello (ed.), *Fundamental social rights: Current European Legal Protection and the Challenge of the UE Charter of Fundamental Rights* (Dublin, Irish Centre for European Law, 2001).

²⁶ Cfr. Aristovoulos Manassis, in Iliopoulos-Strangas (ed.), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union europeenne : etude de droit compare*, Athenes : Ant. N. Sakkoulas ; Bruxelles : Bruylant ; Baden-Baden : Nomos Verlagsgesellschaft, 2000, p.19

²⁷ Cfr. O' Leary, *Solidarity and Citizenship Rights*, in de Búrca (ed.), *EU Law and the Welfare State – In Search of Solidarity* (Oxford: Hart Publishing, 2005) 39 ff.

²⁸ Cfr. G. S. Katrougalos, *The implementation of social rights in Europe*, (1996) 2 *Columbia Journal of European Law*, 277.

2.1 *Il welfare state europeo: mito o realtà?*

Prima di descrivere sommariamente gli ordinamenti sociali dei diversi paesi europei ribadisce che esistono sicuramente dei valori e dei diritti, che definiremo sociali che vengono avvertiti da tutti gli Stati membri dell'UE come meritevoli di tutela e di garanzia.

Il problema fondamentale è che, benché esista questo substrato comune di coscienza sociale europea, manca una omogeneità di metodologie sia da un punto di vista dell'attivazione dell'azione di garanzia del diritto, sia per quanto riguarda il quantum della tutela offerta.

Infatti, gli standard comunitari, faticosamente raggiunti con la Carta dei diritti fondamentali, risultano ancora limitati per portata e per garanzie e non sono in grado di qualificarsi come costitutivi di un generale modello uniformemente applicabile e soprattutto uniformemente sindacabile.

Quello che certamente è vero è, che non si può sostenere che l'Unione abbia, oggi, raggiunto quel modello di Unione che Delors definiva "a mixed economy, with participation of all citizens, that combines the market with the state steering and the social dialogue"²⁹.

Negli ultimi decenni lo stato sociale è entrato in crisi in quasi tutta Europa e ha avuto bisogno di riforme anche drastiche. Il problema principale è rappresentato dalla sua sostenibilità economica. Fattori quali l'allungamento della vita media, ottenuto grazie ai progressi della scienza e della medicina, hanno aumentato le spese, specie sanitarie e pensionistiche; i processi di globalizzazione che hanno messo in competizione l'Europa con paesi con un basso costo della manodopera, i quali hanno poche o nulle spese di welfare, accentuano la competizione economica tra e al di fuori paesi membri.

Il problema della tutela dei diritti fondamentali e in particolar modo di quelli sociali, da parte dell'ordinamento comunitario, è, così, emerso nel momento in cui l'affermazione della dottrina dell'effetto diretto, della supremazia del diritto comunitario e dei poteri impliciti, hanno fatto apparire chiara, l'insufficienza della tutela offerta dall'ordinamento comunitario in quest'ambito.

Dal 1974 in poi, con quella che è stata definita la fine della prosperità³⁰, si è quindi, incominciato a parlare di politica sociale comunitaria, e di attivismo sociale, che si è incarnato nelle direttive comunitarie in materia di lavoro promulgate negli anni 80.

L'integrazione positiva attraverso la normazione offerta dal diritto comunitario risulta comunque insufficiente e viene superata da quella negativa, cioè quella che si sviluppa attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, la quale però riguarda ancora solo la

²⁹ J. Delors, *Defending the European model of society*, in Commission of the European Communities, *Combating the social exclusion, Fostering integration*, 49, 1992.

³⁰ B. Veneziani, *In nome...*, op. Cit.

tutela delle libertà di circolazione, elevate a diritti fondamentali, creando “un’asimmetria tra integrazione positiva e negativa dei sistemi nazionali di welfare state, che si è detto essere il principale precipitato delle trasformazioni della costituzione economica europea”³¹.

Questa timida giurisprudenza della Corte di Giustizia ha aumentato ancor più il deficit di tutela comunitaria, laddove ha esposto, ancor più, i diritti sociali nazionali alle pressioni della liberalizzazione economica europea.

Fondamentalmente, il deficit di tutela comunitaria dei diritti fondamentali ha riguardato sia l’assenza di compiuti riferimenti inseriti nei Trattati, sia la giurisprudenza della Corte di Giustizia, il cui dialogo, anche con le Corti costituzionali nazionali, ha sempre riguardato i diritti fondamentali intesi come libertà economiche e non i diritti sociali.

Tutto ciò, come si diceva, ha creato una forte asimmetria tra la garanzia e lo sviluppo del modello economico comunitario e quello sociale, in particolar modo a seguito della costituzionalizzazione dei Trattati operata dalla Corte. Dato che nei Trattati i diritti sociali non vengono indicati come diritti pienamente giustiziabili, la giurisprudenza della Corte ha, per contro, fortemente espanso la tutela delle libertà economiche, ma facendo ciò avrebbe, come sostengono alcuni, “smantellato le tutele approntate dagli ordinamenti sociali nazionali”³². Dagli anni ottanta in poi il dialogo intorno alla necessità di un catalogo di diritti sociali comunitari si è fatto più pressante. L’idea era quella di poter compensare il deficit creato dall’integrazione negativa attraverso l’inserimento nel Trattato di un catalogo di diritti sociali che potesse fungere da base per uno sviluppo della giurisprudenza della Corte in materia, per scongiurare ciò che era già avvenuto, e cioè l’elaborazione pretoria di diritti fondamentali strumentali unicamente alle esigenze di integrazione economica³³.

Si vedrà nel prosieguo, come si sia dovuti attendere quasi 20 anni per scrivere un catalogo comunitario che prevedesse esplicitamente la tutela dei diritti sociali. Ciò che qui si è cercato di evidenziare è come questa esigenza abbia alle sue origini il mutamento della concezione stessa dell’Unione avutosi negli ultimi decenni, la quale ha condotto, a seguito della stesura della Carta, alla necessità di una modifica dei Trattati nella materia sociale, al fine di colmare il gap tra integrazione positiva e negativa.

2.2 I modelli dei paesi dell’Europa meridionale

Procedendo con l’analisi dei modelli sociali nazionali, si vuole cominciare da quelli vigenti negli Stati dell’Europa del sud: Italia, Spagna, Portogallo, Grecia e Francia.

³¹ Cfr. F. Carinci e A. Pizzoferrato, “Costituzione” europea e diritti sociali fondamentali, in LD, 2000, pp. 281 ss.

³² Cfr. S. Simitis, Dismantling on strengthening labour law: the case of European Court of Justice, in ELJ, 1996, pp. 1ss.

³³ In questo senso si veda la nota di analisi di J. Coppel e A. O’Neil, The european Court of justice: taking rights seriously?, in CMLR, 1992, pp. 669 ss.

Questi paesi hanno sviluppato un sistema di tutela dei diritti sociali che si basa sul presupposto della loro inclusione all'interno dei testi costituzionali. La prima affermazione in questo senso si ritrova già nella Costituzione rivoluzionaria francese del 1791, dove si legge che dovere della rivoluzione è di trasformare la carità ai poveri in un vero e proprio diritto³⁴. A differenza dei modelli dell'Europa centrale, questi paesi non solo prevedono una cosiddetta clausola sociale nel testo costituzionale ma, generalmente, accolgono anche un catalogo dettagliato dei diritti sociali che lo Stato deve garantire. Ferma restando l'idea che il catalogo espresso nelle Costituzioni abbia comunque un carattere di variabilità legato sempre allo sviluppo della società, questi modelli, consacrando nel testo Costituzionale taluni diritti, riflettono l'esigenza di garantire che, per lo meno quei diritti espressi, non possano venire derogati, elevandoli in tal modo a *core* delle politiche sociali statali.

Come si è già detto, infatti, tutte le normative nazionali prevedono che la normazione puntuale dei dettami costituzionali sia devoluta al legislatore, pertanto, anche nei modelli che espressamente richiamano i diritti sociali nelle costituzioni, spetta comunque alla volontà parlamentare l'implementazione e la tutela di tali diritti. Infatti, in nessun testo costituzionale si rinvencono norme puntuali che descrivano come dare attuazione ai precetti ivi esposti, lasciando al legislatore nazionale il compito di prevedere le modalità di riconoscimento, attuazione e tutela dei diritti ivi enunciati.

L'inserimento di un catalogo di diritti sociali nei testi costituzionali eleva, tuttavia, questi stessi ad un rango più elevato nella gerarchia delle fonti, pertanto è possibile sostenere che in questa famiglia di paesi vi è un riconoscimento dei diritti sociali come fondamentali, sia pure nell'ambito di un loro riconoscimento graduale, rispettoso della discrezionalità legislativa e soprattutto delle relative problematiche di copertura di spesa³⁵.

³⁴ Cfr. Comité de Mendicité de la Constituante, 1er Rapport, 1790. È la prima volta che un testo costituzionale riconosce i diritti sociali in quanto tali, svincolandoli dall'idea di uno stato che fa carità ai più poveri (cfr. la nota 32). Per incontrare un altro testo costituzionali che riconosce tali diritti bisognerà attendere poi la repubblica di Weimer.

³⁵ L. Carlassare, Forma di stato e diritti fondamentali, in Quaderni Costituzionali, 1995, 1.

2.3 Il modello scandinavo

Il modello scandinavo, come viene chiamato, è quel modello di stato sociale che si è sviluppato nei paesi del nord Europa, in particolare a partire dagli anni sessanta del ventesimo secolo. Il caposaldo di questo modello si fonda sul principio universalista di erogazione dei servizi sociali pubblici, sulla perfetta equiparazione dei diritti sociali a quelli civili e politici³⁶, e prende le mosse dall'esigenza di implementare le disposizioni costituzionali, presenti in tutte le Costituzioni del nord, che riconoscono il diritto al lavoro, ed aspirano alla piena occupazione.

Non tutte le Costituzioni dei paesi del nord prevedano invece, clausole sociali o cataloghi di diritti sociali, ma ciò è dovuto principalmente, non tanto al fatto che ai diritti sociali si neghi il carattere costituzionale, quanto piuttosto al fatto che i modelli di welfare state in questi Stati si sono sviluppati, con i caratteri che oggi li contraddistinguono, in anni recenti (il modello si sviluppa e giunge a compimento tra gli anni 60 e 80 del XX secolo), non consentendo quindi un'integrazione nel tessuto costituzionale delle nuove disposizioni. In generale, però, tutti questi paesi accolgono il cosiddetto modello di solidarietà universale, che si basa sulla creazione di assicurazioni obbligatorie che riguardano tutti i cittadini, e che pertanto garantiscano a tutti le medesime condizioni di accesso ai servizi sociali³⁷. In questi Stati, anzi, il livello di tutela dei diritti sociali è più elevato che altrove, e si basa principalmente su imposizioni fiscali nel mercato del lavoro, in ragione degli interventi pubblici previsti, coniugando alti tassi di efficienza e di equità³⁸.

Un'altra particolarità di questi sistemi consiste nella quasi totale carenza di legittimazione delle Corti ordinarie a conoscere delle controversie in materia di welfare, che sono invece devolute ad organismi amministrativi indipendenti.

A differenza di quanto avviene nei paesi europei influenzati dal modello bismarkiano, nei modelli scandinavi lo sviluppo del diritto del lavoro è caratterizzato da accordi tra sindacati e imprenditori e l'autonomia collettiva riveste un ruolo di primaria importanza nella disciplina di tali rapporti³⁹. Si può dunque affermare che questi modelli si fondano su e funzionano attraverso il diritto amministrativo e del lavoro, più che sul diritto costituzionale.

2.4 Il modello bismarkiano

³⁶ Cfr. H. Hernes, *Scandinavian Citizenship*, Acta Sociologica, 199, 1988.

³⁷ Per fare un esempio si può considerare il settore dell'istruzione. In Svezia è prevista un'"assicurazione sulla scuola" che permette a tutti i ragazzi di sostenere le spese per di istruzione in qualsiasi tipo di istituto, sia pubblico che privato, a prescindere dalle condizioni economiche della famiglia.

³⁸ A. Sapir, *Politiche sociali efficaci al passo della globalizzazione*, Bologna, 2005, pp.1033 ss.

³⁹ A questo proposito si vuole qui accennare a un tema che riprenderemo, e cioè alle critiche suscitate dalle sentenze Viking, Laval e Ruffert.

Un terzo gruppo di Stati, quelli del centro Europa, che appartengono al cosiddetto modello continentale, hanno adottato un sistema misto basato su una clausola sociale inserita nella Costituzione. Capostipite di questo modello è la *Grundgesetz* tedesca⁴⁰, che prevede una serie di clausole generali di protezione dello stato sociale che vincolano i poteri pubblici in ogni loro intervento⁴¹. Il cosiddetto modello bismarkiano, fondato sul principio dell'assicurazione per categorie di lavoratori, connette il godimento dei benefici sociali alla contribuzione e quindi al lavoro. Ma l'inserimento della clausola sociale nelle Costituzioni, fa sì che sia garantito un "piano" costituzionale alla politica sociale e, pertanto, che esista un livello minimo di welfare che il legislatore non può derogare, pur essendo libero di compiere quegli aggiustamenti necessari alla salvaguardia della copertura economica. Questo non significa che in questi Stati non esista una tutela dei diritti sociali, ma piuttosto che essa è maggiormente avvertita in relazione al suo carattere di mutabilità e per tanto si preferisce lasciare al legislatore ordinario la completa definizione e la regolamentazione di essa. Questo modello rifiuta, quindi, di inserire un catalogo puntuale di diritti sociali nel testo costituzionale, pur tuttavia prevedendo una loro costituzionalizzazione attraverso la previsione delle cosiddette clausole sociali. In questi paesi il ruolo delle clausole sociali è quello di fornire, dunque, le linee guida entro le quali deve operare il legislatore. Si garantisce lo stato sociale non attraverso la garanzia dei singoli diritti ma attraverso l'obbligo imposto ai pubblici poteri di garantire lo stato sociale stesso.

2.5 Il modello dei paesi anglosassoni

I paesi anglosassoni fanno storia a sé. In particolare nel Regno Unito, dove manca una Costituzione scritta e, pertanto, disposizioni costituzionali che si riferiscano ai diritti sociali, la politica sociale è interamente devoluta al potere legislativo. I sistemi anglosassoni si differenziano dagli altri modelli europei per una diversa concezione del modello di welfare, che è più inteso come aiuto per gli sfortunati, piuttosto che come eliminazione delle disuguaglianze, come è stato ben detto "le politiche redistributive non si basano su diritti ma su bisogni"⁴². Le critiche al modello "continentale" da parte dei giuristi inglesi si concentrano

⁴⁰ Cfr. l'art. 20 della Legge Fondamentale tedesca che afferma "La repubblica federale di Germania è uno stato federale, democratico e sociale" e rappresenta il modello su cui si sono basate le altre clausole sociali europee.

⁴¹ Si vedano ad esempio gli artt. 1 a protezione della dignità umana, 6 a tutela del matrimonio e della famiglia, 9.3 sulla libertà sindacale, 12 sulla libertà di professione e 20a sulla protezione dell'ambiente.

⁴² Cfr. C. Pinelli, *Modello sociale europeo*, in Riv., dir., sic., soc., 2008, pp. 251-270, qui p.254.

infatti su quello che viene definito il paternalismo⁴³ di questi modelli, nel senso di una loro eccessiva intrusione nelle libertà individuale del cittadino. Il famoso paradigma “dalla culla alla tomba⁴⁴” non è accettabile per il modello anglosassone⁴⁵.

Tuttavia, a partire dal secondo dopoguerra la legislazione sociale che si è sviluppata nel Regno Unito è stata basata sui principi di esclusiva responsabilità dello Stato, universalismo ed equità, al fine proprio di superare la visione caritatevole che accompagnava le politiche sociali precedenti. La giurisprudenza inglese tende comunque sempre a definire i diritti sociali in chiave di principi guida che devono orientare la legislazione statale, piuttosto che come diritti immediatamente rivendicabili⁴⁶.

Il regime che attualmente si è instaurato nei paesi di *common law*, tende infatti a incoraggiare soluzioni *market-oriented* pur garantendo, attraverso una modesta redistribuzione universale, un minimo di assistenza ad ogni cittadino⁴⁷.

2.6 I modelli dell'Europa del'Est

Infine, si deve da analizzare il modello sociale degli Stati ex-sovietici⁴⁸. Ci si limita qui a sottolineare come lo sviluppo delle Costituzioni in questi Stati sia molto recente. Conseguenza della fine dell'Unione Sovietica e della caduta del muro di Berlino, questi paesi accettano e si aprono al modello occidentale di Stato democratico e alla sua economia capitalista, pur mantenendo l'impostazione di fondo della teoria socialista, secondo la quale i diritti sociali fondamentali sono intesi come elementi fondanti dei diritti e delle libertà dell'individuo⁴⁹. Dall'analisi delle nuove Costituzioni degli Stati dell'est Europa salta all'occhio la netta influenza dei modelli costituzionali degli Stati continentali e in particolar modo del sistema tedesco. Infatti, per quanto riguarda lo stato sociale le nuove costituzioni degli Stati ex-sovietici sono fortemente influenzate dal principio della *social market economy*

⁴³ Per una analisi della teoria del paternalismo si veda E. Diciotti, *Paternalismo*, in materiali per una storia della cultura giuridica, 1986.

⁴⁴ Cfr. G. Zagrebeleky, *Questa Repubblica*, Le Monnier, 2003, qui p.213.

⁴⁵ Non a caso la decisione di render vincolante la Carta di diritti fondamentali ha incontrato il consenso britannico solo dopo l'ottenimento di un opt-out, che dovrebbe mirare a scongiurare un intervento della Corte di Giustizia in materia di politica sociale. Per questi argomenti vedi infra cap.....

⁴⁶ Cfr. M. Partington, *The juridification of social welfare in Britain*, in *The Juridification of* ers p. 419, G. Teubner ed., 1987.

⁴⁷ In questo senso si noti che la legislazione sociale inglese si riferisce ai beneficiari dell'assistenza in termini di “clients” dimostrando così come la politica sociale sia improntata a soluzioni di mercato.

⁴⁸ Per un'analisi più esaustiva si veda P. Kovacs, *Le passé et le present des droits économiques, sociaux et culturels dans les pays de l'Europe centrale et orientale*, in *Die Durchsetzung Wirtschaftlicher und Sozialer Grundrechte: Eine Rechtsvergleichende Bestandaufnahme*, F. Matscher ed. 1991.

⁴⁹ Cfr. Kedzia, *Social rights in the (draft) Constitution of central and eastern Europe*, in Drzewicki, Krause, Rosas, p.230 ss.

e presentano tutte una *sozialstaat clause*. Da un lato, dunque, anche in questi paesi l'implementazione delle norme sociali è affidata al legislatore ordinario dall'altro però è previsto che i diritti sociali ricevano le stesse tutele di cui godono gli altri diritti, compresa la possibilità di essere azionati direttamente davanti alle Corti ordinarie.

Dalla breve analisi fin qui condotta sullo stato di riconoscimento dei diritti sociali nei vari paesi europei possiamo trarre alcune prime conclusioni.

In generale, si può affermare che i paesi dell'UE riconoscono uno zoccolo duro di diritti sociali che vengono considerati fondamentali: il diritto al lavoro, il diritto all'istruzione, alla casa, il diritto all'assistenza sociale e sanitaria, il sistema pensionistico e quello di aiuti in caso di disoccupazione.

Benché esista questa unità nelle scelte dei valori da tutelare e, benché tutti gli Stati membri abbiano adottato modelli statali volti a creare degli apparati che garantiscano l'effettivo godimento di tali diritti, non esiste un'unità nella creazione di questi modelli. Pertanto, sia i livelli che i mezzi di garanzia dei diritti sociali differiscono sostanzialmente.

Per questo motivo si può affermare che ad oggi, non esista “un modello sociale europeo”, ma al contrario esistono differenti modelli di welfare state nazionale, relativamente coordinati tra loro. Sulla scorta di questo dato ci si propone di analizzare la traiettoria che hanno compiuto i diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione Europea, cercando di capire se l'Unione posseda un nocciolo duro di diritti sociali equiparabile a quello dei suoi Stati membri e se tali diritti siano concretamente giustiziabili.

3. I diritti sociali e l'Unione Europea: riconoscimento ed evoluzione

Come si è più volte ripetuto, lo spazio riservato ai diritti sociali dai Trattati istitutivi delle Comunità economiche⁵⁰ è pressoché nullo. I motivi di tale assenza possono ricondursi a tre ordini di ragioni⁵¹: anzitutto, alla convinzione, allora diffusa, secondo la quale un'istituzione di tipo economico quale quella comunitaria non avrebbe avuto "alcuna possibilità di incidere sui diritti umani"⁵². Il secondo fattore, poggiava sulla considerazione che una tutela effettiva di tali diritti veniva già garantita sia, a livello nazionale, dal lavoro delle Corti Costituzionali sia, a livello internazionale, dallo strumento offerto dalla Convenzione di Roma del 1950⁵³ ed, infine, dal timore che le neo istituzioni, specie la Corte di Giustizia, potessero espandere le proprie competenze ed i propri poteri.

Tuttavia, non sono mancate proposte differenti. L'allora primo ministro francese Guy Mollet aveva proposto come preconditione all'integrazione economica, un'armonizzazione degli ordinamenti sociali⁵⁴, fondata sull'idea che, avendo gli allora sei Stati fondatori modelli di welfare simili, sarebbe stato facile procedere a tale armonizzazione⁵⁵; ma non era ancora tempo.

Benché l'attenzione prestata ai diritti sociali appare alquanto scarsa nei Trattati istitutivi della CEE, non di meno è da sottolineare che da sempre, la parificazione, verso l'alto, delle condizioni di vita e di lavoro dei lavoratori dell'Unione è stato uno degli obiettivi della Comunità⁵⁶.

La difficoltà maggiore consiste nel fatto che fin dagli albori della Comunità la garanzia di questi diritti è stata ricercata più nel gioco delle forze di mercato che non attraverso strumenti di tutela diretti⁵⁷. I padri costituenti della CEE ritenevano, infatti, che sarebbero stati la cooperazione e lo sviluppo economico i fattori che da soli avrebbero portato al conseguente sviluppo e alla tutela dei diritti sociali, in particolar modo quelli dei lavoratori. In pratica la

⁵⁰ Ci si riferisce qui ai Trattati CEE CECA ed EURATOM firmati a Roma nel 1957.

⁵¹ Cfr. s: Giubboni, I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza, in *Diritto dell' UE*, 2003, 8 pp. 325-356, qui p. 326.

⁵² Cfr. F. G. Jacobs, *Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice*, in *Europ., Law, Rev.*, 2001, pp.331 ss., qui p. 332.

⁵³ La Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma nel 1950 e della quale ad oggi fanno parte tutti gli stati europei compresi quelli che non fanno parte dell'UE.

⁵⁴ Per un'analisi più approfondita delle proposte di Mollet si veda F. W. Scharpf, *The European social model: coping with the challenges of diversity*, in *JCMS*, 2002, 40, n. 4, pp.645-670, qui p. 646.

⁵⁵ Si noti che in effetti agli albori della Comunità i modelli di welfare state dei 6 paesi membri erano molto più simili rispetto a quelli dei paesi che avrebbero aderito in seguito, si pensi al modello anglosassone e a quello scandinavo, e soprattutto non avevano ancora avuto modo di differenziarsi come avrebbero fatto in seguito. Probabilmente sarebbe stato molto più facile costruire allora un' Europa sociale rispetto a quanto non possa essere oggi.

⁵⁶ Articolo 2 del Tce.

⁵⁷ Cfr. M. Luciani, "Diritti sociali e integrazione europea", in *Pol. del dir.*, 2000, n. 3, p. 367.

Comunità veniva concepita e acquistava legittimità “come ordinamento rivolto alla garanzia delle libertà economiche ed alla protezione della concorrenza da parte delle istituzioni sovranazionali. Questa legittimazione era indipendente da quella delle istituzioni democratiche degli Stati costituzionali”⁵⁸ e prevedeva quello che è stato definito un “political decoupling of economic integration and social-protection issues”.⁵⁹

Gli Stati membri allo scopo di evitare un’espansione surrettizia delle competenze comunitarie, cercarono di scongiurare la creazione di quel nesso “tra l’enunciazione di un *Bill of rights* e l’estensione delle competenze centrali a scapito delle unità nazionali”⁶⁰, tipico del modello statunitense, creando così un Europa a “due livelli”. Da un lato, il livello economico fondato sull’idea dell’integrazione e dell’armonizzazione degli ordinamenti degli Stati membri, volto a garantire il mercato unico, la stabilità economica e la crescita; dall’altro, il piano sociale, che rimaneva affidato agli Stati membri e, pertanto, si sviluppava in modo differenziato, con l’unico limite comune che era rappresentato dai vincoli di bilancio imposti agli Stati membri dalla Comunità, per il raggiungimento degli scopi economici. La Comunità degli albori, profondamente convinta che l’integrazione economica avrebbe portato anche allo sviluppo e alla tutela dell’integrazione sociale, non fece i conti con un dato storico, e cioè che lo sviluppo dello Stato liberal-democratico e quello sociale contemporaneo si sono spesso dovuti confrontare con crisi di mercato e con l’esigenza, conseguente, di un intervento sussidiario del potere pubblico in economia⁶¹. Non è un caso, dunque, che così come gli Stati membri abbiano avvertito l’esigenza della creazione dello stato sociale anche l’Unione, specie a seguito della crisi degli anni 70, abbia dovuto rimettere in discussione il proprio modello fondativo e si sia trovata ad affrontare il problema dell’integrazione sociale. Ma negli anni 50 il sentire comune era diverso, i popoli europei appena usciti dal conflitto mondiale vedevano nel progresso economico la soluzione a tutti i mali.

Da questo punto di vista anche gli altri strumenti internazionali di protezione dei diritti umani non davano grande peso ai diritti sociali⁶². La stessa CEDU non prevedeva né prevede⁶³, un

⁵⁸ C. Jeorges, What is left of the European economic constitution? A melancholic eulogy, in *European law Review*, 2004, pp. 461 ss., qui p.471.

⁵⁹ F. W. Scharpf, The European social model: coping with the challenges of diversity, in *Journal of Common market studies*, 2002, pp. 645 ss, qui p. 646.

⁶⁰ Cfr. Giubboni opera citata.

⁶¹ Cfr. S. Gambino, Diritti sociali e Unione europea, relazione alle “VI Jornadas sobre la constitucion europea” Università di Granada e Instituto Andaluz de Administracion Publica (Granada, 11-12 Marzo 2008).

⁶² Anche a livello internazionale l’attenzione originaria per i diritti sociali fondamentali appare scarsa. Se pensiamo agli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell’uomo i primi ad essere sottoscritti sono stati quelli sui diritti civili e politici, prima fra tutte la Dichiarazione universale dei diritti dell’uomo del 1948. Seguirono poi le altre Convenzioni ONU, ma quella sui diritti sociali dovrà attendere il 1966 quando viene firmato il Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali, contestuale al Patto sui diritti civili e politici. Seguiranno poi nel 1974 la Convenzione sull’eliminazione della discriminazione razziale, nel 1979 la Convenzione sulla non discriminazione della donna, nel 1984 la Convenzione contro la tortura, nel 1989 la

catalogo di diritti sociali, tutelando in via principale i diritti classici del costituzionalismo moderno ed intersecando solo marginalmente i diritti di seconda generazione.

Il riconoscimento esplicito di essi dovrà attendere il 1961 con la Carta sociale europea (rivista nel 1996) che ribadiva la necessità di una tutela indivisibile dei diritti fondamentali dell'uomo e che oltre a sancire i diritti prevedeva dei vincoli giuridici gravanti sulle Alte parti contraenti e un sistema di controllo quasi giurisdizionale⁶⁴ anche se, non essendo comunitaria ma del Consiglio d'Europa⁶⁵, non poteva incidere sull'*acquis* comunitario.

Si può quindi affermare che, a differenza di quanto avveniva negli ordinamenti degli Stati membri, al principio, la politica sociale europea fu considerata non come “market-breaking”, ma come “market-making”⁶⁶ e cioè funzionale e secondaria rispetto alla integrazione economica.

Questo dato si evince chiaramente dalla lettura del Trattato di Roma il quale contiene alcune disposizioni sociali come gli articoli 48-50 sulla libera circolazione dei lavoratori, l'articolo 123, che istituisce il fondo sociale europeo e infine gli articoli 117-122, che sanciscono l'impegno della Comunità nel miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro dei cittadini europei, nonché la parità di trattamento tra uomo e donna, le quali servivano da un lato a riequilibrare i principi ispiratori della costituzione economica comunitaria, dall'altro, lasciavano immutato il paradigma secondo il quale la primazia doveva essere data agli obiettivi di stabilità economica e monetaria così come stabiliti dal Patto di stabilità e crescita.

3.1 Dall'Atto Unico Europeo al Trattato di Nizza

In generale, si possono distinguere due periodi nello sviluppo di quella che è stata definita l'Europa sociale, un primo periodo che va dal Trattato di Roma all'Atto Unico Europeo, che può essere definito di stasi e un secondo, che dall'AUE in poi si è caratterizzato per l'attivismo dimostrato nei confronti della costruzione della politica sociale europea.

Convenzione sui diritti del fanciullo ed infine nel 1990 la Convenzione sulla protezione dei diritti dei lavoratori migranti e dei membri della loro famiglia.

⁶³ Cfr. capitolo III del presente lavoro.

⁶⁴ La procedura di controllo della Carta sociale prevede la competenza di un comitato degli esperti indipendenti e un Comitato sociale intergovernativo. Quest'ultimo sulla base dei rapporti del comitato degli esperti seleziona e indica al Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa le situazioni nazionali che devono essere oggetto di raccomandazione individuale. Inoltre, un apposito protocollo, consente a talune organizzazioni sindacali la possibilità di presentare richiami contro presunti inadempimenti statali derivanti dall'inosservanza delle norme della Carta sociale europea.

⁶⁵ Il Consiglio d'Europa non è un'Istituzione comunitaria, esso è un organo nel quale siedono i Capi di Stato dei paesi europei (47 ad oggi) compresi quelli non comunitari, ed ha il compito di dare un indirizzo comune alla politica europea.

⁶⁶ Cfr. B. I. Montari, *Harmonization of social policies in the EC and the EFTA countries*, 1993.

Difatti, anche se si era ancora nell'ambito dei soli diritti dei lavoratori, e quindi strettamente legati a quell'idea di Comunità più economica che politica, è stato sicuramente con la firma dell'AUE e la proclamazione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori⁶⁷ (benché non sottoscritta dal Regno Unito) che si è incominciato a parlare di un ingresso formale dei diritti sociali nel diritto comunitario.

L'AUE, da questo punto di vista, era ancora legato alla tradizionale idea secondo cui il mercato comune costituiva il mezzo più idoneo a creare piena occupazione, per cui introduceva solamente una serie di politiche settoriali di stampo interventista proprio nel settore dell'occupazione⁶⁸.

Tuttavia, la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori costituiva un passo importante per la tutela degli interessi dei lavoratori, nell'ambito comunitario, mettendo nero su bianco, per la prima volta, un catalogo di diritti sociali europei. Nonostante ciò essa rimase inoperante, a causa del rifiuto del Regno Unito a sottoscriverla, rifiuto che le impedì di acquistare carattere vincolante.

Per ovviare a tale situazione, durante i lavori preparatori del Trattato di Maastricht, nei quali si decise di estendere le competenze della Comunità a settori sociali fino ad allora esclusi, si giunse a un vero e proprio escamotage⁶⁹: gli articoli del Trattato non vennero pressoché modificati per quanto riguarda le disposizioni sociali, ma furono aggiunti un Protocollo e un Accordo (anche in questo caso non sottoscritti dal Regno Unito) sulla politica sociale che, in pratica, riscrivevano gli articoli del Trattato in materia, sancendo le modalità di intervento della Comunità in quest'ambito. Sia il Protocollo che l'Accordo erano parte integrante del diritto primario della Comunità, con la caratteristica di essere vincolanti per tutti gli Stati membri, fatta eccezione per il Regno Unito.

In particolare l'APS (l'Accordo sulla politica sociale), pur riconoscendo la contrattazione collettiva come fonte della politica sociale europea, non riusciva, sia a causa dell'auto esclusione del regno Unito, sia a causa dell'assenza di riconoscimento dei diritti sociali a livello di Trattato, a colmare il dislivello tra integrazione positiva e negativa.

L'inserimento nel Trattato del titolo dedicato alla Politica sociale non mirava, infatti, a risolvere il problema della competenza della Comunità in questa materia. La politica sociale europea rimase, pertanto, vincolata al suo carattere di complementarietà. Erano, e restano, gli Stati ad avere il primato in questa materia e, la Comunità, poteva intervenire per completare

⁶⁷ La Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori è stata firmata il 9 dicembre 1989 da tutti gli Stati allora membri della Comunità meno la Gran Bretagna.

⁶⁸ Cfr. F. Carinci, A. Pizzoferrato, Costituzione europea e diritti sociali fondamentali, in *Lavoro e Diritto*, 2000, n. 2, cit. pag. 286.

⁶⁹ Cfr. E. Pagano, I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht, in *II diritto dell'Unione Europea*, 1996, p. 169

l'azione degli Stati adottando direttive e prescrizioni minime applicabili solo progressivamente. Questo significava che i diritti sociali dovevano essere tenuti presenti dagli Stati e dalla Comunità quando agivano a livello di diritto comunitario, ma non costituivano l'oggetto primo della loro azione che rimase, in ultima analisi, la competitività economica della Comunità e degli stessi Stati membri⁷⁰. Inoltre l'articolo F2 del Trattato, consolidando la giurisprudenza della Corte come *aquis* comunitario e, facendo riferimento solo ai diritti protetti dalla Convenzione di Roma e le tradizioni costituzionali degli Stati membri, escludeva di fatto i diritti sociali dalle competenze della Corte⁷¹.

Il Trattato di Maastricht rafforzava, infatti, come principio funzionale: il principio di sussidiarietà⁷². Nel campo sociale questo principio doveva garantire agli Stati membri l'esclusività dell'azione, consentendo però alla Comunità di creare, attraverso il diritto derivato, standard comuni di tutela dei diritti sociali, in particolar modo al fine di evitare il *dumping* sociale, e di consolidare la coesione dell'Unione durante lo sviluppo della politica monetaria comune.

Con il Trattato di Maastricht veniva, inoltre, istituzionalizzata per la prima volta l'azione sociale collettiva, attraverso il riconoscimento della contrattazione collettiva a livello europeo e l'obbligo, per la Commissione, di consultare le organizzazioni rappresentative di lavoratori e imprenditori. Come è stato sottolineato⁷³, il dialogo sociale diventava un obiettivo comunitario in sé e veniva ricompreso nell'ideale di modello sociale europeo.

Il successivo Trattato di Amsterdam, del 1997, non aggiunse nulla alle clausole generali già contenute nel TCE⁷⁴. Tuttavia, la novità consisteva nel fatto che il preambolo del Trattato, faceva esplicito riferimento "ai diritti sociali fondamentali così come sono riconosciuti dalla Carta sociale europea firmata a Torino nel 1961 e dalla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, del 1989"⁷⁵.

⁷⁰ Si pensi a tal proposito che non rientrano nei diritti sociali riconosciuti il diritto a un'equa retribuzione, il diritto di associazione sindacale e il diritto di sciopero, i quali rappresentano i principali e tradizionali diritti sociali.

⁷¹ Cfr. S. Sciarra, From Strasburg to Amsterdam: prospect for the convergence of a europea social rights policy, in P. Alston (a cura di), The EU and human rights, Oxford, 1999, pp. 473 ss., qui p. 480.

⁷² Il principio di sussidiarietà previsto all'art. 5 del TUE stabilisce che: "La Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato. Nei settori che non sono di sua esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell'azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell'azione in questione, essere realizzati meglio a livello comunitario. L'azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato".

⁷³ Cfr. S. Katrougalos, The implementation of social rights in Europe, in Columbia journal of European law, Summer, 1996, pp.277-316, qui p. 310

⁷⁴ Cfr. anche S. Gambino, Dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti: alcune riflessioni su diritti fondamentali e costituzionalismo comunitario, in AA.VV., L'integrazione europea fra economia e democrazia, Cosenza, 2003.

⁷⁵ Cfr. il quarto paragrafo del preambolo del TUE.

Senza dubbio ad Amsterdam, benché si esclusero⁷⁶ espressamente alcuni diritti dalla competenza comunitaria (art. 137.3 sui diritti dei lavoratori e il contratto collettivo)⁷⁷, se ne inclusero alcuni di concreti quali il diritto alla protezione dei dati personali, il diritto di accesso ai documenti, nonché quelli in materia di politiche di occupazione. Il Trattato di Amsterdam aggiunse, poi, una norma antidiscriminatoria di carattere generale rispetto alla parità di trattamento su base di genere, che era già nel TCE di Roma all'art. 119, divenuto 141 con la rinumerazione di Amsterdam.

La novità maggiore di Amsterdam fu certamente, l'adesione piena della Gran Bretagna alla politica sociale europea. Fu così abolito il protocollo 14 di Maastricht e furono adottati i nuovi articoli dal 136 al 145, che in pratica trasfondevano interamente il contenuto dell'Accordo sulla politica sociale nel Trattato.

La tutela piena dei diritti da parte della Corte di Giustizia era, tuttavia, ancora imperfetta, continuandosi a trattare di "sostegno e completamento" (art. 137 par. 1) alla politica degli Stati in materia. Difatti, le disposizioni del Trattato non imponevano obblighi diretti, avendo queste solo una funzione orientativa delle scelte dell'Unione nell'ambito della politica sociale. L'articolo 141⁷⁸, in materia di parità di trattamento tra lavoratrici e lavoratori rimaneva l'unico diritto da sempre ritenuto direttamente applicabile dalla Corte e, pertanto, parametro per il controllo degli atti comunitari o domestici che potevano essere in contrasto con esso⁷⁹.

Ad Amsterdam, dunque, i diritti sociali fecero ingresso nell'ordinamento comunitario attraverso l'art. 136, alla stregua di "linee direttive per l'attività della Comunità e degli Stati membri"⁸⁰ e, come è stato efficacemente scritto, "quelli che impegnano la Comunità e gli Stati membri sono gli interessi sociali presentati in forma di obiettivi [...], e sono questi l'oggetto della tutela da parte del Trattato [...]. I diritti restarono invece sullo sfondo e l'opportunità del loro soddisfacimento fu collegata alla necessaria realizzazione degli obiettivi sociali. Essi tornarono, insomma, al loro stato di *Reflexrechte*"⁸¹. Risulta quindi, ancora una volta evidente, l'asimmetria rispetto alle libertà economiche fondamentali che erano direttamente garantite dal Trattato ai singoli, mentre i diritti sociali rimanevano a quello stadio

⁷⁶ L'art. 137.6 esclude infatti dalla competenza comunitaria tutto ciò che è relazionato con le remunerazioni, il diritto di associazione e sindacale nonché il diritto di sciopero e di serrata che rimangono di competenza statale i quali, stante il disposto dell'art.140, possono al massimo rientrare nelle materie di collaborazione tra gli stati membri.

⁷⁷ Cfr. P. Magno, Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea dopo Amsterdam, in *Il diritto del lavoro*, 1998, parte 1, p. 123.

⁷⁸ Il testo recita: "Ciascuno Stato membro assicura l'applicazione del principio della parità di retribuzione tra lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro o per un lavoro di pari valore".

⁷⁹ Secondo la stabile dottrina Van Gend en Loos è il suo contenuto che lo rende direttamente applicabile.

⁸⁰ Cfr. Commissione delle Comunità europee, Per l'affermazione dei diritti fondamentali è tempo di agire. Relazione del gruppo di esperti in materia di diritti fondamentali presieduto dal Professor Spiros Simitis, Bruxelles, 1999, 7.

⁸¹ Cfr. M. Luciani, Diritti sociali e integrazione europea, in *Associazione italiana dei Costituzionalisti*, Annuario 1999. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia 7-8 ottobre 1999, Padova, 2000, pp. 507 ss., qui p. 530.

che è stato definito di “minorità comunitaria”⁸².

In ogni caso fu sicuramente con Amsterdam che venne a delinarsi compiutamente il tentativo di riconciliare il piano economico comunitario con quello sociale, fu in questa sede che, compiutamente, emerse la consapevolezza che all’equilibrio tra questi due livelli “si riannodano aspetti centrali della legittimità democratica e della stessa capacità di tenuta dell’intero processo integrativo” in un’ottica di gestione delle “interdipendenze sistematiche tra mercato e moneta unica, occupazione e protezione sociale”⁸³.

Inoltre, l’ingresso del Regno Unito nella politica sociale comunitaria, fece sì che vi fosse un accoglimento nell’*aquis* comunitario delle innovazioni in materia sociale, già accolte dagli altri Stati membri. Oltre al significativo allargamento della maggioranza qualificata, il ruolo delle parti sociali venne rafforzato grazie alla possibilità di recepire, attraverso una decisione del Consiglio, su proposta della Commissione, gli accordi da queste raggiunti nell’ambito dei settori contemplati dal nuovo art. 137 del TCE⁸⁴.

⁸² M. Luciani, op. citata, qui p.529.

⁸³ M. Ferrera, *Le trappole del welfare. Uno stato sostenibile per l’Europa del XXI secolo*, Bologna 1998, p.98.

⁸⁴ L’art. 137 del Trattato di Amsterdam recita:

1. Per conseguire gli obiettivi previsti dall’articolo 136, la Comunità sostiene e completa l’azione degli Stati membri nei seguenti settori:
 - miglioramento, in particolare, dell’ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori;
 - condizioni di lavoro;
 - informazione e consultazione dei lavoratori;
 - integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l’articolo 150;
 - parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro
2. A tal fine il Consiglio può adottare mediante direttive le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese.

Il Consiglio delibera secondo la procedura di cui all’articolo 251 e previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni.

Il Consiglio , deliberando secondo la stessa procedura, può adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e le migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, al fine di combattere l’emarginazione sociale.
3. Tuttavia, il Consiglio delibera all’unanimità, su proposta della commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico e sociale e del Comitato delle Regioni, nei seguenti settori:
 - sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;
 - protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro;
 - rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione, fatto salvo il paragrafo 6;
 - condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità;
 - contributi finanziari volti alla promozione dell’occupazione e alla creazione di posti di lavoro, fatte salve le disposizioni relative al Fondo sociale europeo.
4. Uno Stato membro può affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive prese a norma dei paragrafi 2 e 3.

In tal caso esso si assicura che, al più tardi alla data in cui una direttiva deve essere recepita a norma dell’articolo 249, le parti sociali abbiano stabilito mediante accordo le necessarie disposizioni, fermo restando che lo Stato membro interessato deve prendere le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva.
5. Le disposizioni adottate a norma del presente articolo non ostano a che uno Stato membro

Lo sviluppo della politica sociale comunitaria, che si è avuto dagli anni novanta in poi, cambiò volto rispetto all'impianto originario, passando da un'armonizzazione rigida, basata sull'emanazione di direttive di armonizzazione, a quella che è stata definita un'armonizzazione "riflessiva e flessibile"⁸⁵, cioè un processo "di differenziazione, anziché un processo di uniformazione"⁸⁶, che puntava sulla accettazione di principi comuni con lo scopo di evitare deregolamentazioni verso il basso, che potessero produrre distorsioni nel mercato del lavoro comunitario.

Segno di tale tendenza evolutiva furono le novità introdotte dal Trattato di Nizza, in particolare l'art. 137⁸⁷, che puntava verso tecniche di cooperazione leggere e modulabili tra

mantenga e stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione.

6. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata.

⁸⁵ Cfr. S. Deakin, Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspective on "centros", in CYELS, 1999, n.2, pp.231 ss.

⁸⁶ M. D'Antona, Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche, in LD, 1992, pp. 49 ss., qui p. 58.

⁸⁷ Il nuovo articolo 137 difatti recita:

1. Per conseguire gli obiettivi previsti all'articolo 136, la Comunità sostiene e completa l'azione degli Stati membri nei seguenti settori:

- a) miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori;
- b) condizioni di lavoro;
- c) sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;
- d) protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro;
- e) informazione e consultazione dei lavoratori;
- f) rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione, fatto salvo il paragrafo 5;
- g) condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio della Comunità;
- h) integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'articolo 150;
- i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro;
- j) lotta contro l'esclusione sociale;
- k) modernizzazione dei regimi di protezione sociale, fatto salvo il disposto della lettera c).

2. A tal fine il Consiglio:

- a) può adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri;
- b) può adottare nei settori di cui al paragrafo 1, lettere da a) a i), mediante direttive, le prescrizioni minime applicabili progressivamente, tenendo conto delle condizioni e delle normative tecniche esistenti in ciascuno Stato membro. Tali direttive evitano di imporre vincoli amministrativi, finanziari e giuridici di natura tale da ostacolare la creazione e lo sviluppo di piccole e medie imprese.

Il Consiglio delibera secondo la procedura di cui all'articolo 251 previa consultazione del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni, tranne che nei settori di cui al paragrafo 1, lettere c), d), f) e g), del presente articolo, per i quali il Consiglio delibera all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo e di detti Comitati. Il Consiglio, deliberando all'unanimità, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, può decidere di rendere applicabile al paragrafo 1, lettere d), f) e g), del presente articolo, la procedura di cui all'articolo 251.

3. Uno Stato membro può affidare alle parti sociali, a loro richiesta congiunta, il compito di mettere in atto le direttive prese a norma del paragrafo 2.

In tal caso esso si assicura che, al più tardi alla data in cui una direttiva deve essere recepita a norma dell'articolo 249, le parti sociali abbiano stabilito mediante accordo le necessarie disposizioni, fermo restando che lo Stato membro interessato deve adottare le misure necessarie che gli permettano di garantire in qualsiasi momento i risultati imposti da detta direttiva.

4. Le disposizioni adottate a norma del presente articolo:

gli Stati, il quale recepiva la nuova generazione di tecniche di legislazione sociale comunitaria che erano venute a generarsi già a seguito dell'adozione dell'APS.

Quella che è stata definita armonizzazione riflessiva, opera in maniera simile al metodo aperto di coordinamento, utilizzato in materia di politiche occupazionali e sociali, cercando di rendere trasparente il rapporto di complementarietà tra le nuove funzioni assegnate alla politica sociale comune e la strategia di coordinamento sovranazionale delle politiche occupazionali nazionali⁸⁸.

In mancanza di un catalogo espresso di diritti sociali direttamente sindacabili dalla Corte di Giustizia l'Unione ha cercato, attraverso nuovi mezzi e nuove forme di cooperazione, una soluzione al problema del deficit sociale, che si era venuto creando negli ultimi decenni, una soluzione che evitasse un conflitto di attribuzione di competenze tra la Comunità e gli Stati membri, sempre più gelosi della propria nazionalità.

4. I diritti sociali e il problema delle competenze

Dall'analisi fin qui condotta si evince quella che appare essere la caratteristica saliente di quello che definiamo modello sociale europeo: la sua non univocità.

Come detto, un modello di welfare europeo non esiste o per meglio dire esistono diversi modelli statali di tutela dello stato sociale, che sono accomunati dalla uniformità di scelte di valori da proteggere, pur tuttavia mantenendo le proprie specificità operative e di implementazione.

Esiste, tuttavia, un nocciolo duro di diritti sociali europei costituito dal diritto al lavoro, diritto all'educazione e istruzione professionale, tutela della salute, sistemi previdenziali e di assistenza sociale, abitazione, sicurezza, cultura e ambiente sano.

Pur essendoci in Europa una visione comune, rispetto al catalogo dei diritti sociali, le resistenze degli Stati membri alla cessione di competenze all'Unione in questo ambito, rimangono fortissime e questo si spiega perché, le tradizioni nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale sono centrali nella legittimazione democratica materiale degli Stati

- non compromettono la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull'equilibrio finanziario dello stesso,
- non ostano a che uno Stato membro mantenga o stabilisca misure, compatibili con il presente Trattato, che prevedano una maggiore protezione.

5. Le disposizioni del presente articolo non si applicano alle retribuzioni, al diritto di associazione, al diritto di sciopero né al diritto di serrata.

⁸⁸ Cfr. N. Bruun, *The European employment strategy and the "acquis communautaire" of labour law*, in *IJCLLIR*, 2001, pp. 309 ss..

membri⁸⁹, posto che l'affermazione dello stato sociale rafforza la dimensione nazionale del diritto costituzionale e della vita politica⁹⁰.

In questo senso lo stato sociale risulta essere l'ultimo grande ostacolo ad una integrazione sociale europea a livello di istituzioni, in quanto il problema del nazionalismo e della particolarità degli ordinamenti giuridici europei riprende vigore non appena si entra nel campo delle politica sociale. Le resistenze nazionali ad una piena devoluzione di competenze all'Unione in materia sociale ha comportato uno sbilanciamento tra il piano economico e quello sociale, nell'ordinamento comunitario. In particolar modo, quella che è stata definita come l'infiltrazione del diritto comune della concorrenza nei diritti del lavoro nazionali⁹¹, ha provocato un'erosione dell'autonomia statale in merito alla tutela dei diritti fondamentali, conseguente alla radicale trasformazione della costituzione economica comunitaria, provocando un'asimmetria verticale per cui il piano sovranazionale, sprovvisto di autonomi strumenti di tutela, non riesce a compensare il vuoto lasciato dagli strumenti nazionali. L'integrazione negativa delle libertà di circolazione, di prestazione di servizi e della concorrenza ha fatto emergere, a partire dagli anni ottanta, la necessità di un'integrazione positiva, specie nel campo del diritto del lavoro, improntata alla definizione di standard comuni, che ovviasse alla perdita delle tutele apprestate dagli Stati, spesso tacciate dalla Corte di Giustizia di rappresentare distorsioni alla concorrenza e al mercato unico.

In particolar modo, l'affermazione delle dottrine costituzionali dell'effetto diretto, della supremazia del diritto comunitario e dei poteri impliciti, non compensate dallo sviluppo di adeguate forme di garanzia a livello sovranazionale, ha creato un vuoto nella protezione dei diritti sociali da parte dell'Unione.

Inoltre, il mercato unico e la politica economica comune, imponendo una rigidità nei bilanci nazionali, al fine di contenere il deficit in relazione al patto di stabilità, fanno sì che vi siano meno possibilità per gli Stati di attuare ampie politiche sociali che, essendo inevitabilmente costose, rischierebbero di mettere a repentaglio l'inclusione nell'Unione. Questo crea un problema: se gli Stati non sono più liberi, o per lo meno sono vincolati, nella spesa pubblica per il sociale, si crea un deficit di tutela che, non potendo essere sanato dall'intervento dell'Unione, rischia di lasciare i cittadini degli Stati membri privi di quei mezzi che prima erano garantiti dallo Stato stesso.

⁸⁹ S. Giubboni, Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo, nota per il gruppo di studio Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione" (coord. Tiziano TREU) in www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/Giubboni.

⁹⁰ Cfr. S. Giubboni, Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea, Bologna 2003, pp. 17 e ss.

⁹¹ La metafora è di G. Lyon-Caen, L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la Concurrence, in *Droit ouvrier*, 1992, p. 313.

4.1 La competenza comunitaria in materia di diritti sociali

Come si è detto, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam, la politica sociale è entrata a far parte del tessuto normativo comunitario.

L'art.136 poneva, però, l'accento non sull'armonizzazione dei diritti nazionali ma sul loro riavvicinamento. Per poter comprendere al meglio questa affermazione, è necessario collegarla alla formulazione dell'art. 5 e al principio di sussidiarietà. Secondo quanto stabilito da questo articolo l'Unione ha competenza esclusiva in tutte e sole quelle materie che sono ad essa esplicitamente attribuite (art. 5 par. 1 principio di attribuzione). Il secondo paragrafo di questo articolo prevede che nelle restanti materie operi il principio di sussidiarietà in relazione al principio di proporzionalità (art. 5 par.3). Ciò significa che nelle materie di competenza statale l'Unione può intervenire solo quando gli obiettivi prefissati non possono essere realizzati in maniera efficace dagli Stati membri e, l'azione possa essere meglio esperita dall'Unione. Pertanto, la condizione secondo la quale l'Unione può intervenire risulta essere duplice: da un lato vi deve essere l'insufficienza dell'azione statale e dall'altro, l'azione comunitaria deve risultare più efficace per il raggiungimento dell'obiettivo.

In altre parole attraverso l'art. 5, gli Stati membri si sono garantiti ambiti di azione esclusiva nei quali l'Unione può intervenire solo in casi marginali.

Pertanto, tutte le volte in cui il Trattato parla di riavvicinamento delle legislazioni nazionali è logico supporre che operi il principio di sussidiarietà e dunque l'azione comunitaria possa essere esercitata solo quando ricorrano le due condizioni sopra menzionate.

Nell'ambito della politica sociale indizi di tale ripartizione di competenze si ritrovano, più o meno esplicitamente, non solo nell'art. 136, ma anche in altri articoli come ad esempio negli artt. 149 e 150 in materia di istruzione e formazione dove si legge che l'Unione contribuisce allo sviluppo di un'istruzione di qualità incentivando la cooperazione tra gli Stati membri e, se necessario, sostenendo e integrando la loro azione nel pieno rispetto delle responsabilità degli Stati membri [...]"

Anche la Corte di Giustizia ha sempre sostenuto l'esclusività dell'azione statale in materia sociale: esempi di tale indirizzo si possono riscontrare nei casi *Torfaen*⁹², *Conforama*⁹³ e *Merchandise*⁹⁴, nei quali si legge espressamente che “la détermination des réglementations sociales appartient, en l'état actuel du droit communautaire, aux États membres”.

Secondo quanto previsto già dal Trattato di Roma, si evince che non vi è una attribuzione generale di competenze alla Comunità in materia sociale e conseguentemente, essa non ha il

⁹² Causa C- 145/88 del 23 novembre 1989, in *Racc.* [1989] pagina 03851.

⁹³ Causa C-312/89 del 21 febbraio 1991, in *Racc.* [1991] pagina I-00997.

⁹⁴ Causa C-332/89, in *Racc.* [1991] pagina I-01027.

potere di adottare atti vincolanti in questa materia. Secondo l'art. 118 del Trattato di Roma, infatti, la Commissione deve promuovere la collaborazione degli Stati membri in materia sociale ma i suoi poteri sono limitati all'adozione di pareri e raccomandazioni e, conseguentemente, non è prevista una base giuridica specifica per l'adozione di atti vincolanti in quest'ambito.

Nonostante questo, poiché tra gli obiettivi della comunità vi sono sempre stati quello di assicurare un alto livello di occupazione sul territorio comunitario e, il riavvicinamento delle legislazioni statali, già il Trattato di Roma prevedeva tre ambiti specifici di competenza comunitaria, in materia sociale: la libera circolazione dei lavoratori ex art. 39 TCE (oggi art. 45 TFUE), l'aiuto al lavoro attraverso l'istituzione del Fondo sociale europeo ed infine, la politica di formazione professionale, l'educazione e lo sport ex art. 150 TCE (oggi art. 166 TUE).

Con l'entrata in vigore del Trattato di Amsterdam e l'inserimento del capitolo sociale, la Comunità veniva finalmente dotata del potere di adottare direttive attraverso la procedura a maggioranza qualificata del Consiglio in cooperazione con il Parlamento, in tutti quegli ambiti che le erano direttamente riconosciuti in ambito sociale. In particolar modo, oltre alle materie già menzionate dal Trattato di Roma, veniva prevista la possibilità di adottare direttive in materia di salute e sicurezza nei luoghi di lavoro. A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Nizza, che sostanzialmente ricalcava il Trattato di Amsterdam, il riparto di competenze in materia sociale appariva pertanto il seguente:

MAGGIORANZA QUALIFICATA - il Consiglio adotta l'atto a maggioranza qualificata congiuntamente al Parlamento nelle seguenti materie:

- miglioramento dei luoghi di lavoro per la protezione della salute e della sicurezza dei lavoratori;
- condizioni di lavoro;
- informazione e consultazione dei lavoratori;
- uguaglianza tra uomo e donna nel mercato del lavoro e nel lavoro;
- integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro.

UNANIMITA' – il Consiglio può agire ma all'unanimità e con la semplice consultazione del Parlamento nelle seguenti materie:

- sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori;
- contratti di lavoro;
- rappresentazione e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione;

- condizioni di lavoro di cittadini di paesi terzi regolarmente soggiornanti sul territorio comunitario;
- contributi finanziari per la promozione e creazione di lavoro.

Rimanevano specificamente escluse (ex. art.137 par. 5) le questioni riguardanti la remunerazione, il diritto di associazione e il diritto di sciopero⁹⁵. Mentre, la sicurezza sociale e la protezione sociale restavano strettamente legate al voto all'unanimità, ed in questo ambito gli Stati membri “conservano la facoltà di definire i principi fondamentali dei loro sistemi di sicurezza sociale”, lasciando al Consiglio la sola possibilità di intraprendere azioni di coordinamento tra gli Stati.

Per ovviare alle difficoltà poste dal voto all'unanimità, già con il Trattato di Nizza, successivamente riprese dal Trattato di Lisbona, sono state previste delle cosiddette “passerelle”, cioè la possibilità che alcune materie particolarmente sensibili, quali contratti di lavoro, rappresentanza e difesa dei lavoratori, condizioni di lavoro, lavoratori migranti da paesi terzi, a seguito di una votazione all'unanimità del Consiglio, possano passare alla procedura ex art. 251 (art.194 TFUE) che prevede invece la maggioranza qualificata.

Per tutte quelle materie che non sono specificamente attribuite alla competenza comunitaria è d'obbligo specificare che, l'assenza di una base giuridica specifica, non ha mai costituito un ostacolo insormontabile allo sviluppo dell'azione comunitaria.

In particolar modo, tutte le volte in cui una normativa sociale abbia un'ingerenza nel mercato unico, viene giustificata una azione dell'Unione per il riavvicinamento delle normative nazionali ex art. 94⁹⁶ TCE (art. 114 TFUE) ed ex art. 308 TCE (art. 352 TFUE), procedura che prevede il voto all'unanimità e la mera consultazione del Parlamento. Attraverso la base giuridica offerta dall'art. 94, sono state adottate, ad esempio, le direttive sul dislocamento d'impresie nel territorio comunitario e le direttive di implementazione della parità di trattamento prevista dall'art. 141; mentre invece, la politica generale d'uguaglianza sociale e professionale tra uomo e donna è stata sviluppata sulla base dell'art. 308⁹⁷ TCE, il quale prevede la possibilità di intervento comunitario ogni qual volta si voglia raggiungere uno

⁹⁵ A questo proposito si vuole qui anticipare che anche queste questioni possono in realtà riguardare il diritto comunitario. Si vedrà in seguito come la Corte di Giustizia ha recentemente affermato la natura di diritto fondamentale proprio del diritto di sciopero e pertanto come essa abbia operato anche in questo campo un bilanciamento tra questo diritto e le libertà economiche (cfr. casi Viking, Laval e Rüffert).

⁹⁶ Art. 94 : La Comunità su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento e del comitato economico e sociale, stabilisce direttive volte al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli stati membri che abbiano un'incidenza diretta sull'instaurazione o sul funzionamento del mercato comune.

⁹⁷ Art. 308: Quando un'azione della Comunità risulti necessaria per raggiungere, nel funzionamento del mercato comune, uno degli scopi della Comunità, senza che il presente Trattato abbia previsto i poteri d'azione a tal uopo richiesti, il Consiglio deliberando all'unanimità su proposta della Commissione e dopo aver consultato il Parlamento europeo, prende le disposizioni del caso.

degli obiettivi fissati dal Trattato, senza che questi preveda una base giuridica specifica. Questa procedura è, infatti, stata prevista proprio per dare la possibilità alla Unione di intervenire in tutte quelle materie “nuove” la cui previsione non era inserita nel Trattato di Roma ma che, comunque, rientrano nell’ambito degli obiettivi comunitari⁹⁸.

4.2 L’integrazione negativa delle libertà economiche e il rapporto con i sistemi nazionali di Welfare

Uno dei profili maggiormente problematici nell’ambito della politica sociale comunitaria rimane d’altronde, il rapporto con i diritti nazionali. Come si è già detto, le politiche sociali degli Stati membri sono molto differenti tra loro e questo comporta una notevole difficoltà nel loro riavvicinamento. Inoltre, essendo la materia sociale particolarmente sensibile per l’opinione pubblica, dato anche il suo elevato costo di implementazione, è facile intuire come le gelosie nazionali riaffiorino proprio in questo campo.

Per comprendere su quali basi insiste questa tensione bisogna soffermarsi sull’interazione profonda che esiste tra la libertà di circolazione dei lavoratori e la libera prestazione di servizi ed i problemi legati alla politica sociale. Quanto più le libertà in questione si espandono i propri confini, tanto più entrano in crisi i sistemi nazionali. Questo è dovuto al fatto che una volta assicurata ai cittadini europei la possibilità di muoversi liberamente sul territorio comunitario, bisogna assicurare loro anche tutta una serie di servizi connessi tra i quali, in primo luogo, i diritti di sicurezza sociale. Ora, dato che queste materie sono di esclusiva competenza nazionale, si vede come vi debba essere necessariamente un coordinamento delle politiche nazionali in materia, al fine di assicurare ai lavoratori tutte le garanzie connesse al loro status. Sotto questo profilo la giurisprudenza comunitaria ha da sempre avuto un atteggiamento altalenante che ha generalmente preferito le libertà economiche a scapito della dimensione sociale.

Dopo una prima fase di sostanziale indifferenza al tema, è solo negli anni ’60, con le sentenze *Stauder*⁹⁹ e *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁰⁰, che la Corte di Giustizia riconosce che la “tutela dei diritti fondamentali costituisce parte integrante dei principi giuridici generali di cui

⁹⁸ Sulla base dell’art. 308 sono state adottate la Direttiva 76/207 CEE del 9 febbraio 1976 (in *GUL 39 del 14.2.1976*, pagg. 40–42) sull’uguaglianza professionale tra uomo e donna e, la Direttiva 79/7 CEE del 19 dicembre 1978 (in *GUL 6 del 10.1.1979*, pagg. 24–25) sull’uguaglianza in materia di sicurezza sociale.

⁹⁹ Cfr. Sent. *Stauder* del 12 novembre 1969, causa 29/69, in *Racc.* [1969] p. 420.

¹⁰⁰ Cfr. sent. *Internationale Handelsgesellschaft* del 17 dicembre 1970, causa 11/70, in *Racc.* [1979] p. 1125; sent. *Hauer*, causa 44/1979, in *Racc.* [1979] p. 3727.

la Corte di Giustizia garantisce l'osservanza" e che "la salvaguardia di questi diritti, pur essendo informata alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, deve essere garantita entro l'ambito della struttura e delle finalità della comunità". Nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*, la Corte di Giustizia ricorre alla nozione di "tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri" per determinare il contenuto materiale dei principi generali del diritto comunitario riconoscendo, per la prima volta, che di questi fa parte integrante la tutela dei diritti fondamentali. Con la successiva sentenza *Nold*¹⁰¹, il medesimo organo di giustizia completerà il ricorso alle tradizioni costituzionali comuni, incorporando gli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito).

A seguito di questa giurisprudenza della Corte di Giustizia, si riconosce come pienamente conseguita l'incorporazione dei diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione, almeno nel senso che tale giurisprudenza possa essere estesa, oltre che alle istituzioni e agli atti di tale ordinamento sovra-nazionale¹⁰², alla stessa normativa degli Stati membri attuativa del diritto dell'Unione. Un assunto, questo, dal quale rimarrebbe preclusa la sola normativa nazionale priva di ogni legame con quest'ultimo ordinamento¹⁰³, con la logica conseguenza che, in tal modo, i diritti fondamentali, di cui la Corte di Giustizia assicura la tutela, sono "si libertà fondamentali ma ... in quanto strumentali agli obiettivi economici dei Trattati, cioè come garanzie proprie del sistema comunitario"¹⁰⁴.

Questo significa che mentre i diritti fondamentali civili e politici, strettamente connessi al piano economico, ricevono una protezione diretta da parte della Corte di Giustizia, quelli sociali vengono interpretati più come clausole generale di indirizzo della politica comunitaria e, pertanto, la loro tutela viene assoggettata alle esigenze della creazione del mercato interno. La protezione dei diritti sociali da parte della Corte di Giustizia risulta, infatti, strettamente connessa alla realizzazione del mercato comune. Non è un caso quindi, che la giurisprudenza comunitaria abbia generalmente riconosciuto come meritevoli di tutela, tutti e soli, quei diritti legati alla sfera economica, i quali, in sostanza, fungono da corollario alle libertà di circolazione stabilite dai Trattati. Difatti, si può notare come anche lo sviluppo della tutela della parità di trattamento tra uomo e donna, risulta essere strettamente connesso alla garanzia di un equilibrio del mercato interno e, che le tutele approntate servono, in ultima analisi, a limitare gli effetti negativi di un *social dumping* di genere all'interno della comunità.¹⁰⁵

¹⁰¹ Causa 4/73, 14 maggio 1974 in *Racc.* [1974] pagina 00491.

¹⁰² Come si sancisce nella sentenza *Wachauf* (causa 5/88, 13 luglio 1989 in *Racc.* [1989] pagina 02609).

¹⁰³ Come viene sancito nella sentenza *Kremzow* (causa C-299/95, 29 maggio 1997 in *Racc.* [1997] pagina I-02629).

¹⁰⁴ Punto 14 della sentenza.

¹⁰⁵ Come si è già detto partendo, da questa giurisprudenza la Comunità ha poi sviluppato tutta una serie di azioni

Se dunque è vero che la Corte di Giustizia ha da sempre prediletto le libertà economiche, bisogna ora chiedersi quale impatto abbia avuto nei confronti degli ordinamenti nazionali tale tipo di giurisprudenza.

Molto spesso gli Stati hanno attribuito la colpa del deficit sociale interno, ai vincoli comunitari, ma tale affermazione non può essere ben intesa se non ci si sofferma sulla relazione che esiste tra la tutela delle libertà economiche e la limitazione dei diritti sociali.

Certamente non è nelle intenzioni comunitarie erodere le competenze nazionali in materia, né tantomeno scardinare i relativi sistemi di sicurezza sociale. Quello che però è certo è che, tanto più le limitazioni delle libertà di circolazione vengono sanzionate dalla Corte, tanto meno è possibile fondare tali limitazioni sull'esigenza di tutela dei diritti sociali. Infatti, a seguito della costituzionalizzazione delle libertà economiche esse assurgono al ruolo di diritti fondamentali dell'ordinamento europeo e, pertanto, finiscono per poter essere limitate, solo in caso di ragioni imperative di interesse generale. Ora, poiché i diritti sociali non sono ancora stati riconosciuti come fondamentali dalla Corte è gioco forza che nel bilanciamento con le libertà economiche essi soccomberanno, in quanto interessi secondari per l'ordinamento comunitario. Lo sbilanciamento che si è venuto a creare tra tutela nella dimensione nazionale e nella dimensione sovranazionale ha generato molti timori che si sono espressi chiaramente nei referendum di bocciatura del Trattato costituzionale e in quello successivo del Trattato di Lisbona.

Se, dunque, agli albori della Comunità il piano sociale, interamente devoluto alla sfera di competenza nazionale non sconta i problemi collegati al deficit sociale, questi si delineano proprio a seguito degli interventi comunitari in materia. In particolare, a partire dagli anni ottanta con le prime direttive in materia di lavoro, l'equilibrio si spezza poiché l'espansione del diritto comunitario non riesce, nonostante le previsioni del Trattato di Amsterdam, a produrre risposte compensative nella sfera delle politiche sociali. I principi della costituzione economica europea si impongono "infiltrandosi"¹⁰⁶, per via dell'integrazione negativa, oltre i confini tracciati dai Trattati istitutivi, ponendo limiti penetranti sia ai legislatori nazionali sia, sempre più, alle autonomie delle parti sociali, praticamente in ogni area un tempo riservata alla loro unica sovranità, attraverso la penetrazione dei vincoli imposti dal diritto comune della concorrenza nella sfera delle politiche pubbliche e dei diritti sociali nazionali¹⁰⁷.

Come si è detto, grande fautrice di questa rottura è stata la giurisprudenza della Corte di Giustizia, attraverso l'espansione delle libertà di circolazione e specialmente di quelle della

allo scopo di implementare la parità di genere che hanno portato ad ampliare la sfera di protezione fino a far diventare tale principio uno di quelli fondamentali su cui si basa la legislazione comunitaria.

¹⁰⁶ Cfr. G. Lyon-Caen, L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence, in *Droit Ouvrier*, 1992, p. 313.

¹⁰⁷ Cfr. Lord Wedderburn, *Diritto del lavoro: 40 anni dopo*, in *Lav. Dir.*, 2008 p.155 ss.

libera prestazione di servizi.

Il principio del mutuo riconoscimento¹⁰⁸, elaborato nelle sentenze *Dassonville*¹⁰⁹ e *Cassis de Dijon*¹¹⁰, impone, infatti, un metodo alternativo di integrazione del mercato, radicalmente differente rispetto a quello della armonizzazione. La Corte, statuendo che la mobilità dei lavoratori temporaneamente distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi, dovesse essere assoggettata alle regole previste dall'art. 49¹¹¹ e non a quelle previste dall'art. 39, cioè la parità di trattamento dei lavoratori in base alla legislazione del paese ospitante, operava una rivoluzione in materia. Quando tale principio viene esteso, nel 1991¹¹², anche alla libera prestazione di servizi *tout court*, il sistema di concorrenza degli ordinamenti entra in pieno conflitto con gli ordinamenti nazionali del lavoro. Difatti, in tale ottica, la difesa dai rischi di *dumping sociale* rappresenta ormai una ragione di legittimità della misura nazionale di maggior favore per il lavoratore distaccato, solo però, se sottoposta al vincolo di controllo dell'adeguatezza/proporzionalità ai sensi dell'art. 49 e, ciò comporta il rischio della protezione dello standard inferiore dettato dalla normativa del paese del lavoratore distaccato. Come è facilmente intuibile tale impostazione, così come si è venuta ad esprimere anche a seguito della lettura liberale della Dir.96/71 CE¹¹³ da parte della Corte, ha creato forti tensioni nei regimi nazionali di lavoro. Infatti, con la fissazione di standard minimi di protezione si rischia di autorizzare il *dumping sociale* all'interno della comunità e di scardinare i livelli di protezione approntati dalle legislazioni interne.

Come si vedrà nel seguente capitolo questo bilanciamento si sta evolvendo e sempre più spesso la Corte ha individuato dei diritti sociali fondamentali che vengono tutelati alla stregua delle libertà economiche.

Nonostante ciò, questo disequilibrio tra diritti ha creato forti resistenze da parte degli Stati membri che temono di vedere smantellati i propri sistemi di tutela dei diritti sociali. A seguito poi, della creazione della cittadinanza europea e dello sviluppo dato dalla Corte di Giustizia alla protezione, ex art.12, alla non discriminazione fondata sulla nazionalità, tale tensione è venuta accrescendosi. Ecco perché la scrittura della Carta dei diritti fondamentali, che riposa

¹⁰⁸ Tale giurisprudenza postula un vero diritto di immissione nel mercato comune per tutte le merci prodotte legalmente in uno stato membro, assumendo un principio di equivalenza presunta, limitabile solamente per ragioni imperative di interesse generale.

¹⁰⁹ Causa C- 8/74 dell'11 luglio 1974, in *Racc.* [1974] pagina 00837.

¹¹⁰ Causa C-120/78 del 20 febbraio 1979, in *Racc.* [1979] pagina 00649.

¹¹¹ Cfr sentenza *Rush Portuguesa* C-113/89 del 27 marzo 1990, in *Racc.* [1990] pagina I-01417, in materia di esecuzione di un appalto transnazionale.

¹¹² Cfr. il caso *Säger* C- 76/90 del 25 luglio 1991, in *Racc.* [1991] pagina I-04221.

¹¹³ La direttiva sui lavoratori distaccati prevede infatti la fissazione di standard minimi da parte dello stato ospitante in materia di: periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, durata minima delle ferie annuali retribuite, tariffe minime salariali, condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, tutela delle condizioni di lavoro di gestanti o puerpere e di bambini e giovani, parità di trattamento fra uomo e donna e divieto di discriminazione. Tali materie costituiscono l'ossatura del diritto del lavoro comunitarizzato e d'altra parte sono determinanti per la fissazione del costo del lavoro stesso.

sull'assunto della indivisibilità dei diritti, apre nuovi scenari di possibile convergenza dei sistemi nazionali e di tutela sovranazionale.

4.3 La cittadinanza europea e il problema della convergenza dei sistemi nazionali di sicurezza sociale

Con l'istituzione della cittadinanza europea, prevista dal Trattato di Maastricht, il principio di non discriminazione basata sulla nazionalità e la libertà di circolazione si sono accresciute di nuovi significati. Difatti, essere cittadino europeo significa, oggi, potersi muovere su tutto il territorio comunitario e poter godere di tutti quei diritti che, storicamente, erano connessi alla cittadinanza nazionale, oltre ad alcuni totalmente nuovi.¹¹⁴

Questo significa, innanzitutto, poter godere dell'accesso ai servizi di sicurezza sociale di un altro paese membro come se si fosse nel proprio. Ma, come è facile capire, ciò comporta non pochi problemi per i sistemi nazionali che devono far fronte alle esigenze di cittadini stranieri i quali, proprio grazie allo statuto della cittadinanza europea, devono poter godere delle medesime tutele dei cittadini nazionali¹¹⁵.

Per analizzare il problema si prenda ad esempio la materia dell'istruzione e quella della sanità, due ambiti nei quali la Corte di Giustizia è specificamente intervenuta al fine di dettare regole comuni per la disciplina comunitaria.

L'istruzione è tipicamente una competenza statale, tuttavia essa ha subito negli ultimi anni una forte armonizzazione a partire proprio da un caso della Corte di Giustizia,¹¹⁶ che ha statuito l'obbligo per gli Stati membri di accogliere gli studenti stranieri nelle università, alle medesime condizioni degli studenti nazionali, basandosi sul principio di non discriminazione fondato sulla nazionalità. Questo significa che gli studenti europei possono oggi scegliere in quale università europea iscriversi senza doversi preoccupare di sentirsi opporre un rifiuto basato sul non riconoscimento del titolo pregresso. Ma, d'altro canto, questo comporta, in particolar modo per quegli Stati in cui l'università è gratuita, il rischio di un collasso del sistema, causato dal numero eccessivo di richieste d'iscrizione da parte di studenti stranieri¹¹⁷.

¹¹⁴ Cfr. gli artt. 17-21 TCE, diritto di circolazione, soggiorno, voto ed eleggibilità al Parlamento europeo e alle elezioni comunali, tutela consolare, petizione al PE, diritto di rivolgersi al Mediatore europeo, di scrivere alle istituzioni nella propria lingua e ricevere risposta nella stessa.

¹¹⁵ Cfr. M. Dougan, *Expanding the frontiers of the Union citizenship by dismantling the territorial boundaries of the National welfare states?*, in C. Barnard and O. Odudu (dir.), *The outer limits of European union law*, Oxford, Hart Publishing, 2009, p. 116 ss.

¹¹⁶ Caso *Commissione c. Austria*, C- 147/03, del 7 luglio 2005, in *Racc.* [2005] pagina I-05969.

¹¹⁷ C. Marzo, *La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, luglio/settembre 2009 n. 3.

In tema di sanità la Corte di Giustizia ha da sempre sostenuto la necessità di un rimborso delle spese di cura autorizzate e sostenute in uno Stato diverso da quello del soggetto curato e, ancora, l'effettiva possibilità di usufruire di cure in altro Stato¹¹⁸.

Come è facile intuire tali diritti, così come configurati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, pongono a capo dei singoli Stati obblighi notevoli sia da un punto di vista economico sia dal punto di vista del riassetto amministrativo.

Sotto il profilo che qui interessa, si deve notare che quanto più l'istituto della cittadinanza europea acquista di significato, tanto più i sistemi nazionali di welfare debbono modulare i propri apparati e questo comporta, ancora una volta, una reazione nazionale. Per evitare, infatti, una decuplicazione dei costi sociali, gli Stati tendono ad approntare limitazioni alla fruibilità dei servizi. Tali limitazioni, non potendo però essere fondate sul criterio della nazionalità, stante la sicura censura che riceverebbero da parte della Corte di Giustizia, tendono ad insistere su caratteri differenti; si può ad esempio pensare alla fissazione di posti massimi per l'accesso all'università o, l'innalzamento del costo delle prestazioni sanitarie. Tali limitazioni hanno quindi l'effetto generale di diminuire la protezione generale offerta, sia ai cittadini nazionali sia a quelli comunitari, negli ordinamenti interni, favorendo ed accrescendo quella "disgregazione dei sistemi nazionali di sicurezza sociale"¹¹⁹ della quale si è già argomentato.

Anche da questo punto di vista appare, dunque, evidente che è sempre più necessario ricercare una armonizzazione o riavvicinamento dei sistemi nazionali proprio al fine di scongiurare dannosi effetti di *race to the bottom*, che sempre più spesso vengono giustificati, da parte degli Stati membri, come conseguenza dell'applicazione del diritto comunitario.

¹¹⁸ Si vedano i casi C-120/95 *Decker in Racc.* [1998] pagina I-01831; C-158/96 *Kohll in Racc.* [1998] pagina I-01931, C-56/01 *Inizan in Racc.* [2003] pagina I-12403, C-8/02 *Leichtle in Racc.* [2004] pagina I-02641.

¹¹⁹ In questo senso si veda S. Simitis, *Dismantling on strengthening labour law: the case of European Court of Justice*, in *ELJ*, 1996, p. 1.

5. Conclusioni

Dall'analisi fin qui condotta è possibile trarre alcune prime conclusioni. Se da un lato appare evidente che gli ordinamenti nazionali conservano delle caratteristiche specifiche e differenziate nell'ambito della materia sociale, d'altro canto è possibile sostenere che in Europa esista una visione comune rispetto al catalogo di diritti sociali. In particolar modo esistono dei diritti sociali che sono tipicamente europei: pensioni di anzianità, assicurazioni per malattia e infortuni, tutela del lavoro e in caso di licenziamento, sanità ed educazione, tutela della maternità e dell'infanzia.

L'Unione non ha competenza in materia sociale e pertanto la sua azione è diretta non all'armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri, ma piuttosto al loro riavvicinamento. Tuttavia, in alcuni ambiti, la normativa comunitaria si è sviluppata grandemente con la conseguenza che, pur mantenendo ampi spazi di manovra, gli Stati membri hanno adottato legislazioni simili in questi campi.

L'impossibilità di un'azione comunitaria ad ampio raggio ha, però, portato alla creazione di uno sdoppiamento nell'ordinamento europeo: da un lato il piano economico, con le libertà connesse, fortemente armonizzato, e dall'altro il piano sociale nettamente nazionale e spesso in contrasto con il primo.

Anche la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha contribuito a creare questo doppio binario, stante lo sviluppo della tutela delle libertà economiche fondamentali che ha spesso sacrificato quello dei diritti sociali.

Si può quindi sostenere che fino ad oggi il problema principale, e in fondo la stessa *ratio* dell'intervento comunitario nella materia sociale sia stato quello di far convivere i diversi sistemi di welfare nazionale con la creazione del mercato comune, al fine di assicurare "la vitalità delle diverse tradizioni nazionali del diritto del lavoro e della sicurezza sociale compatibilmente con le esigenze di costruzione di uno spazio che esige la uniformazione delle condizioni di concorrenza delle imprese ed il libero, uniforme dispiegarsi delle libertà economiche"¹²⁰.

Il dibattito recente è, dunque, stato incentrato sulla ricerca di un nuovo equilibrio, che possa ricostruire una politica sociale europea attraverso la ricomposizione del mercato interno e dei diritti sociali.

Da questo punto di vista è infatti necessario che i diritti sociali ritrovino il loro spazio di diritti fondamentali anche nell'ordinamento comunitario, al fine di uno sviluppo futuro più

¹²⁰ S. Giubboni, *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo*, p. 2, nota per il gruppo di studio Astrid su "La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione", coord. T. Treu, in www.astrid-online.it/rassegna/02-09-2009/Giubboni

armonico e bilanciato.

Nel secondo capitolo di questo lavoro si analizzerà, perciò, l'evoluzione recente della politica sociale europea, tesa alla ricerca di un nuovo assetto delle politiche sociali nazionali e comunitarie, e ci si soffermerà sull'importanza della stesura della Carta dei diritti fondamentali che, ricompattando la triade diritti civili, politici e sociali, potrebbe rappresentare la nuova base per sviluppare un riequilibrio tra mercato interno e sistemi nazionali di welfare.

CAPITOLO II

I DIRITTI SOCIALI E LA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI

“La storia dei rapporti tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza è quella di una difficile convivenza, posto che il libero mercato gode di uno statuto giuridico più robusto rispetto a quello frammentario delle politiche sociali nelle quali si annida il diritto del lavoro.”¹

1. La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia: il rapporto tra libertà economiche e diritti sociali – 2. Il principio di solidarietà - 2.1 L'impatto della direttiva 2004/38 sui servizi di assistenza sociale per i migranti - 2.2 La mobilità degli studenti non afferenti al programma Socrates/Erasmus- 2.3 L'estensione dell'applicazione dell'art. 49 ai servizi di assistenza medica – 3. I diritti sociali “direttamente” giustiziabili nell'interpretazione della Corte di Giustizia – 3.1 Il principio di parità di trattamento e il lavoro - 3.2 Il diritto di residenza e l'accesso cross-border ai servizi di assistenza sociale – 4. La libera prestazione di servizi e le materie non rientranti – 5. L'agenda di Lisbona, il metodo aperto di coordinamento e le nuove prospettive in materia sociale – 5.1 Il diritto del lavoro e la flexsecurity – 5.2 La Strategia Europa 2020 – 6. I nuovi obiettivi fissati dal Trattato di Lisbona – 6.1 Il dialogo con le parti sociali – 6.2 Dall'armonizzazione alla cooperazione – 6.3 Soluzioni alternative di politica sociale – 7. La carta dei diritti fondamentali: l'indivisibilità dei diritti e il nuovo ruolo dei diritti sociali – 7.1 I diritti del capo solidarietà - 7.2 Gli altri diritti sociali riconosciuti dalla Carta – 7.3 I diritti sociali collettivi – 8. Il problema degli opt-out – 9. Conclusioni

¹ B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RGL, 2000, 779 ss, 819

1. La costituzionalizzazione dei diritti fondamentali da parte della Corte di Giustizia: il rapporto tra libertà economiche e diritti sociali

Dopo aver analizzato e ricostruito il panorama dei diritti sociali nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri e la loro incorporazione nell'ambito di quello comunitario², è ora opportuno dedicarsi alla analisi del livello di tutela che essi presentano, concretamente, in quest' ultimo.

Benchè, come detto, non esistesse, fino all'introduzione della carta di Nizza, un catalogo comunitario dei diritti sociali direttamente vincolante, essi hanno trovato una loro collocazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. È, tuttavia, importante sottolineare che la Corte si è interessata più che della tutela dei singoli diritti sociali, i quali rientrano ancora nella sfera di azione dei singoli Stati membri, alla tutela delle garanzie sociali dei cittadini migranti, all'interno del territorio dell'Unione.

Come si vedrà difatti, via via che la libertà di circolazione prima e, l'introduzione della cittadinanza europea poi, hanno esteso la loro portata, sempre maggior interesse è stato dedicato alla situazione dei singoli migranti.

L'assunto da cui si è preso le mosse è stata la necessità di garantire, a questa categoria di soggetti, un minimo di garanzie sociali non solo, nel proprio Stato di origine ma, soprattutto, nello Stato ospitante, al fine di evitare discriminazione fondate sulla nazionalità.

Particolare attenzione merita, dunque, la disciplina delle prestazioni sociali *cross-border* che a partire dagli anni Ottanta ha visto crescere il proprio riconoscimento da parte della Corte di Giustizia.

Quando si parla di prestazioni sociali *cross-border* ci si riferisce a tutta quella serie di servizi (sanità, istruzione, benefit sociali ecc.) a cui il cittadino nazionale ha accesso nel proprio Stato d'origine, per il solo fatto di essere cittadino e che generalmente non vengono garantiti, o per lo meno non nella stessa misura, ai non nazionali.

Il termine *cross-border* indica, in questo contesto, la possibilità di usufruire di tali prestazioni

² Tra le molte opere di carattere generale si segnalano, Adam R., Tizzano A., *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, 2 ed., 2010, Giappichelli; Barnard C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, 3. ed., 2010, Oxford, Chalmers D., Davies G., Monti M., *European union law: cases and materials*, 2 ed., 2010, Cambridge, Craig P., De Burca G., *The evolution of EU law*, 2 ed., 2011, Oxford, Daniele L., *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, 4 ed., 2010, Giuffrè, Duboils L., Blumman C., *Droit matériel de l'Union Européenne*, 5 ed., 2009, Montchrestien, Harris D., O'Boyle M., Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2 ed., 2009, Oxford, Jacque J. P., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 6 ed., 2010, Dalloz, Piris J., *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, 2010, Cambridge, Shaw M., *International law*, 6 ed., 2008, Cambridge, Steiner J., Woods L., *Eu law*, 10 ed., 2009, Oxford, Strozzi G., Mastroianni R., *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, 5 ed., 2011, Giappichelli, Strozzi G., *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, 3 ed., 2010, Giappichelli, Tesaurò G., *Diritto dell'Unione Europea*, 6 ed., 2010, CEDAM.

a livello transfrontaliero, a prescindere dalla nazionalità del soggetto che ne usufruisce. È, infatti, evidente che con la creazione di un unico mercato, in cui la possibilità di circolare e soggiornare per i cittadini dei 27 Stati membri è divenuta effettiva, è stato necessario garantire loro anche tutti quei servizi che venivano di norma garantiti ai soli cittadini nazionali dagli ordinamenti inetrni.

La tutela di queste situazioni si è sviluppata nella giurisprudenza della Corte sulla base di due principi fondamentali: la solidarietà da un lato, e la non discriminazione e parità di trattamento, dall'altro³.

2. Il principio di solidarietà nell'ordinamento comunitario

Ancora una volta, protagonista dello sviluppo della protezione dei diritti sociali nell'UE, è stata la Corte di Giustizia. Senza voler parlare di “giurisprudenza eroica”⁴ è tuttavia certo che, in particolar modo sotto il profilo della tutela dell'accesso *cross border* ai servizi di assistenza sociali, la Corte abbia mostrato la via al legislatore comunitario. Infatti, la sua giurisprudenza a partire dagli anni Novanta in poi, fondandosi, anche, sul nuovo istituto della cittadinanza europea, ha innovato sensibilmente la stessa applicazione delle norme di diritto secondario, finendo per estendere gradualmente alla libertà di circolazione dei lavoratori, di stabilimento e di prestazioni di servizi, il divieto di apporre limiti, anche, di carattere non prettamente discriminatorio⁵. In particolar modo, i limiti fissati dalle direttive in materia di libera circolazione hanno subito un notevole ridimensionamento, che ha trovato accoglimento nella successiva emanazione della direttiva 2004/38, che ricalca sostanzialmente la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia.

Si deve premettere, che la normativa comunitaria in materia di politica sociale poggia su alcuni principi fondamentali che ne dettano le linee guida: il principio di solidarietà e quello di non discriminazione/pari opportunità, trans nazionalità/cittadinanza comunitaria/libertà di

³ Per un commento generale al principio di solidarietà in rapporto con l'Istituto della cittadinanza si veda, Bernard C., *Solidarity and the Commission's "Renewed Social Agenda*, in Ross M., Borgmann-P Yrebil., *Promoting solidarity in the European Union*, pp.73-106, 2010, Oxford, e dello stesso autore, *EU citizenship and the principle of solidarity*, in Dougan M., Spaventa E., *Social welfare and EU law*, pp. 157-180, 2005, Hart.

⁴ In tal senso, si veda Bifulco- Catabia-Celotto, *Introduzione*, in *ID.* (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001, 12 ss., nonché i numerosi testi comunitari dalla Dichiarazione di Copenhagen del 7-8 aprile 1978 sulla democrazia al Preambolo dell' Atto unico europeo del 1986 e l'art. 6 TUE che prevede esplicitamente il rispetto di tali diritti (*ex art. F* del Trattato di Maastricht del 1992, poi modificato dal Trattato di Amsterdam del 1998). La Corte superava così l'iniziale indirizzo espresso nelle sentenze 4 febbraio 1959, C-1/58, *Storck*, in *Racc.*, 1959, 43 e 18 maggio 1962, C-13/60, *Geitling*, *ivi*, 1962, 264, ove veniva negata la possibilità di interpretare il diritto comunitario in conformità con le disposizioni nazionali in tema di diritti fondamentali, a partire dalla sentenza 12 novembre 1969, C-29/69, *Stauder c. Stadt Ulm*, in *Racc.*, 1969, 419. Così, WEILER, *Editorial: Does the European Union truly need a Charter of Rights?*, in *European Law Journal*, 2000, 95.

⁵ Si veda C. Barnard, *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford, 2004, qui p. 256 ss.

circolazione.

Tali principi devono, in ogni caso, sottostare al principio di sussidiarietà, poiché in materia sociale la competenza normativa spetta in via esclusiva agli Stati membri, così come conferma anche il trattato di Lisbona⁶. Pertanto, l'Unione non può adottare atti vincolanti, tali da avviare una vera e propria politica sociale di stampo comunitario e ciò, ben spiega, perché il riavvicinamento degli ordinamenti nazionali in materia, sia stato generalmente affidato a direttive settoriali ed al metodo aperto di coordinamento.

È però vero, che tali interventi normativi hanno trovato nei sopra menzionati principi la propria *raison d'être*, e hanno fornito lo standard di riferimento sul quale sviluppare una serie di importanti innovazioni che, pur non potendo e non volendo, superare l'*impasse* del deficit di competenza in materia hanno, tuttavia, fortemente contribuito a costruire la politica sociale comunitaria⁷.

Tale politica comunitaria appare, oggi, settoriale e non certamente omogenea, in quanto si sviluppa al di là ed in forma parallela, rispetto al classico tessuto normativo comunitario. Attualmente, i cittadini dell'Unione godono di una serie di garanzie in materia di riconoscimento e tutela dell'accesso alle prestazioni sociali fornite dai singoli Stati membri, che non riposano su una normativa strutturata, ma su norme di collegamento, sapientemente interpretate dalla Corte di Giustizia. Gli artt. 18 e 21 TFUE⁸, interpretati congiuntamente, garantiscono ai cittadini comunitari migranti, di accedere a condizioni equivalenti rispetto ai cittadini nazionali, alle prestazioni sociali nel paese di soggiorno. Nel contempo, essi sono titolari di tutte, e sole, quelle garanzie che il singolo ordinamento prevede, pur non essendo titolari di diritti sociali comunitari direttamente giustiziabili. L'assunto su cui riposa l'interpretazione degli articoli 18 e 21 è quello per cui, una volta che gli Stati membri garantiscono parità di accesso alle prestazioni sociali per i cittadini migranti, il livello e gli standard di tutela che il singolo ordinamento sceglie, non possono essere oggetto di sindacato da parte della Corte.

Tale tipo di approccio, si fonda su basi diametralmente opposte rispetto alle classiche politiche di mercato comunitarie: il mercato interno si è costruito dall'alto, attraverso una relazione verticale tra normativa Ue e normative interne, in cui la prima ha modificato quella

⁶ Cfr. gli articoli 2,3,4,5,6 del TUE. In dottrina si vedano ex multis: Baratta R., *Le competenze*, Konstantinidest T., *Division of powers in European Union law. The delimitation of internal competence between the EU and the Member States*, 2009, Kluwer, Sbrescia V. M., *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, 2008, Edizioni Scientifiche.dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità, in *Diritto dell'Unione Europea*, pp. 517-554, 2010.

⁷ Politica sociale comunitaria impropriamente detta, in questo senso Azoulai L., *The Court of Justice and the social market economy: the emergence of an ideal and the conditions for its realization*, in CMLR, pp. 1335-1356, 2008.

⁸ L'articolo 18 (ex art. 12 TUE) prevede il principio di non discriminazione, e l'articolo 21 (ex art. 18 TUE) dispone la libera circolazione e soggiorno nel territorio dell'Unione

degli Stati membri facendole convergere verso obiettivi comuni, modificando e innovando le relazioni tra singoli⁹. La politica sociale comunitaria, al contrario, non modifica l'*an* delle relazioni, ma i soggetti delle stesse. Al cittadino comunitario è attribuito uno status fondamentale¹⁰, da cui discende il diritto ad accedere, a parità di condizioni, alle prestazioni sociali nazionali. Egli è, pertanto, titolare di un numero x di prestazioni sociali che può pretendere nello Stato membro in cui risiede, e la quantità di prestazioni x varia a seconda del luogo fisico e dell'ordinamento in cui il cittadino vive e lavora. In questo senso, l'interpretazione della Corte, lascia da parte la logica delle prestazioni minime e degli standard e finisce per accettare la sostanziale indifferenza del modello nazionale di riferimento purché non venga negata, al cittadino comunitario, la possibilità di accedervi alle medesime condizioni del cittadino nazionale¹¹.

La costruzione di questo paradigma sociale, è fondato sul riconoscimento dell'operatività del principio di solidarietà nell'ordinamento comunitario in tre macro ambiti di destinazione: le generazioni, gli Stati membri e le persone, richiamando, quale base della costruzione europea,

⁹ Secondo la definizione costante, il metodo comunitario è: una procedura decisionale che consente il funzionamento trasparente, efficace e democratico dell'Unione europea. Esso si fonda sull'interazione tra le tre istituzioni dell'Unione ("triangolo istituzionale").

Le caratteristiche principali del metodo comunitario sono: la Commissione europea detiene il monopolio dell'iniziativa legislativa, che esercita nell'interesse europeo generale; il Consiglio dei ministri, decide a maggioranza qualificata sulla maggior parte delle materie; il Parlamento europeo, interviene nel processo legislativo o viene quanto meno consultato; il Consiglio dei ministri può modificare le proposte della Commissione solo all'unanimità; l'attuazione delle politiche dell'Unione europea spetta in linea di principio agli Stati membri; le istituzioni dell'Unione europea possono anch'esse concorrere all'attuazione, in particolare qualora si renda necessario un approccio armonizzato. Il Consiglio dei ministri delega solitamente, i poteri esecutivi alla Commissione; le istituzioni dell'Unione europea, gli Stati membri, nonché le parti interessate possono far ricorso alla Corte di Giustizia delle Comunità europee. Alla Commissione europea ("custode dei Trattati") spetta un ruolo fondamentale nei ricorsi per inadempimento contro gli Stati membri proposti davanti alla Corte. Una delle caratteristiche fondamentali tra quelle summenzionate è la capacità esclusiva di iniziativa legislativa di cui gode la Commissione.

In dottrina tra i molti si segnala, Ziller J., *Metodo comunitario e metodo intergovernativo a confronto nell'intrecciamento tra diritto europeo e diritti nazionali*, in Bilancia P., *Federalismi e integrazione sovranazionale nell'era della globalizzazione: Unione e Mercosur*, Milano 2006, p. 196 ss.

¹⁰ Si veda a tal proposito l'atteggiamento della Corte di Giustizia che ha sottolineato in varie occasioni che lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri (v., in particolare, sentenze 20 settembre 2001, causa C -184/99, Grzelczyk, Racc. pag. I- 93, punto 31, e 17 settembre 2002, causa C-413/99, Baumbast e R, Racc. pag. I-7091, punto 82), ma per l'appunto è destinato ad essere, ma non lo è ancora

¹¹ Naturalmente, in alcune occasioni, tale approccio della Corte ha suscitato critiche, che l'hanno accusata di negare operatività alle tutele non prettamente istituzionali. Tra i molti si vedano i commenti generali Ballestrero M.V. *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, Wp Csdle "Massimo D'Antona" Int. - 55/2007., Barbera M., Caruso B., *In Search of a New Language: Italian Labour Law Scholarship in the face of European Integration*, Jean Monnet Working Paper n. 11/07, Bercusson B., *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, in *ELI*, 13, p. 279, Blanke T. (2007), *Observations on the Opinions of Advocates General Maduro and Mengozzi delivered on 23 May in the Veking and Laval cases*, in *Transfer*, 3, p. 497., Borelli S., *Un (possibile) equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *LD*, 1, p. 123., Carabelli U., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *RGL*, I, p. 33, Condinanzi M., Nascirbene B., *La libera prestazione dei servizi e delle professioni in generale*, in *Trattato di diritto privato* diretto da M. Bessone, vol. XXVI, *Il diritto privato dell'Unione Europea, a cura di A. Tizzano*, Tomo I, Torino: Giappichelli, 2006 p. 283.

quel nesso che costituisce la base della società civile nazionale e, anche sovranazionale¹².

All'applicazione pratica, nell'ambito di controversie riguardanti l'attribuzione di prestazioni sociali di natura *cross-border*, la Corte di Giustizia sembra utilizzare il concetto in due modi distinti. Da un lato, inteso come difesa dei *social welfare* nazionali a garanzia dei cittadini non-migranti e dall'altro, come obblighi di assistenza in capo agli Stati membri nei confronti dei cittadini migranti. In particolare, nei confronti dei cittadini migranti, i quali fondano le proprie pretese sulla base del diritto comunitario, l'approccio è stato quello di tipo cosiddetto incrementale¹³, nel senso di riconoscere un aumento dei doveri di solidarietà in capo allo Stato ospitante, mano a mano che si allunga il soggiorno del cittadino migrante sul suo territorio.

Secondo questa interpretazione, la solidarietà nazionale non viene intesa, dal diritto dell'Unione, come attività economica, pertanto, le normative sociali statali rivolte ai cittadini nazionali non migranti, sono escluse dalla assoggettabilità alle norme del mercato interno¹⁴.

Su questa linea si attestano varie sentenze. Le pronunce *Poucet and Pistre*¹⁵, in materia di assicurazioni di malattia e maternità e i casi *Sodemare*¹⁶ e *AOK*¹⁷, in materia di gestione dei servizi delle case di riposo per anziani e delle casse malattia per l'acquisto di medicinali, nelle quali si afferma che le assicurazioni prese in considerazione svolgono, nell'opinione della Corte, un ruolo di tutela identica per tutti gli affiliati al sistema. Si tratta, infatti, di prestazioni sociali garantite a cittadini nazionali non migranti, sulla base del solo diritto nazionale, che pertanto non entrano in conflitto con il diritto comunitario perché non comportano il fattore della transnazionalità per il loro godimento e, dunque, non ricadono nell'ambito di applicazione del mercato unico. Infatti, il diritto comunitario non entra in conflitto con i sistemi nazionali di welfare, dato che non esiste uno standard o modello comunitario di *welfare state* di riferimento. Pertanto, non è compito del diritto comunitario sindacare la rispondenza a uno standard di tutela che, di fatto, non esiste a livello comunitario. La tutela offerta dalla Corte di Giustizia si fonda quindi, sul principio di non discriminazione, inteso come illegittimità di trattamento differenziato per situazioni simili ma, nel momento in cui

¹² Si veda a tal proposito in particolare il preambolo del Trattato di Lisbona. Per questi argomenti si rimanda al paragrafo 4 di questo capitolo.

¹³ Si veda il prosieguito di questo capitolo.

¹⁴ Sul tema si vedano Ross M., In CMLR, pp. 1057-1080, 2007, dello stesso autore, *Promoting solidarity: from public services to a european model of competition? The value of solidarity in european public services law*, in Krajewski M., Neergaard U., Van De Groden J., *The changing legal framework for services of general economic interest in Europe*, pp. 81-99, 2009, T.M.C. Asser; Barnard C., *EU citizenship and the principle of solidarity*, in Dougan M., Spaventa E., *Social welfare and EU law*, pp. 157-180, 2005, Hart; dello stesso autore, *Solidarity and the Commission's "Renewed Social Agenda"*, in Ross M., Borgman-Prebil Y., *Promoting solidarity in the European Union*, pp.73-106, 2010, Oxford.

¹⁵ Corte di Giustizia Cause riunite C-159/91 e C-160/91 *Racc.* [1993] pagina I-00637

¹⁶ Corte di Giustizia Causa C-70/95 *Racc.* [1997] pagina I-0339

¹⁷ Corte di Giustizia Cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C-355/01 *Racc.* [2004] pagina I-02493

non sussiste una discriminazione in tal senso, perché il rapporto si sviluppa e chiude all'interno di un singolo ordinamento nazionale, che tratta in maniera uguale tutti gli affiliati - nei casi di specie un particolare ambito di assicurazione sociale¹⁸ - la discriminazione non sussiste e pertanto il diritto comunitario non crea alcun vincolo. La Corte in pratica sostiene che, fin tanto che a tutti coloro che fanno riferimento ad un particolare ordinamento, siano essi cittadini nazionali o comunitari, l'accesso alle prestazioni sociali venga garantito, alle medesime condizioni, non esiste discriminazione poiché l'ordinamento nazionale è perfettamente rispondente al proprio sistema interno. L'atteggiamento dell'Unione nei confronti dei singoli ordinamenti sociali nazionali è di tipo solidale, nel senso che è indifferente quale diritto/prestazione sociale l'ordinamento nazionale scelga di tutelare, purchè il modello di riferimento si applichi a tutti gli affiliati in modo non discriminatorio. Il diritto comunitario non entra nel merito delle scelte di politica sociale dei singoli Stati membri, purchè una volta che tale scelta sia stata effettuata venga perseguita in maniera non discriminatoria e solidale nei confronti dei propri cittadini, siano essi originariamente cittadini nazionali (per nascita e/o acquisizione) ovvero cittadini comunitari.

In quest'ottica, la solidarietà tra Stati è intesa come strettamente interconnessa al principio di non discriminazione dei singoli individui¹⁹.

Per ciò che riguarda i cittadini migranti, la Corte sostiene che “lo status di cittadino dell'Unione è destinato ad essere lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri che consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico”²⁰. Questo significa che i cittadini migranti hanno il diritto di richiedere i medesimi benefici spettanti ai cittadini dello Stato ospitante alle stesse condizioni di questi

¹⁸ In *Poucet & Pistre* la Corte aveva stabilito che gli enti incaricati della gestione di alcuni regimi legali di assicurazione obbligatoria, previsti dall'ordinamento francese in favore dei lavoratori autonomi, per malattia, maternità e vecchiaia, non sono soggetti alle regole del Trattato sulla concorrenza. Nel caso *Sodemare* la Corte aveva considerato compatibile con le regole del mercato interno che uno Stato membro consenta agli operatori privati che non perseguono fini di lucro di concorrere alla realizzazione del sistema di assistenza sociale con la stipula di convenzioni che danno diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi d'assistenza sociale a rilevanza sanitaria. Queste misure evidentemente costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento, ma, alla luce del potere statale di definire il proprio sistema di sicurezza sociale, la Corte afferma che «l'impossibilità per le società che perseguono fini di lucro di partecipare automaticamente alla realizzazione di un sistema legale di assistenza sociale di uno Stato membro con la stipulazione di una convenzione che dà diritto al rimborso da parte dello Stato dei costi di servizi di assistenza sociale a rilevanza sanitaria non può collocare le società a fini di lucro di altri Stati membri in una situazione di fatto o di diritto sfavorevole in relazione a quella delle società a fini di lucro dello Stato membro di stabilimento».

¹⁹ Per tutti S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, in A. Manzelli, P. Melograni, E. Paciotti e S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Bologna: Il Mulino, 2001, p. 57 ss. e S. Giubboni, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in *Dir. Unione Europea*, 2003, p. 339 ss.

²⁰ Corte di Giustizia Causa C- 184/99 *Grzelczyk v. Centre public d'aide social d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, *Racc.* [2001] pagina I-06193, par. 31 che richiama le conclusioni dell'Avvocato Generale La Pergola della Causa C- 85/96 *Martinez Sala*, *Racc.* [1998] pagina I-02691

ultimi²¹.

L'approccio adottato dalla Corte nel declinare tale tipo di attribuzioni è definito, come detto, di tipo "incrementale"²², nel senso che i diritti "sociali", o per meglio dire le pretese sociali, dei cittadini migranti, maturano e si ampliano mano a mano che il cittadino migrante prolunga il proprio soggiorno nel paese ospitante. Tale tipo di interpretazione è presentata per la prima volta, dall'Avvocato Generala La Pergola nelle cause riunite *Stöber e Pereira*²³, nelle quali sostiene che la situazione dei cittadini migranti passi da un prima fase (corta permanenza), in cui i diritti ai benefici sono molto limitati, ad una seconda (media permanenza), in cui i migranti devono essere titolari dei medesimi benefici dei nazionali, sulla scorta della solidarietà transnazionale, ed infine, una situazione di equiparazione ai cittadini nazionali (lunga permanenza), in cui i benefici sociali sono attribuiti ai migranti, sulla base del principio della solidarietà nazionale.

Questo tipo di approccio è il medesimo che è stato poi accolto dalla Direttiva relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri²⁴. Infatti, la direttiva ricalca fedelmente la distinzione concernente i residenti a lungo termine, già operata dalla Corte di Giustizia a partire dalla sentenza *Martinez Sala*.

Va notato che tale giurisprudenza segna un punto di rottura con gli assetti precedenti. Infatti, la direttiva 90/364²⁵, che per prima introdusse il diritto di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione, assoggettava il godimento di tali libertà, da parte del cittadino che, non possedendo lo status di lavoratore, poteva considerarsi come economicamente inattivo, a due requisiti fondamentali: da un lato, la titolarità di risorse economiche tali da evitare che egli divenisse un onere per l'assistenza sociale dello Stato ospitante, e dall'altro, la disponibilità di un'assicurazione che garantisse la completa copertura contro il rischio di malattia. Questa direttiva configurava, di fatto, due tipi di diritti di cittadinanza: da un lato quello dei cittadini economicamente attivi titolari dell'accesso *cross-border* ai servizi di assistenza sociale dello

²¹ La sentenza *Römer* (C-147/08) conferma la precedente giurisprudenza, della Corte di Giustizia, in tema di divieto di discriminazione basata sull'orientamento sessuale tra coppie dello stesso sesso e di sesso diverso in quegli Stati dove tali regimi sono sostanzialmente simili. Nel caso di specie, una pensione complementare di vecchiaia versata ad una persona legata ad un partner in un'unione civile, inferiore a quella concessa ad una persona sposata, costituisce una discriminazione fondata sulle tendenze sessuali qualora l'unione civile sia riservata a persone dello stesso sesso e si trovi in una situazione di diritto e di fatto paragonabile a quella del matrimonio.

²² Cfr. C. Barnard, *EU citizenship and the principle of solidarity*, in M. Dougan, E. Spaventa, *Social welfare and EU law*, Hart Pb., 2005, pag. 166 ss.

²³ Corte di Giustizia Cause riunite C- 4/95 e C-5/95, in *Racc.* [1997] pagina I-00511

²⁴ Direttiva 2004/38/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, in *GU L 158 del 30.4.2004*, pagg. 77-123.

²⁵ Direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno, in *GU L 180 del 13.7.1990*, pagg. 26-27

stato ospitante, sul presupposto del loro contributo allo sviluppo economico del paese²⁶, dall'altro, quello dei cittadini economicamente inattivi esclusi da tali benefici.

È stata proprio la giurisprudenza della Corte di Giustizia inaugurata, con il caso *Martinez Sala* che ha rotto con tale tipo di visione bifronte della cittadinanza europea, aprendo ad una visione unitaria. I diritti di accesso *cross border* ai servizi sociali appaiono, infatti, essere consolidati, nell'ottica della libera circolazione e di accesso al *welfare*, anche per il cittadino economicamente inattivo, nel senso di un loro riconoscimento in capo a tutti i cittadini comunitari, che possono beneficiarne in quanto cittadini comunitari migranti²⁷.

La sentenza in esame riguarda il caso della signora Sala, una cittadina spagnola, che viveva in Germania dall'età di 12 anni a seguito del rinnovo di successivi permessi di soggiorno. Nel 1993 la signora partorì in Germania ma, l'autorità tedesca, le negò il sussidio per l'educazione del figlio, poichè non risultava lavoratrice e il suo permesso di soggiorno era scaduto anche se in corso di rinnovo. La Corte, rispondendo al quesito posto, se tale tipo di rifiuto rappresentasse una discriminazione nei confronti della signora Sala, considera che la situazione della signora ricada nell'ambito delle previsioni sulla cittadinanza europea. In quanto cittadina comunitaria residente in uno Stato membro diverso dal suo, la signora gode, pertanto, dei diritti previsti dall'art. 17.2 CE, tra cui quello di non essere discriminata in base alla nazionalità, ex art. 12 CE. Quindi, il rifiuto del sussidio da parte della autorità tedesca rappresenta, agli occhi della Corte, una discriminazione perché, benché la signora fosse legalmente residente sul territorio tedesco, ai fini dell'erogazione del sussidio, le veniva richiesto un documento (permesso di soggiorno) che invece non era necessario per i cittadini nazionali. Pertanto, conclude la Corte, la signora Sala ha subito una discriminazione diretta sulla base dell'art.12, che non può essere giustificata come deroga²⁸.

La considerazione fondamentale della Corte è quella di ritenere che un cittadino dell'Unione, il quale risieda legalmente e per lungo tempo nel territorio di uno Stato membro ospitante,

²⁶ Cfr. Tomuschat C., *Nota alla sentenza Martinez Sala*, in *Common Market law review*, 2000, p. 455.

²⁷ Sul tema si vedano Fiedziuk., *Toward a more refined economic approach to services of general economic interest*, in *European public law*, pp. 271-288, 2010; Fuchs M., *Free movement of services and social security – quo vadis?*, in *European law journal*, pp. 536-555, 2002; Giubboni S., *Free movement of persons and european solidarity*, in *European law journal*, pp. 360-379, 2007; Grominka E., *Services of general economic interest in the State aid regime: proceduralisation of political choice?*, in *European public law*, pp. 429-461, 2005; Hailbronner K., *Union citizenship and access to social benefits*, in *CMLR*, pp. 1245-1267, 2005.

²⁸ L'articolo 36 TFUE, prevede la possibilità di deroghe alle libertà del mercato interno di cui agli articoli 34 e 35 TFUE se giustificate da motivi specifici. La Corte di giustizia fornisce un'interpretazione rigida dell'elenco delle deroghe di cui all'articolo 36 TFUE, le quali riguardano tutti interessi non economici (Causa C-120/95 *Decker*, Racc. 1998, pag. I-1831; causa 72/83). Inoltre, qualsiasi provvedimento deve essere conforme al principio di proporzionalità. L'onere della prova nel giustificare i provvedimenti adottati a norma dell'articolo 36 TFUE spetta allo Stato membro (*Campus Oil*, Racc. 1984, pag. 2727. Causa 251/78 *Denkavit Futtermittel*, Racc. 1979, pag. 3369.), ma quando uno Stato membro fornisce motivazioni convincenti, compete quindi alla Commissione dimostrare che i provvedimenti adottati non sono adeguati per il caso di cui trattasi (Causa C-55/99 Commissione contro Francia, Racc. 2000, pag. I-11499). In dottrina cfr. U. Draetta, *Elementi di diritto dell'Unione Europea. Parte speciale. Il diritto sostanziale*, Giuffrè, 3 ed.

può avvalersi del principio di parità di trattamento riconosciuto dal Trattato, in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario²⁹. Come è stato efficacemente scritto, la Corte sgancia “il concetto di soggiorno legale dai requisiti e dalle condizioni cui è soggetto il diritto di risiedere in un altro Stato membro, con la conseguenza che la natura condizionata di tale diritto risulta neutralizzata dal principio di parità di trattamento ex art. 12”³⁰, laddove il cittadino ha un rapporto stabile con lo Stato ospitante.

Il caso Sala riguarda i migranti a “lungo termine”, la situazione dei residenti a medio termine viene invece, affrontata nella sentenza *Grzelczyk*³¹. Questi era uno studente francese che studiava all’università in Belgio. Dopo tre anni di residenza in Belgio, richiedeva il *minimex* (sussidio per un reddito minimo garantito), che veniva però rifiutato dall’autorità belga per il fatto che Grzelczyk non era cittadino belga, ed essendo uno studente straniero, aveva l’obbligo di disporre di sufficienti risorse economiche, così come previsto dalla direttiva 93/96. Secondo la Corte anche in questo caso ci si trova di fronte ad una violazione dell’art. 12, in quanto il Grzelczyk, cittadino dell’Unione, si trova nella situazione di esercitare “le libertà fondamentali garantite dal Trattato e quelle rientranti nell’esercizio della libertà di circolare e di soggiornare nel territorio degli Stati membri quale conferita dall’art. 8 A del Trattato”³². A questa considerazione la Corte aggiunge che, essendo il Grzelczyk uno studente, ad esso devono essere correttamente applicate anche le disposizioni della direttiva 93/96, la quale prevede che gli studenti migranti siano tenuti ad avere sufficienti risorse economiche al fine di non essere un costo irragionevole per le finanze pubbliche, con la conseguenza che l’erogazione dei sussidi non possa essere una conseguenza diretta alla mera presentazione della domanda tuttavia, conclude, affermando che poichè il Grzelczyk ha risieduto in Belgio per tre anni, legalmente e con risorse proprie, ha diritto al *minimex*, anche se soltanto per un periodo limitato di tempo, al fine di non diventare un costo irragionevole per la spesa pubblica nazionale. La Corte in questo caso interpreta le disposizioni del Trattato e della direttiva secondo il principio di proporzionalità, ed opera un bilanciamento tra le norme sulla cittadinanza e le disposizioni limitative della direttiva.³³

²⁹ Cfr, il punto 36 della sentenza.

³⁰ Cfr. O. Golyner, Jobseekers ‘Rights in the European Union : challenges of chaining the paradigm of social solidarity, in *European law Review*, 2005 p.120

³¹ Causa C-184/99 in *Racc.* [2001] pagina I-06193

³² Cfr. punto 33 della sentenza che riprende la sentenza 24 novembre 1998, causa C-274/96, *Bickel e Franz*, *Racc.* pag. I-7637, punti 15 e 16.

³³ Così Davies G., *Competition, free movement and consumers of public services*, in *European business law review*, pp. 95-105, 2006; *Subsidiarity: the wrong idea, in the wrong place, at the wrong time*, in *CMLR*, pp. 63-84, 2006; *Welfare as a service*, in *Legal issues of economic integration*, pp. 27-40, 2002.

Lo stesso principio viene ribadito in un altro caso riguardante i migranti a medio termine³⁴; il signor Baumbast, cittadino tedesco che aveva lavorato in Inghilterra e che qui era rimasto a risiedere con la famiglia, una volta terminato il suo contratto di lavoro, si era visto negare il rinnovo del permesso di soggiorno, a seguito della cessazione del suo rapporto di lavoro. Infatti, l'autorità britannica, fondava il proprio rifiuto, sulla base del fatto che l'assicurazione medica tedesca del signor Baumbast, non copriva le cure di emergenza in Inghilterra, così come previsto dalla Direttiva 90/364. Secondo la Corte, ai fini dell'applicazione del principio di proporzionalità alle circostanze della causa Baumbast, si deve ricordare, come in primo luogo, non sia stato contestato, nel caso di specie, che il sig. Baumbast disponesse di risorse sufficienti ai sensi della Direttiva 90/364; in secondo luogo, come egli avesse svolto attività lavorativa e, quindi, legittimamente risieduto nello Stato membro ospitante per vari anni, inizialmente in qualità di lavoratore dipendente e, successivamente, di lavoratore autonomo; in terzo luogo, come, nel corso di tale periodo, la famiglia avesse parimenti risieduto nello Stato membro ospitante, ove era restata anche successivamente alla cessazione dell'attività lavorativa dipendente ed autonoma svolta dal sig. Baumbast nello Stato medesimo; in quarto luogo, come né il sig. Baumbast né i suoi familiari fossero divenuti un onere per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante e, infine, come tanto il sig. Baumbast quanto la sua famiglia disponessero di una copertura assicurativa completa contro le malattie in un altro Stato membro dell'Unione. Ciò premesso, dunque, “ il diniego nei confronti del sig. Baumbast dell'esercizio del diritto di soggiorno riconosciutogli dall'art. 18, n. 1 CE, per effetto dell'applicazione delle disposizioni della direttiva 90/364, sulla base del rilievo che, l'assicurazione contro le malattie, di cui il sig. Baumbast dispone, non coprirebbe le cure di pronto soccorso prestate nello Stato membro ospitante costituirebbe un'ingerenza sproporzionata nell'esercizio di tale diritto”³⁵ e pertanto, il rifiuto dell'autorità britannica appare illegittimo. La Corte, in questi casi, per mezzo dell'istituto della cittadinanza comunitaria limita l'uso delle deroghe previste dall'art. 18.1 CE³⁶. Infatti, secondo la Corte ai sensi dell'art. 18, il diritto di soggiorno è riconosciuto direttamente ad ogni cittadino

³⁴ Causa C-413/99, European Court reports 2002 Pag. I-0709

³⁵ Cfr. punto 93 della sentenza citata.

³⁶ Cfr. punti 90 e 91 della sentenza che precisano “ In ogni caso, le limitazioni e le condizioni di cui all'art. 18 CE e previste dalla direttiva 90/364 si ispirano all'idea che l'esercizio del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione può essere subordinato ai legittimi interessi degli Stati membri. A tal riguardo, si deve ricordare che dal quarto ‘considerando’ della direttiva 90/364 emerge che i beneficiari del diritto di soggiorno non devono divenire un onere «eccessivo» per le finanze pubbliche dello Stato membro ospitante.

Tuttavia, l'applicazione di tali limitazioni e condizioni deve essere operata nel rispetto dei limiti imposti a tal riguardo dal diritto comunitario e in conformità ai principi generali del medesimo, in particolare al principio di proporzionalità. Ciò significa che i provvedimenti nazionali adottati a tal fine devono essere appropriati e necessari per l'attuazione dello scopo perseguito (v., in tal senso, sentenza 2 agosto 1993, cause riunite C-259/91, C-331/91 e C-332/91, *Allué e a.*, in *Racc.* pag. I-4309, punto 15)”.

dell'Unione³⁷, ed è pertanto invocabile direttamente davanti al giudice nazionale, applicandosi ad esso i limiti che la stessa norma primaria richiama, ma sempre nel rispetto della compatibilità del diritto comunitario e quindi nel rispetto del principio di proporzionalità.

Nell'interpretazione della Corte è, dunque, assoggettabile al controllo di proporzionalità anche il requisito del possesso di risorse sufficienti nello Stato membro di residenza. Il principio viene riaffermato nella sentenza *Chen*³⁸, in cui la Corte sostiene che le risorse economiche del cittadino migrante non devono esigersi provenire esclusivamente dal soggetto interessato, quando queste possano essere garantite da un familiare che lo accompagna.

Il legame che esiste tra lunghezza del soggiorno e solidarietà³⁹, è ben evidenziato dalle parole dell'Avvocato Generale Geelhoed nelle conclusioni della sentenza *Ninni-Orasche*⁴⁰ nella quale sostiene “che il principio della minima solidarietà finanziaria possa creare, in circostanze specifiche e oggettive, un diritto alla parità di trattamento”.

Questa interpretazione si applica a tutti i casi in cui un cittadino europeo soggiorni legalmente, già da lungo tempo, in uno Stato membro diverso da quello di cui è cittadino, usufruendo di uno status che non dipende dall'esercizio delle libertà economiche fondamentali del Trattato, ma si fonda sull'istituto della cittadinanza comunitaria che è norma primaria e perciò “una siffatta situazione, [per una serie di motivi], debba rientrare nell'ambito di applicazione del Trattato, grazie al quale il cittadino dell'Unione europea ottiene il diritto alla parità di trattamento⁴¹”.

Tale interpretazione viene ripresa anche dall'Avvocato Generale Colomer nelle conclusioni della sentenza *Collins*⁴², caso in cui a un cittadino Irlandese appena trasferitosi nel Regno Unito, veniva negato il sussidio lavorativo per malattia. Secondo l'Avvocato Generale infatti, “allo stato attuale, il diritto comunitario non esige la concessione di una prestazione di previdenza sociale, destinata alle persone in cerca di occupazione che dispongano di risorse insufficienti, ad un cittadino dell'Unione che si rechi nel territorio di uno Stato membro con l'intenzione di trovare un lavoro senza avere un radicamento in tale paese né legami con il mercato del lavoro nazionale⁴³”. La Corte di Giustizia, pur non facendo alcun accenno alla questione della solidarietà, segue le indicazioni dell'Avvocato Generale sostenendo che il

³⁷ Cfr. punto 84 della sentenza citata.

³⁸ Corte di Giustizia Causa C-200/02 in Racc. [2004] pagina I-09925

³⁹ Sempre sul tema della solidarietà in chiave europea si vedano i commenti di D'Atena A., *Modelli federali e sussidiarietà nel riparto delle competenze normative tra l'Unione Europea e gli Stati membri*, in *Diritto dell'Unione Europea*, pp. 59-72, 2005, e Davies G., *The price of letting courts value solidarity: the judicial role in the liberalizing welfare*, in Ross M., Borgmann-Prebil Y., *Promoting solidarity in the European Union*, pp.106-122, 2010, Oxford.

⁴⁰ Corte di Giustizia Causa C-413/01, in Racc. [2003] pagina I-13187

⁴¹ Paragrafi 90 e 91 delle conclusioni.

⁴² Corte di Giustizia Causa C-138/02, in Racc. [2004] pagina I-02703

⁴³ Paragrafo 76 delle conclusioni.

diritto all'equo trattamento del signor Collins, fondato sull'art. 39 e sul Regolamento 1612/6844 si limita, date le circostanze di specie, alla sola parità di trattamento in materia di accesso al lavoro e non anche rispetto ai sussidi sociali.

Il cuore della pronuncia sta nella articolazione del test di proporzionalità, in particolar modo sotto il profilo della congruità del requisito della residenza, rispetto alla legittima esigenza di stabilire un legame genuino tra il soggetto in cerca di occupazione, ed il mercato del lavoro del paese ospitante. Infatti, la centralità assunta dallo status di cittadino, riconosciuto dagli artt. 12 e 18, impone una rilettura di tutte le altre libertà ed in specie di quella di circolazione. Nel caso di specie, la vera novità risiede nei fattori del test di proporzionalità e, poco importa, che alla fine la Corte ritenga giustificate le restrizioni imposte dal governo inglese.

In questo tipo d'interpretazione, è ben visibile la volontà della Corte di limitare, o comunque non incentivare, quello che è definito "turismo sociale"⁴⁵; essa, infatti, è ben conscia che un'eccessiva apertura nei confronti della parità di trattamento dei lavoratori migranti di breve durata, rischierebbe di causare forte reazioni da parte degli Stati, i quali temono un eccesso in termini di spesa sociale per cittadini non nazionali. Proprio a fronte di tale rischio la giurisprudenza iniziale, che tendeva a rafforzare la visione solidaristica per i soggetti migranti a breve periodo, come studenti turisti e malati, così come sviluppata nelle cause *Cowan*⁴⁶, *Gravier*⁴⁷ e *Kohl*⁴⁸, viene mitigata nel senso di restringere la sua interpretazione, accettando

⁴⁴ Regolamento (CEE) n. 1612/68 del Consiglio, del 15 ottobre 1968, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità in GU n. L 257 del 19.10.1968.

⁴⁵ Date le molteplici teorie esistenti riguardo alla natura o alla percezione che si ha del turismo sociale, non è facile definirne con esattezza il concetto. Le varie istituzioni che hanno affrontato questa tematica hanno infatti utilizzato metodi molto diversi, come l'individuazione del contenuto, dei risultati attesi, dell'insieme degli obiettivi, delle idee e delle convinzioni — con un punto fermo però, ovvero che tutte le persone, anche le meno favorite, necessitano di riposo, di tempo libero e di tempo di recupero dal lavoro e vi hanno diritto con cadenza giornaliera, settimanale e annuale. Il Bureau International du Tourisme Social (BITS) definisce il turismo sociale come l'insieme dei rapporti e dei fenomeni legati alla partecipazione al turismo da parte delle fasce sociali con redditi modesti, partecipazione che è stata resa possibile attraverso misure dal carattere sociale ben definito. Attualmente, il BITS sta riesaminando questa definizione, al fine di estenderla alle attività turistiche intese come contributo allo sviluppo e alla solidarietà. Si veda Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema Il turismo sociale in Europa, (2006/C 318/12), in *eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2006*.

⁴⁶ Corte di Giustizia Causa C-186/87 in *Racc.* 1989 pagina 00195, in cui si afferma che "il diritto comunitario garantisce la libertà per le persone fisiche di recarsi in un altro Stato membro, la tutela dell'integrità personale in detto Stato membro costituisce, alla stessa stregua dei cittadini e dei soggetti che vi risiedono, il corollario della libertà di circolazione. Ne discende che il principio di non discriminazione va applicato ai destinatari di servizi ai sensi del trattato quanto alla protezione contro i rischi di aggressione ed il diritto di ottenere una riparazione pecuniaria contemplata dal diritto nazionale allorché un'aggressione si sia verificata. La circostanza che l'indennizzo di cui è causa sia finanziato dal pubblico erario non può modificare il regime di tutela dei diritti garantiti dal trattato" (par. 17).

⁴⁷ Causa C-293/83, in *Racc.* dove la Corte conferma che il principio di non discriminazione contenuto nell'art. 12 TCE si applica alle tasse d'ammissione ma non ai sussidi di mantenimento.

⁴⁸ Corte di Giustizia Causa C-158/96 in *Racc.* 1998 pagina I-01931e secondo la Corte l'art. 59 del Trattato osta all'applicazione di qualsiasi normativa nazionale che abbia l'effetto di rendere la prestazione di servizi tra Stati membri più difficile della prestazione di servizi puramente interna a uno Stato Membro, e pertanto una normativa siffatta scoraggia gli assicurati dal rivolgersi ai prestatori di servizi medici stabiliti in un altro Stato membro e costituisce, sia per questi ultimi sia per i loro pazienti, un ostacolo alla libera prestazione dei servizi

limiti più severi alla concessione dei sussidi nazionali ai migranti di breve durata. Tale evoluzione è ben visibile nelle sentenze *Brown*⁴⁹, *D'Hoop*⁵⁰ e *The Queen*⁵¹, laddove la Corte, accettando la visione sostenuta degli Stati, afferma che le limitazioni poste all'erogazione di sussidi, siano giustificate ai sensi dell'art. 42 TCE, nei casi in cui non sussista un legame genuino tra la persona richiedente il sussidio e il mercato del lavoro nazionale, sostenendo che in un tale contesto è legittimo che il legislatore nazionale voglia essere sicuro dell'esistenza di un nesso reale, tra chi richiede le dette indennità ed il mercato geografico del lavoro interessato. Anche in questi casi la Corte sostiene, tuttavia, che tali limitazioni possono essere giustificate solo se fondate su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate, e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dall'ordinamento nazionale⁵².

L'introduzione della cittadinanza europea, a seguito del Trattato di Maastricht, ha dunque introdotto nuovi profili problematici, nel già controverso tema dei cittadini migranti, nel senso che ha acuito ancor più la tensione tra competenze comunitarie e sovranità nazionali.

In particolar modo, la Corte di Giustizia ha interpretato il combinato disposto dagli artt. 12 e 18 TUE nel senso che, lo “status fondamentale dei cittadini degli Stati membri consente a chi tra di essi si trovi nella medesima situazione di ottenere, indipendentemente dalla nazionalità e fatte salve le eccezioni a tal riguardo espressamente previste, il medesimo trattamento giuridico”⁵³; estendendo il diritto alla libera circolazione, attraverso il “suo approccio teleologico [...] così in avanti, che lo stesso ha non solo eguagliato, ma ha addirittura superato quello ordinariamente applicato alle mere previsioni economiche del trattato”⁵⁴.

Grazie a questa giurisprudenza creativa, l'istituto della cittadinanza europea è giunta a costituire “un esperimento unico nella estensione dei legami sociali e politici oltre i confini nazionali”⁵⁵.

Questo approccio, nei confronti dei cittadini cosiddetti inattivi⁵⁶, è ancora evidente nella sentenza *De Cuyper*⁵⁷, nella quale la Corte valuta la compatibilità del diniego di un sussidio di disoccupazione belga, in conseguenza del cambiamento di residenza del beneficiario. Sulla

(parr. 33-35).

⁴⁹ Corte di Giustizia Causa C-197/86, in *Racc.* [1988] pagina 03205

⁵⁰ Corte di Giustizia Causa C- 224/98, in *Racc.* [2002] pagina I-06191

⁵¹ Corte di Giustizia Causa C-209/03, in *Racc.* [2005] pagina I-02119

⁵² La Corte aveva già sostenuto tale tesi anche nelle cause C-274/96 *Bickel e Franz*, in *Racc.* pag. I-7637, punti 15 e 16, e *Grzelczyk*, citata, punto 33.

⁵³ Cfr. sentenza C- 184/99 *Rudy Grzelczyk*, punto 31.

⁵⁴ Cfr. Dougan, *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, in *European law Review*, 2006, p. 625 ss..

⁵⁵ Così D. Kostakopoulou, *European Union Citizenship: writing the future of Europe*, in *European law journal*, 2007, p.624 ss.

⁵⁶ Inattivi, perché non inquadrabili nella nozione di lavoratori, ai sensi della normativa comunitaria.

⁵⁷ Corte di Giustizia Causa C-406/04 in *Racc.* [2006] pagina I-06947

scia della summenzionata giurisprudenza, la Corte afferma che i requisiti di residenza imposti dagli Stati, in questo caso basati sulle disposizioni del Reg. 1408/71, non si giustificano più in linea generale ed astratta con il richiamo dell'art. 42 del TCE, ma andranno di volta in volta giustificati quali restrizioni della libertà di circolazione, alla luce del principio di proporzionalità. Infatti, il divieto di esportazione delle prestazioni non contributive, contiene, sempre, una potenziale lesione del diritto della persona a circolare liberamente nel territorio comunitario, restrizione che potrà essere giustificata, nei casi concreti, solo alla luce della *rule of reason*, ossia applicando il diritto nazionale in conformità al principio di proporzionalità⁵⁸, con l'evidente rischio che il requisito della residenza fissato dal legislatore nazionale per una stessa prestazione, possa essere considerato legittimo in un caso e sproporzionato in un altro⁵⁹.

Un esempio di come la Corte di Giustizia interpreta l'istituto della cittadinanza in concorrenza con i limiti posti dagli Stati all'erogazione dei sussidi sociali è dato dalla sentenza *Förster*⁶⁰, deciso dalla grande camera il 18 novembre 2008. Il caso riguardava una ragazza tedesca che nel 2000 si trasferiva nei Paesi Bassi per seguire un corso di pedagogia. Durante il corso di studi esercitava diverse attività salariate e riceveva un sussidio di mantenimento da parte del governo olandese, perchè considerata lavoratrice ai sensi dell'art. 39 TCE. A seguito della cessazione dei suoi rapporti di lavoro, nel 2003, le veniva ritirato il sussidio. Secondo l'autorità olandese la signora, infatti, non rientrava più ne nella nozione di lavoratore, né in quella di studente, così come definita nel caso *Bidar*⁶¹, a fronte della normativa olandese che prevede un periodo di soggiorno minimo di cinque anni, al fine di poter erogare un sussidio per gli studenti.

A differenza di quanto sostenuto dall'Avv. Generale Mazak, la Corte rifiuta di accordare il sussidio, poiché la ricorrente non rientra nelle ipotesi previste dall'art. 2 del regolamento n. 1251/70.

Ad opinione della Corte, infatti, deve desumersi, sulla scorta di quanto affermato nella sentenza *Bidar*, che “sebbene gli Stati membri siano chiamati a dare prova, nell'organizzazione e nell'applicazione del loro sistema di assistenza sociale, di una certa solidarietà finanziaria con i cittadini degli altri Stati membri, è opportuno che ciascuno Stato membro vigili affinché la concessione di aiuti a copertura delle spese di mantenimento di

⁵⁸ Si veda in questo senso la Causa *Hendrix*, C- 287/05 in *Racc.*[2007] pagina I-06909

⁵⁹ Esattamente ciò che si è verificato in materia di assegno all'educazione tedesco per cui nella sentenza C-213/05 *Wendy Geven* (in *Racc.* [2007] pagina I-06347) il requisito è stato ritenuto legittimo mentre, nello stesso giorno la Grande sezione lo riteneva illegittimo nella causa C-212/05 *Hartmann* (in *Racc.*[2007] pagina I-06303).

⁶⁰ Corte di Giustizia Causa C-158/07, in *Racc.* [2008] pagina I-08507

⁶¹ Corte di Giustizia Causa C-209/03, in *Racc.* [2005] pagina I-02119

studenti provenienti da altri Stati membri non diventi un onere irragionevole che potrebbe produrre conseguenze sul livello globale dell'aiuto che può essere concesso da tale Stato (v. sentenza Bidar, cit., punto 56)⁶². Pertanto, uno studente cittadino di uno Stato membro, che si sia recato in un altro Stato membro per motivi di studio, può invocare l'art. 12 primo comma TCE, al fine di ottenere una borsa di mantenimento, solo una volta che ha soggiornato durante un certo periodo nello Stato membro ospitante. L'art. 12 primo comma non osta, infatti, all'applicazione, nei confronti dei cittadini di altri Stati membri, di una condizione di precedente residenza di cinque anni come prevista dalla normativa olandese.

Lo statuto della cittadinanza europea appare, dunque, controverso⁶³: secondo una costante giurisprudenza “un cittadino dell'Unione che risiede legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante può avvalersi dell'art. 12 CE in tutte le situazioni che rientrano nel campo di applicazione *ratione materiae* del diritto comunitario”⁶⁴. Ma, se il campo di applicazione *ratione personae* risulta facile da individuare grazie al disposto dell'art. 17 TCE che considera cittadini europei tutti coloro che hanno la cittadinanza di uno Stato membro, l'applicazione *ratione materiae* è più complessa, infatti, a seconda che si tratti di studenti, lavoratori⁶⁵ o indigenti⁶⁶ essa cambia.

Secondo la Corte, dunque, la Direttiva 93/96 relativa al diritto di soggiorno degli studenti⁶⁷, che si applica nel caso di specie, accorda sì, un diritto di residenza ma non anche, direttamente, il diritto a ricevere dei sussidi. L'art. 12 viene, dunque, interpretato nel senso di una sua possibile limitazione da parte degli Stati membri, sempre, quando tale limitazione sia legittima, necessaria e proporzionale, ai sensi dell'art. 42 TCE. E nella sentenza *Förster* la Corte giudica che una residenza di almeno cinque anni sul territorio dello Stato ospitante, possa essere una giustificazione legittima, per la richiesta di un sussidio da parte di uno studente migrante. Appare evidente come in questo caso essa sia tornata indietro rispetto a quanto stabilito nel caso *Grzelczyk*. Ma vi è un nuovo elemento che la Corte deve tenere in conto: la Direttiva 2004/38 fissa in cinque anni (art. 24.2) il periodo minimo per l'ottenimento di un permesso di soggiorno permanente, dal quale discendono tutta una serie di benefici, tra cui la possibilità di richiedere sussidi alla stregua dei cittadini nazionali, periodo che può essere diminuito discrezionalmente dagli Stati membri secondo il dettato dell'art. 27 della

⁶² Cfr. punto 48 della sentenza.

⁶³ Cfr. C. Marzo, *La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, Juillet/septembre, 2009 n.3, p.444 ss..

⁶⁴ Cfr. punto 36 della sentenza citata, nonché sentenze della Corte di Giustizia 12 maggio 1998, causa C-85/96, Martínez Sala, Racc. pag. I-2691, punto 63, e Bidar, cit., punto 32.

⁶⁵ Cfr. sentenza *Collins*.

⁶⁶ Cfr. sentenza *Trojani* C-456/02, in *Racc.* [2004] pagina I-07573

⁶⁷ Direttiva 93/96/CEE del Consiglio, del 29 ottobre 1993, relativa al diritto di soggiorno degli studenti in *GU L 317 del 18.12.1993*, pagg. 59-60.

direttiva stessa.

Se la Corte, con la giurisprudenza *Martinez Sala*, aveva inaugurato una linea di interpretazione per così dire “radicale” dell’art 12 TCE, in cui appariva propensa ad estendere la libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini comunitari economicamente non attivi, vietando anche quegli ostacoli non discriminatori in quanto indistintamente applicabili⁶⁸, nell’ultimo periodo tende a bilanciare questa apertura valorizzando, in forma nuova i limiti posti dalla direttiva⁶⁹.

2.1 L’impatto della direttiva 2004/38 sui servizi di assistenza sociale per i migranti

Come si è detto la Direttiva 2004/38, relativa al diritto dei cittadini dell’Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, riprende l’approccio della giurisprudenza della Corte in materia. Pertanto, essa distingue un primo gruppo di cittadini, che possono stabilirsi liberamente per un periodo minimo di tre mesi nel territorio di uno Stato membro, i quali hanno diritto ad un trattamento equo, ma non hanno diritto ai servizi di assistenza sociale. Un secondo gruppo, del quale fanno parte i migranti che risiedono per più di tre mesi nello Stato ospitante, i quali hanno un vero e proprio diritto di residenza, sempre che siano lavoratori, o abbiano sufficienti risorse di mantenimento, o siano studenti inquadrati in un programma di scambio, o siano familiari di una delle suddette categorie e, pertanto, godono del diritto al lavoro e ad un equo trattamento. Infine, è previsto un terzo gruppo, rappresentato dai migranti che risiedono nello Stato membro per un periodo continuato⁷⁰, o per più di 5 anni, i quali acquistano il diritto di residenza permanente e sono di fatto equiparati ai cittadini nazionali.

Benché da un lato, la Direttiva sembra ampliare notevolmente le garanzie dei cittadini migranti, dall’altro, pone, però, dei limiti stringenti alle concessioni di sussidi per i migranti di breve periodo. Infatti, l’art. 14 pone come condizione, per l’esercizio del diritto di soggiorno di cui all’art. 6, che i cittadini non costituiscano un onere eccessivo per il sistema di assistenza sociale dell’ Stato membro ospitante ed, inoltre, che essi rispettino le condizioni fissate dall’art. 7 della medesima direttiva.

⁶⁸ Si veda in questo senso la Causa C-192/05 del 26.10.06, Tas Hagen in *Racc.* [2006] pagina I-10451 e C-152/05 Commissione c. Germania in *Racc.* [2008] pagina I-00039 e per la dottrina Jacobs, *Citizenship of the European Union- A legal analysis*, in *European law Journal*, 2007, p. 591 ss., M. Cousin, *Citizenship, residence and social security*, in *European Law Review*, 2007, p. 386.

⁶⁹ Per un commento generale si veda Ruggeri, Curati, *La disciplina degli stranieri. Schemi, casi pratici, approfondimenti*, Forlì, Esperta, 2007, 45 (nota 3).

⁷⁰ Il diritto di residenza permanente non si perde in caso di assenza dal territorio dello stato ospitante, a meno che questo non ecceda l’anno e sei mesi o i 12 mesi.

Un'ulteriore restrizione è rappresentata dalla previsione dell'art. 24, il quale benché preveda la parità di trattamento dei migranti rispetto ai nazionali in tutti gli ambiti previsti dal Trattato, afferma che lo Stato membro ospitante non sia tenuto ad attribuire il diritto a prestazioni di assistenza sociale durante i primi tre mesi di soggiorno, legittimando quindi una differenza di trattamento che non ha bisogno di ulteriori giustificazioni obiettive, ma che si basa sulla necessità di preservare le risorse finanziarie nazionali dei sistemi di assistenza sociale nazionali. Tale norma non definisce, tuttavia, il concetto di "assistenza sociale", che pertanto deve essere ricavato dalle definizioni date in altri atti⁷¹ e si configura come qualsiasi beneficio/servizio sociale di natura non contributiva che costituisca una spesa pubblica.

2.2 La mobilità degli studenti non afferenti al programma Socrates/Erasmus⁷²

La tematica della mobilità degli studenti non Erasmus nei vari Stati membri, presenta due profili problematici differenti, che la Corte di Giustizia risolve in maniera differente. Da un lato, vi è il problema della spesa eccessiva che, in particolare gli Stati membri che "importano" più studenti di quelli che "esportano", debbono affrontare, e dall'altro gli ostacoli alla mobilità incontrati dagli studenti stessi quali: il non riconoscimento dei diplomi, l'insufficienza delle conoscenze linguistiche e la carenza di sussidi e alloggi.

La possibilità data dalla libera circolazione delle persone, di poter scegliere in quale paese svolgere i propri studi, crea, infatti, un'ingente difficoltà per le risorse finanziarie degli Stati. Difatti, la possibilità di studiare all'estero e di spendere in seguito, il diploma ottenuto, nel proprio Stato di origine, crea un divario tra la spesa sostenuta per l'educazione dagli Stati membri, e il successivo reintegro di tali costi; poiché, appunto, i benefici dell'istruzione vengono spesi in uno Stato diverso da quello in cui si sono ottenuti, non vi è coincidenza tra coloro che ricevono i benefici (studenti) e coloro che contribuiscono al sostentamento della finanza pubblica (contribuenti). Questo tipo di *spill-over*, rischia perciò di concorrere ad una *race to the bottom*⁷³ dei sistemi di educazione degli Stati membri, i quali potrebbero essere tentati di adottare politiche di educazione al ribasso al fine di limitare le attrattive dei propri

⁷¹ Si vedano il Regolamento 883/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale in *GU L 200 del 7.6.2004, pagg. 1-49*, e la Direttiva 109/2003 del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo, in *GU L 16 del 23.1.2004, pagg. 44-53*.

⁷² Per una ricostruzione complessiva di tale giurisprudenza si veda M. Dougan, Fees, grants, loan and dole cheques: who cover the costs of migrant education within the EU? In *Common market Law Review*, 2005, p. 943 ss.

⁷³ Cfr. J. C. Schlosem, *A propos de la Circulation des étudiants: vers un fédéralisme financier européen?*, *Chaiers de droit européen*, 1989, p. 309-310

sistemi educativi, evitando così un massiccio aumento di studenti stranieri⁷⁴.

La Corte, consapevole di tali problematiche, ha cercato di dare soluzioni mediate, che da un lato consentissero agli studenti di muoversi senza eccessive limitazioni e, dall'altro, garantissero agli Stati membri una limitata espansione della spesa educativa.

Secondo una prima giurisprudenza della Corte di Giustizia, gli aiuti agli studenti che si muovono al di fuori del programma Erasmus, ricadono nelle materie di competenza degli Stati e pertanto al di fuori degli scopi previsti dal Trattato e dal principio di non discriminazione⁷⁵. Tale tipo di approccio è stato, tuttavia, mitigato a partire dalla giurisprudenza successiva al caso *Martinez Sala*, che ha sostenuto il diritto alla parità di trattamento in relazione ai sussidi sociali, compresi i sussidi di mantenimento, non solo in relazione ai lavoratori che rientrano nell'ambito dell'art. 39, ma a tutti coloro che risiedono regolarmente in uno Stato membro diverso dal proprio. Questo non significa che esista un obbligo in capo allo Stato ospitante all'erogazione del sussidio, tuttavia, il rifiuto di questo non può fondarsi sul mero criterio della nazionalità.

La sentenza *Commissione c. Austria*⁷⁶, in materia di interpretazione degli articoli 12, 149, e 150 TCE, offre una conferma a tale impostazione. La sentenza affronta il problema delle condizioni d'accesso agli studi universitari e sostiene che, sebbene applicabile indistintamente a tutti gli studenti, una disposizione di diritto nazionale che dispone per gli studenti – i quali abbiano conseguito il diploma d'istruzione secondaria in uno Stato membro diverso dallo Stato membro considerato e che intendono intraprendere un determinato corso di studi superiori o universitari di quest'ultimo Stato – non soltanto la produzione del detto diploma, ma altresì la prova di possedere i requisiti d'accesso agli studi superiori o universitari nello Stato che ha rilasciato il loro diploma, pregiudica maggiormente i cittadini di altri Stati membri rispetto ai cittadini dello Stato membro considerato. Cosicché, la differenza di trattamento istituita da tale norma determina una discriminazione indiretta, contraria al principio di non discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art.12 CE. Una disparità di trattamento siffatta, prosegue la Corte, può essere giustificata solo se basata su considerazioni oggettive, indipendenti dalla cittadinanza delle persone interessate e adeguatamente commisurate allo scopo legittimamente perseguito dal diritto nazionale⁷⁷.

Più precisamente, la giurisprudenza della Corte di Giustizia si sviluppa su due filoni paralleli: da un lato garantisce agli studenti migranti l'accesso a forme specifiche di reddito, ovvero di

⁷⁴ Si veda a tale proposito la teoria del federalismo fiscale così come proposta da D. Hyman, *Public finance- a contemporary application of theory to policy*, 1998, Thomson Learning, cap. 18, ed in materia, Jorgensen S., *The right to cross-border education in the European Union*, in CMLR, pp. 1567-1590, 2009.

⁷⁵ Cfr. sentenza *Lair* C-39/86 in *Racc.* [1988] pagina 03161, par. 24.

⁷⁶ Corte di Giustizia Causa C-147/03 in *Racc.* [2005] pagina I-05969.

⁷⁷ Cfr. punti 42, 46-48, 60 della sentenza.

protezione sociale nello Stato membro ospitante e dall'altro, la recente giurisprudenza interpretativa dell'art. 18, non ammette che le modalità richieste dallo Stato di appartenenza, per l'esportazione intracomunitaria delle borse di studio erogate, siano limitative della libertà di circolazione⁷⁸.

Sotto il primo profilo va ricordata l'importante affermazione fatta, nella già citata sentenza *Grzelcyk*, con cui la Corte sostiene che “nulla nel testo del Trattato (così modificato) consente di considerare che gli studenti, che sono cittadini dell'Unione, allorché si spostano in un altro Stato membro per seguire ivi gli studi, vengano privati dei diritti conferiti dal Trattato ai cittadini dell'Unione”⁷⁹.

Infatti, benché la direttiva 93/96 prima e la 2004/38 oggi, escluda gli studenti dal diritto di ottenere una borsa di mantenimento da parte dello Stato membro ospitante, secondo la Corte non li esclude dall'ottenere prestazioni di assistenza o sicurezza sociale nello Stato membro ospitante, in virtù del principio di parità di trattamento previsto ex art 12 TCE.

L'ulteriore innovazione della giurisprudenza in materia di sussidi per gli studenti migranti, si evince, come detto, dalla lettura della sentenza *Bidar*, dove il giudice del rinvio, sostanzialmente, chiedeva se un aiuto, in questo caso prestito per studenti, potesse considerarsi escluso dall'ambito di applicazione della direttiva 93/96, così come si desumeva dalle sentenze *Lair e Brown* o, se l'introduzione dell'art. 18, avesse definitivamente mutato il quadro normativo di riferimento. La Corte interpreta la libertà di circolazione sancita dall'art. 18 come pienamente soggetta all'effetto utile e, pertanto, funzionale all'estensione del principio di parità di trattamento a qualunque diritto, prestazione o beneficio che, riconosciuto da uno Stato membro, sia suscettibile di facilitare l'esercizio della libertà stessa. Tale impostazione, come è evidente, estende l'influenza dell'esercizio della libertà di circolazione praticamente ad ogni materia del diritto, a prescindere dell'esistenza di una competenza esclusiva dell'Unione⁸⁰.

La prevista esclusione dell'art. 3 della direttiva, riprodotta e persino ampliata nella direttiva 2004/38, viene di fatto scavalcata dall'affermazione per cui “si deve constatare che gli studenti che si recano in un altro Stato membro per iniziare o proseguire studi superiori e ivi, a tal fine, beneficiano in forza della direttiva 93/96 di un diritto di soggiorno, non possono, invero, fondare su tale direttiva alcun diritto al pagamento di un aiuto per il loro mantenimento”⁸¹ ma,

⁷⁸ Si veda in particolar modo A. P. Van Der Mei, *EU law and education: promotion of student mobility versus protection of the education systems*, in M. Dougan, E. Spaventa (eds.) opera citata.

⁷⁹ Cfr. punto 35 della sentenza citata.

⁸⁰ Si veda a questo proposito l'analogo ragionamento svolto dalla Corte in materia di libera prestazione di servizi nella causa *Carpenter*, C-60/00 in *Racc.* [2002] pagina I-06279 e il commento ad essa di E. Spaventa, *From Gebhard to Carpenter: towards a (non)-economic European constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 743 ss.

⁸¹ Cfr. punto 45 della sentenza.

ciò non toglie, che “l’art. 3 della direttiva 93/96 non osta a che un cittadino di uno Stato membro che, ai sensi dell’art. 18 CE e della direttiva 90/364, soggiorna legalmente nel territorio di un altro Stato membro, dove prevede di iniziare o proseguire studi superiori, invochi, durante tale soggiorno, il principio fondamentale di parità di trattamento sancito dall’art. 12, primo comma TCE”⁸². Pertanto, se è vero che gli studenti non possono fondare un proprio diritto al mantenimento agli studi sulla direttiva, non di meno possono beneficiare di tale sussidio quando soggiornano legalmente nel territorio dello Stato membro ospitante ed, abbiano con esso stabilito un legame effettivo⁸³.

Sotto il secondo profilo anzi delineato, nell’ambito della esportazione dei sussidi e delle borse di studio dallo Stato di origine del beneficiario, ad un altro Stato membro in cui si proseguono gli Studi, la Corte sembra ragionare al contrario. Nelle cause riunite *Rhiannon Morgan e Iris Bucher*⁸⁴ afferma che, il requisito di un periodo minimo di formazione nello Stato che eroga il sussidio, è un ostacolo alla libera circolazione ai sensi dell’art. 18⁸⁵. Infatti, “allorché uno Stato membro prevede un sistema di aiuti alla formazione che consente a studenti di beneficiarne, nell’ipotesi in cui compiano studi in un altro Stato membro, esso deve far sì che le modalità di concessione di tali aiuti non creino una limitazione ingiustificata al detto diritto di circolare e soggiornare nel territorio degli altri Stati membri”⁸⁶, e la Corte aggiunge: “risulta pertanto che il requisito della prima fase di studi, che esige che un periodo di studi superiori di almeno un anno, sia stato precedentemente effettuato nello Stato membro d’origine, presenta un carattere troppo generale ed esclusivo a tale riguardo. Esso privilegia infatti, indebitamente, un elemento che non è necessariamente rappresentativo del grado di integrazione nella società di tale Stato membro, al momento della richiesta dell’aiuto, eccedendo così quanto necessario per raggiungere l’obiettivo perseguito e non può quindi essere considerato proporzionato”⁸⁷. Pertanto, gli articoli 17 CE e 18 CE vietano l’apposizione di un requisito per la concessione della borsa di studio secondo il quale, per poter beneficiare di aiuti alla formazione concessi per studi seguiti in uno Stato membro diverso da quello di cui sono cittadini gli studenti che ne fanno richiesta, tali studi devono costituire la prosecuzione di una formazione seguita per un periodo di almeno un anno nel

⁸² Cfr. punto 46 della sentenza.

⁸³ A questo proposito è da sottolineare che parte della dottrina ritiene che esista un’ effettiva incompatibilità tra l’art. 24, par. 2 della Direttiva 2004/38 e gli artt. 12 e 18 del Trattato così come interpretati dalla Corte. Cfr. ancora E. Dougan, *Fees..opera citata* qui p. 968-969.

⁸⁴ Corte di Giustizia Cause riunite C-11/06 e C-12/06 della Grande Sezione del 23.10.07 in *Racc.* [2007] pagina I-09161.

⁸⁵ Cfr. S. Borrelli, *Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale più vantaggioso*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, p. 671 ss, e S. Giubboni, *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, in *Diritto Immigrazione Cittadinanza*, 2007, n.4, p.13 ss..

⁸⁶ Cfr. punto 28 della sentenza.

⁸⁷ Punto 46 della sentenza.

territorio dello Stato membro di origine degli studenti medesimi⁸⁸.

Da questa giurisprudenza emerge come, l'attitudine all'espansione della libera circolazione delle persone, e dell'istituto della cittadinanza europea, informino ogni ambito di applicazione del diritto comunitario, in modo tale per cui, questi due istituti sembrano modellare l'intero sistema dell'acquis comunitario, nell'ottica di un rafforzamento delle tutele legate alla mobilità dei cittadini comunitari, che si sviluppi oltre e senza i limiti posti dalla definizione delle competenze tra Unione e Stati membri.

2.3 L'estensione dell'applicazione dell'art. 49 alla assistenza medica

Come si è detto, ai fini dell'ampliamento dell'accesso alle prestazioni sociali *cross-border* per i cittadini comunitari, la Corte di Giustizia ha interpretato estensivamente anche l'articolo 49 TCE in materia di libertà di stabilimento da un lato, e l'articolo 39 TCE dall'altro. Da tempo, infatti, la Corte di Giustizia ha assoggettato le previsioni in tema di assistenza sociale alle previsioni concernenti la libera circolazione dei servizi e dei beni. Il filone maggiormente interessato da questa giurisprudenza è quello dei servizi di assistenza medica⁸⁹. A partire dalle pronunce *Decker*⁹⁰ e *Koholl*⁹¹ si afferma l'obbligo, per gli Stati membri, di rimborsare le spese per le cure mediche effettuate dai propri cittadini, in un altro Stato membro. Infatti, secondo la Corte, i sistemi nazionali, benché assoggettati alle competenze nazionali, devono essere compatibili con il Trattato. Secondo questa visione, l'assoggettamento del rimborso delle spese mediche, ad una previa autorizzazione dello Stato di origine, è contrario all'art. 49 TCE. La Corte individua, infatti, dei limiti stringenti all'opponibilità di un rifiuto al rimborso da parte degli Stati membri, per cure sostenute dai propri cittadini in un altro Stato membro, tale autorizzazione può difatti essere,

⁸⁸ Si veda la Comunicazione della Commissione - *The role of the universities in the Europe of knowledge*, COM (2003)58 final; ed inoltre, Dougan (2005), *Fees, grants, loans and dole cheques: Who covers the costs of migrant education within the EU*, in 42, *CML Rev.*, 956; Van Der Mei, *Free movement of persons within the European Community : cross-border access to public benefits*, Oxford, Hart, Chapter 5, 2003. Nonché Schwartz e Rehburg, *Study Costs and Direct Public Student Support in 16 European Countries - Towards a European Higher Education Area?*, 2004/39 *European Journal of Education*, p. 524; Davies T., *Higher education, equal access, and residence conditions: does EU law allow Member States to charge higher fees to students not previously resident?*, 2004/12, *MJ*, p. 228.

⁸⁹ Su questo tema in generale si vedano: Antoniazzi S., *Sistema sanitario nazionale e principio comunitario di libera prestazione di servizi: la scelta dell'utente per prestazioni mediche erogate in un diverso Paese membro, subordinata alla necessaria autorizzazione amministrativa dello Stato membro di appartenenza per il rimborso delle spese sostenute*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, pp. 603-620, 2002; Koutracos., *Healthcare as an economic service under EU law*, in Dougan M., Spaventa E., *Social welfare and EU law*, pp. 105-130, 2005, Hart; Dommers J., *An introduction to health law*, in *European journal of health law*, pp. 19-41, 1997.

⁹⁰ Corte di Giustizia Causa C- 120/95, in *Racc.* [1998] pagina I-01831

⁹¹ Corte di Giustizia Causa C-158/96, in *Racc.* [1998] pagina I-01931

giustificatamente negata, solo laddove serva a controllare la spesa medica nazionale; o sia prevista per la protezione della salute pubblica; ovvero aiuti a bilanciare la fruibilità dei servizi medici e ospedalieri nazionali. In caso contrario essa rappresenta una disparità nell'ambito della libera prestazione di servizi tra gli Stati membri.

Nell'interpretazione dei giudici di Lussemburgo, le prestazioni mediche offerte dal sistema sanitario nazionale, non rientrano nella definizione di servizio economico, ai sensi del diritto della concorrenza, pertanto, in quest'ambito, dovendosi preservare il diritto alla libera circolazione dei pazienti, le limitazioni imposte alla mobilità dei pazienti possono essere giustificate, ai sensi del diritto comunitario, solo quando siano previste tassativamente delle deroghe dal Trattato o, al più, si rinvenivano dei motivi imperativi di interesse generale nazionale⁹².

Con la sentenza *Peerbooms*⁹³ la Corte ha, dunque, affermato la sottoposizione all'art. 49 dei servizi resi dagli ospedali. Infatti, essa ritiene che, nella fattispecie, i pagamenti effettuati dalle casse malattia, nell'ambito del sistema di convenzionamento predisposto, ancorché forfettari, costituiscono sicuramente il corrispettivo delle prestazioni ospedaliere e presentano indubbiamente un carattere retributivo per l'istituto ospedaliero che ne beneficia e che svolge un'attività di tipo economico e sono, quindi, da considerarsi come ricadenti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario, anche se non ai sensi della normativa sulla concorrenza. Pertanto, l'autorizzazione al rimborso da parte dello Stato di appartenenza, può essere rifiutata solo quando è possibile ottenere lo stesso servizio, (stesso tipo e qualità e stessa cura) nello Stato stesso. La lettura dell'art.49 data in questo ambito è molto ampia, infatti in ogni caso, l'autorizzazione deve configurarsi come un atto non discriminatorio e ricorribile⁹⁴.

Per esemplificare come la Corte interpreti largamente i due requisiti, della non discriminazione e della ricorribilità, si può citare la sentenza *Vaenbraekel*⁹⁵, in cui ha affermato che il rimborso è sempre dovuto, laddove la cura costi meno nello Stato membro diverso dal proprio. Nel caso *Mullür-Fraurè*⁹⁶ la Corte opera, invece, una distinzione tra servizi ospedalieri e servizi non ospedalieri ed afferma che, per questi ultimi, gli Stati possono

⁹² Per una critica a tale approccio della Corte in materia di prestazioni mediche cross border si vedano i commenti di Hatzopoulos V., *Financing national health care in a transnational environment: the impact of the European Community internal market*, in *Wisconsin international law review*, pp. 761-803, 2008; *Killing national health and insurance systems but healing patients? The european market for health care services after the judgements of the ECJ in Vanbraekel and Peerbooms*, in *CMLR*, pp. 683-729.

⁹³ Corte di Giustizia Causa C-157/99, in *Racc.* [2001] pagina I-05473

⁹⁴ Cfr. par. 90 della sentenza citata, e tra i commenti Dawes A., *Bonjour herr doctor: national health care systems, the internal market and cross border medical care within the European Union*, in *Legal issues of economic integration*, pp.166-182, 2006

⁹⁵ Corte di Giustizia Causa C-368/98, in *Racc.* [2001] pagina I-05363

⁹⁶ Corte di Giustizia Causa C-385/99, in *Racc.* [2003] pagina I-04509

decidere il *quantum* del rimborso, tenendo però sempre conto di criteri oggettivi, non discriminatori e trasparenti.

In generale la Corte sostiene, infatti, che i rimborsi delle cure mediche, non creando problemi finanziari per lo Stato membro ospitante⁹⁷, posto l'obbligo di rimborso delle cure effettuate da parte dello Stato di appartenenza del paziente, favoriscono la libera circolazione dei servizi di assistenza medica, incrementandone il mercato.

Dalla ricostruzione sin qui svolta si possono trarre alcuni parziali conclusioni. Da un lato, il principio di solidarietà tra Stati membri, interpretato congiuntamente con quello di non discriminazione, fornisce la base per tutelare tutti quei cittadini migranti che, in qualche modo, svolgano delle attività economiche, che possano creare un vincolo con il territorio dello Stato ospitante, e che quindi fungono da “compensazione dei costi” delle prestazioni sociali offerte. Dall'altro, dopo un primo periodo di forte espansione, anche della tutela dei cittadini migranti inattivi, la Corte è ritornata a valorizzare i limiti configurati dalle direttive in materia.

In questo quadro si inserisce, infine, la cittadinanza europea. Questo istituto, per dirla con le parole dell'avvocato generale Colomer, appare oggi, “con il descritto corollario della libera circolazione dei suoi titolari nel territorio di tutti gli Stati membri, indicativa di un considerevole progresso qualitativo in quanto separa tale libertà dai suoi tradizionali elementi funzionali (la relazione con un'attività economica o con la creazione del mercato interno) e la eleva a categoria di diritto proprio e indipendente, inerente allo status politico dei cittadini dell'Unione”⁹⁸.

Traspare, dalla giurisprudenza della Corte, che la normativa secondaria in materia di limiti all'accesso alle prestazioni *cross-border*, sia interpretata, come identificativa degli interessi pubblici rilevanti ai fini del bilanciamento con la libertà fondamentale prevista dall'art. 18 e, non più, come condizione per l'esercizio dei diritti da parte dei cittadini dell'Unione⁹⁹. La Corte opera, dunque, come un vero e proprio “ingegnere sociale” costruendo un nuovo modello di solidarietà comunitario, non più fondato e rivolto esclusivamente a coloro che sono soggetti economicamente attivi, ma centrato sulla cittadinanza europea e quindi rivolto a tutti coloro che sono cittadini europei. Fermo restando che i cittadini economicamente inattivi

⁹⁷ Cfr. par. 95 della sentenza citata.

⁹⁸ Cfr. par. 82 delle conclusioni presentate nella causa *Morgan* già citata,

⁹⁹ Si veda sempre Dougan, *The Courts helps Those Who Help Themselves: The Legal Status of Migrant Workseekers Under Community Law in the Light of the Collins Judgment*, in *European Journal of Social Security* pp 7-34 qui p. 24, nonché De Groupe-Valdeyron N., *La directive sur les droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers. Véritable statut juridique européen du patient ou simple clarification d'un régime de mobilité?*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, pp. 299-327, 2011 ; Leenen H. J., *The rights of patients in Europe*, in *European journal of health law*, pp. 5-13, 1994, Martin J., *The principles of the rights of patients in Europe*, in *European journal of health law*, pp. 265-277, 1994.

siano destinatari di criteri di *eligibility* più onerosi, rispetto a quelli previsti dallo status di lavoratore ex art. 39, tra i quali la residenza abituale, il sufficiente grado di integrazione nella società del paese ospitante, il legame genuino con il mercato del lavoro del medesimo e, il limite, dell'onere irragionevole per l'assistenza sociale dello Stato membro ospitante, sembra che tali criteri si differenzino più sul piano quantitativo che qualitativo e che tale differenza stia gradualmente riducendosi, lasciando intravedere una tendenziale “de- nazionalizzazione e de-territorializzazione del welfare”¹⁰⁰.

3. I diritti sociali “direttamente” giustiziabili nell’interpretazione della Corte di Giustizia

Il secondo metaprincipio utilizzato dalla Corte di Giustizia per assicurare tutela ad talune posizioni soggettive di natura sociale è la non discriminazione. Questo ambito è stato, sicuramente, quello in cui la Corte di Giustizia è stata più attiva nel riconoscimento e nella tutela dei diritti fondamentali.

Il principio è, infatti, divenuto uno dei capisaldi della tutela comunitaria sia per quanto riguarda la tutela delle quattro libertà fondamentali sia, nell'ambito del riconoscimento dei diritti fondamentali e quindi dei diritti sociali.

Il principio di non discriminazione è infatti un principio trasversale: esso è stato applicato a tutti gli ambiti del diritto comunitario, in particolar modo, è servito per fondare e garantire le non discriminazioni tra cittadini comunitari di Stati membri diversi, quando si spostano sul territorio comunitario. Garantire la parità di trattamento per i cittadini comunitari in mobilità è, infatti, il mezzo attraverso il quale la giurisprudenza e la normativa comunitaria hanno, di fatto, sostenuto la creazione dello spazio comune e, in ultima analisi, della cittadinanza europea¹⁰¹.

¹⁰⁰ Cfr. S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di Giustizia della Comunità Europee*, in W.P.C.S.D.L.E., Massimo D’Antona, 2008, www.lex.unict.it

¹⁰¹ La giurisprudenza in materia di cittadinanza europea e principio di non discriminazione si è moltiplicata nell'ultimo decennio. Tra le più significative si segnalano Causa C-73/08, *Nicolas Bressol e a. e Céline Chaverot e a. contro Gouvernement de la Communauté française*, GU C 148 del 5.6.2010, pagg. 3–3; Causa C-135/08, *Janko Rottmann/Freistaat Bayern*, in GU C 113 dell' 1.5.2010, pagg. 4–4; Causa C-103/08, *Arthur Gottwald/Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, in GU C 282 del 21.11.2009, pagg. 8–8 ; Cause riunite *Athanasios Vatsouras (C-22/08) e Josif Koupatantze (C-23/08) contro Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-04585; Causa C-480/08, *Maria Teixeira contro London Borough of Lambeth e Secretary of State for the Home Department*, non ancora pubblicata in raccolta; Causa C-310/08, *London Borough of Harrow contro Nimco Hassan Ibrahim e Secretary of State for the Home Department*, non ancora pubblicata in raccolta; Causa C-158/07, *Jacqueline Förster/Hoofddirectie van de Informatie Beheer Groep*, in GU C 6 del 10.1.2009, pagg. 4–4; Causa C-535/08, *Maria Catena Rita Pignataro contro Ufficio centrale circoscrizionale presso il Tribunale di Catania e altri*, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-

Il principio di non discriminazione ha trovato applicazione pretoria in tutti gli ambiti di competenza dell'Unione. Senza ripercorrere l'amplessima e conosciuta giurisprudenza in materia, è sufficiente ricordare quella in materia di parità di trattamento, sviluppatasi con le decisioni *Kalanke*¹⁰² e *Marschall*¹⁰³, per notare come la Corte adatti e modelli il principio in funzione del diritto o scopo che si vuole tutelare.

L'analisi della giurisprudenza in materia di non discriminazione fondata sulla razza, l'età, gli handicap, l'orientamento sessuale, i congedi retribuiti, gli aiuti familiari, la disoccupazione e gli studenti, mostra una forte attenzione della Corte alla possibilità di garantire un ventaglio considerevolmente ampio di diritti sociali ai cittadini comunitari: diritti che se da un lato possono definirsi fondamentali dall'altro, richiedono un forte intervento dello Stato per la loro effettiva fruibilità.

00050; Causa C-524/06, *Heinz Huber contro Bundesrepublik Deutschland*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-09705; Causa C-353/06, *Stefan Grunkin e Dorothee Regina Paul*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-07639; Causa C-164/07, *James Wood/Fonds de Garantie des victimes des actes de Terrorisme et d'autres Infractions*, in GU C 183 del 19.7.2008, pagg. 3–4; Causa C-33/07, *Ministerul Administrației și Internelor - Direcția Generală de Pașapoarte București contro Gheorghe Jipa*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-05157; Causa C-398/0, *Commissione delle Comunità europee/Regno dei Paesi Bassi*, in GU C 128 del 24.5.2008, pagg. 10–10; Cause riunite C-11/06 e C-12/06, *Rhiannon Morgan contro Bezirksregierung Köln (C-11/06) e Iris Bucher contro Landrat des Kreises Düren (C-12/06)*, in raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-09161; Causa C-76/05, *Herbert Schwarz e Marga Gootjes-Schwarz contro Finanzamt Bergisch Gladbach*, in raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-06849; Causa C-300/04, *M. G. Eman e O. B. Sevinger contro College van burgemeester en wethouders van Den Haag*, in raccolta della giurisprudenza 2006 pagina I-08055; Causa C-145/04, *Regno di Spagna contro Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord*, in raccolta della giurisprudenza 2006 pagina I-07917; Causa C-441/02, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*, in raccolta della giurisprudenza 2006 pagina I-03449; Causa C-258/04, *Office national de l'emploi contro Ioannis Ioannidis*, in raccolta della giurisprudenza 2005 pagina I-08275; Causa C-403/03, *Egon Schempp contro Finanzamt München V*, in raccolta della giurisprudenza 2005 pagina I-06421; Causa C-209/03, *The Queen, ex parte di Dany Bidar contro London Borough of Ealing e Secretary of State for Education and Skills*, in raccolta della giurisprudenza 2005 pagina I-02119; Causa C-456/02, *Michel Trojani contro Centre public d'aide sociale de Bruxelles*, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-07573; Causa C-224/02, *Heikki Antero Pusa contro Osuuspankkien Keskinäinen Vakuutusyhtiö*, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-05763; Causa C-138/02, *Brian Francis Collins contro Secretary of State for Work and Pensions*, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-02703; Causa C-148/02, *Carlos Garcia Avello contro stato belga*, in raccolta della giurisprudenza 2003 pagina I-11613; Causa C-92/01, *Georgios Stylianakis contro Elliniko Dimosio*, in raccolta della giurisprudenza 2003 pagina I-01291; Causa C-413/99, *Baumbast e R contro Secretary of State for the Home Department*, in raccolta della giurisprudenza 2002 pagina I-07091; Causa C-192/99, *The Queen contro Secretary of State for the Home Department, ex parte Manjit Kaur*, in raccolta della giurisprudenza 2001 pagina I-01237.

¹⁰² Corte di Giustizia Causa C-450/93, *Eckhard Kalanke contro Freie Hansestadt Bremen*, in raccolta della giurisprudenza 1995 pagina I-03051.

¹⁰³ Corte di Giustizia Causa C-271/91, *M. Helen Marshall contro Southampton and South-West Hampshire Area Health Authority*, in raccolta della giurisprudenza 1993 pagina I-04367.

3.1 Il principio di parità di trattamento e il lavoro

La tutela del lavoratore comunitario ha da sempre trovato fondamento nel principio di non discriminazione e, nel connesso, principio di parità di trattamento. Infatti, tutte le direttive e regolamenti¹⁰⁴ adottati in quest'ambito, hanno avuto lo scopo di garantire al lavoratore migrante le medesime condizioni di accesso e di svolgimento del lavoro dei cittadini nazionali. La possibilità di muoversi sul territorio dell'UE e di lavorare in uno qualsiasi degli Stati membri è da sempre una delle finalità principali del diritto dell'Unione. L'armonizzazione in questo settore è, dunque, particolarmente elevata: da un'iniziale tutela offerta al solo lavoratore subordinato, che circola in ragione del suo lavoro si è giunti, attualmente, al riconoscimento della sostanziale equiparabilità di tutti i lavoratori (subordinati o autonomi) che si spostano sul territorio comunitario¹⁰⁵.

¹⁰⁴ Per una panoramica degli atti adottati dalle istituzioni in quest'ambito si vedano ad esempio Decisione quadro 2008/913/GAI del Consiglio, del 28 novembre 2008, sulla lotta contro talune forme ed espressioni di razzismo e xenofobia mediante il diritto penale, in *GU L 328 del 6.12.2008*, pagg. 55–58; Regolamento (CE) n. 1922/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, che istituisce un Istituto europeo per l'uguaglianza di genere, in *GU L 403 del 30.12.2006*, pagg. 9–17; direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego (rifusione), in *GU L 204 del 26.7.2006*, pagg. 23–36; Regolamento (CE) n. 1107/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, relativo ai diritti delle persone con disabilità e delle persone a mobilità ridotta nel trasporto aereo (Testo rilevante ai fini del SEE), in *GU L 204 del 26.7.2006*, pagg. 1–9; direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, in *GU L 373 del 21.12.2004*, pagg. 37–43; direttiva 2002/73/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 settembre 2002, che modifica la direttiva 76/207/CEE del Consiglio relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento tra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro (Testo rilevante ai fini del SEE), in *GU L 269 del 5.10.2002*, pagg. 15–20; direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GU L 303 del 2.12.2000*, pagg. 16–22; direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, in *GU L 180 del 19.7.2000*, pagg. 22–26; direttiva 98/52/CE del Consiglio del 13 luglio 1998 relativa all'estensione della direttiva 97/80/CE riguardante l'onere della prova nei casi di discriminazione basata sul sesso al Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord, in *GU L 205 del 22.7.1998*, pagg. 66–66; Dichiarazione del Consiglio e dei rappresentanti dei governi degli stati membri, riuniti in sede di Consiglio del 16 dicembre 1997 relativa al rispetto delle diversità e alla lotta contro il razzismo e la xenofobia, in *Gazzetta ufficiale n. C 001 del 03/01/1998 pag. 0001 - 0001*.

¹⁰⁵ Tra la numerosissima giurisprudenza in materia si segnalano le sentenze Causa 65/81, *Francesco Reina e Letizia Reina contro Landeskreditbank Baden-Württemberg*, in raccolta della giurisprudenza 1982 pagina 00033; Causa 180/83, *Hans Moser contro Land Baden-Württemberg*, in raccolta della giurisprudenza 1984 pagina 02539; Causa 293/83, *Françoise Gravier contro Città di Liegi*, in raccolta della giurisprudenza 1985 pagina 00593; Causa 96/85, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica francese*, in raccolta della giurisprudenza 1986 pagina 01475; Causa 139/85, *R. H. Kempf contro Staatssecretaris van Justitie*, in raccolta della giurisprudenza 1986 pagina 01741; Causa 168/85, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica italiana*, in raccolta della giurisprudenza 1986 pagina 02945; Causa 39/86, *Sylvie Lair contro Universität Hannover*, in raccolta della giurisprudenza 1988 pagina 03161; Causa 344/87, *I. Bettray contro Staatssecretaris van Justitie*, in raccolta della giurisprudenza 1989 pagina 01621; Causa C-113/89, *Rush Portuguesa Lda contro Office national d'immigration*, in raccolta della giurisprudenza 1990 pagina I-01417; Causa C-319/92, *Salomone Haim contro Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, in raccolta della giurisprudenza 1994 pagina I-00425; Causa C-415/93, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL e altri contro Jean-Marc Bosman e altri*, in raccolta della giurisprudenza 1995 pagina I-04921; Causa C-266/95, *Pascual Merino García contro Bundesanstalt für Arbeit*, in raccolta della giurisprudenza 1997 pagina

Se da un lato si è raggiunto l'obiettivo di garantire la mobilità dei lavoratori dall'altro, vi sono ancora delle lacune, per quanto riguarda la fruizione delle prestazioni connesse alla vita lavorativa. Su questo piano l'Unione agisce attraverso atti di armonizzazione dei differenti sistemi sociali, al fine di garantire al lavoratore pensioni, assistenza sanitaria, istruzione ecc., in qualsiasi Stato membro egli risieda permanentemente o temporaneamente.

Quasi tutte le direttive emanate in questi settori si fondano, proprio, sul principio di parità di trattamento, quale principio ispiratore di tutte le normative che tendono alla creazione di quello che potrebbe definirsi, un “mercato unico delle prestazioni sociali”.

La Corte ha avuto, e continua ad avere, un ruolo centrale nel rafforzamento della tutela e nel riconoscimento dei diritti sociali del singolo, di derivazione comunitaria. La giurisprudenza mostra come le discriminazioni siano, generalmente, duramente sanzionate dalla Corte e gli Stati possono giustificare eventuali comportamenti discriminatori, solo entro gli stretti limiti delle ragioni imperative e dei motivi di ordine pubblico¹⁰⁶. Il contributo della giurisprudenza

I-03279; Causa C-85/96, *María Martínez Sala contro Freistaat Bayern*, in raccolta della giurisprudenza 1998 pagina I-02691; Causa C-184/99, *Rudy Grzelczyk contro Centre public d'aide sociale d'Ottignies-Louvain-la-Neuve*, in raccolta della giurisprudenza 2001 pagina I-06193; Causa C-413/99, *Baumbast e R contro Secretary of State for the Home Department*, in raccolta della giurisprudenza 2002 pagina I-07091; Causa C-257/00, *Nani Givane e a. contro Secretary of State for the Home Department*, in raccolta della giurisprudenza 2003 pagina I-00345 ; Causa C-413/01, *Franca Ninni-Orasche contro Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst* , in raccolta della giurisprudenza 2003 pagina I-13187; Causa C-212/05, *Gertraud Hartmann contro Freistaat Bayern*, in raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-06303; Causa C-94/07, *Andrea Raccanelli contro Max-Planck-Gesellschaft zur Förderung der Wissenschaften eV*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-05939; Causa C-542/08, *Friedrich G. Barth contro Bundesministerium für Wissenschaft und Forschung*, non ancora pubblicata in raccolta.

¹⁰⁶ Si vedano le conclusioni dell'Avvocato Generale Bot nella causa *Tsakourdis* (C-145/09) in cui si sofferma sulla distinzione tra le nozioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, affermando che: “La Corte ha dichiarato che le circostanze specifiche che potrebbero giustificare il ricorso alla nozione di ordine pubblico possono variare da un paese all'altro e da un'epoca all'altra e che è perciò necessario lasciare, in questa materia, alle competenti autorità nazionali un certo potere discrezionale entro i limiti imposti dal Trattato. Inoltre, essa ha indicato che non esiste una scala di valori imposta agli Stati membri per la valutazione dei comportamenti contrari all'ordine pubblico .

A tal riguardo, è opportuno osservare che, a norma dell'art. 3, n. 2, TUE, la libera circolazione delle persone è assicurata insieme a misure appropriate in materia di prevenzione della criminalità e di lotta contro tale fenomeno. Infatti, lo scopo dell'Unione è creare uno spazio di sicurezza e, per raggiungere tale obiettivo, ogni Stato membro ha il dovere fondamentale di garantire tale spazio di sicurezza sul proprio territorio.

Pertanto, gli Stati membri restano sostanzialmente liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza .

La Corte ha poi riconosciuto che la nozione di ordine pubblico comprende, in particolare, la prevenzione della violenza nei grandi centri urbani, la lotta contro il traffico di auto rubate, la tutela del potere di battere moneta o, ancora, il rispetto della dignità umana.

Sotto il profilo della sicurezza interna, nella citata sentenza *Johnston* la Corte ha ammesso che il divieto per le donne del corpo di polizia dell'Irlanda del Nord di essere dotate di armi era giustificato da ragioni di pubblica sicurezza, in quanto sarebbero aumentate le probabilità che esse costituissero obiettivo di attentati in una situazione di gravi disordini interni .

Tuttavia, a mio avviso, questa sentenza costituisce un'eccezione, in quanto nella maggior parte delle cause relative all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza in cui la Corte è stata chiamata a pronunciarsi, essa non ha operato una distinzione netta tra le due nozioni anzidette .

Siffatta mancanza di distinzione è ancora più evidente nella sentenza *Oteiza Olazabal*. Infatti, in essa la Corte ha indicato che la prevenzione di un'attività di un gruppo armato e organizzato può essere considerata rientrante nel mantenimento della pubblica sicurezza . Nondimeno, è sotto il profilo dell'ordine pubblico che la

della Corte è amplissimo, tanto che, come già si è ricordato, la direttiva 2004/38 sulla libertà di circolazione, si fonda proprio sulle indicazioni di questa giurisprudenza.

La giurisprudenza ha quindi creato, o comunque sviluppato, il concetto di libera circolazione e in seguito quello di cittadinanza. Una volta determinata la fundamentalità del principio di non discriminazione sul fronte del lavoro, la Corte ha adoperato le medesime tecniche per implementare il principio nell'ambito dell'istituto della cittadinanza, con particolare sensibilità

Corte valuterà se sia giustificata la misura di espulsione adottata nei confronti del protagonista della causa principale del caso di specie.

Peraltro, il testo stesso dell'art. 27, n. 2, della direttiva 2004/38, che riprende dunque la giurisprudenza della Corte sulla nozione di ordine pubblico, sembra confondere le due nozioni. Invero, tale disposizione indica che i provvedimenti *adottati per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza* devono rispettare il principio di proporzionalità ed essere adottati esclusivamente in relazione al comportamento personale dell'individuo nei riguardi del quale essi sono applicati e che tale comportamento deve rappresentare una minaccia reale, attuale e sufficientemente grave da pregiudicare *un interesse fondamentale della società*, in quanto tale nozione di interesse fondamentale della società costituisce, a mio avviso e di fatto, il denominatore comune di queste due nozioni.

Pertanto, anche se, alla luce della giurisprudenza della Corte e, in particolare, delle citate sentenze Johnston e Oteiza Olazabal, è chiaro che la sicurezza interna di uno Stato si riferisce alla lotta contro il terrorismo, sembra difficile, se non addirittura artificioso, racchiudere le nozioni di ordine pubblico e di pubblica sicurezza ciascuna in una definizione esaustiva.

Ciò tanto più che, come ho già avuto modo di osservare, gli Stati membri restano liberi di determinare, conformemente alle loro necessità nazionali, le esigenze dell'ordine pubblico e della pubblica sicurezza. Essi restano i soli competenti quanto al mantenimento dell'ordine pubblico e alla salvaguardia della sicurezza interna sul loro territorio e dispongono di un margine di discrezionalità per determinare, in funzione della particolarità dei contesti sociali e dell'importanza da essi attribuita a un obiettivo legittimo con riguardo al diritto comunitario, le misure idonee a raggiungere risultati concreti.

Invero, anche se la Corte è indubbiamente competente a garantire il rispetto di un diritto fondamentale come quello di circolare e soggiornare nel territorio di uno Stato membro, ciò non toglie che gli Stati membri siano gli unici in grado di valutare i rischi di minaccia all'ordine pubblico e alla pubblica sicurezza sul proprio territorio.

A tal riguardo, è chiaro che il legislatore dell'Unione, seguendo la giurisprudenza della Corte, ha voluto lasciare un certo margine di valutazione agli Stati membri in merito al contenuto della nozione di pubblica sicurezza. Pertanto, l'art. 28, n. 3, lett. a), della direttiva 2004/38 indica che la decisione di allontanamento dev'essere fondata su motivi imperativi di pubblica sicurezza «definiti dallo Stato membro».

Conseguentemente, se, per alcuni Stati membri, le minacce di gruppi indipendentisti armati sul loro territorio costituiscono un pregiudizio alla loro sicurezza interna, per altri è la lotta contro la piaga del traffico di stupefacenti organizzato che diventa una priorità per garantire la sicurezza sul loro territorio.

La nozione di «motivi imperativi di pubblica sicurezza» ai sensi dell'art. 28, n. 3, della direttiva 2004/38

Benché la Corte abbia riconosciuto l'esistenza di una serie di interessi qualificati come motivi imperativi d'interesse generale, la nozione di motivi imperativi non ha costituito l'oggetto di una definizione autonoma.

Tuttavia, la Corte ha già affermato che un provvedimento mirante a proteggere la pubblica sicurezza costituisce un motivo imperativo d'interesse generale, come l'ordine pubblico e la sanità pubblica.

Peraltro, occorre osservare che l'art. 4, n. 8, della direttiva 2006/123/CE, definisce la nozione di motivi imperativi come «motivi riconosciuti come tali dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, tra i quali: l'ordine pubblico, la sicurezza pubblica [e] la sanità pubblica».

Se è vero che un motivo di pubblica sicurezza è, per sua stessa natura, un motivo imperativo, ritengo che l'impiego di tale formula miri in realtà a sottolineare il carattere necessario e proporzionale dei motivi che giustificano il provvedimento nazionale di cui trattasi.

Invero, quando un provvedimento nazionale viola le libertà fondamentali, la Corte ha sempre provveduto a verificare che fosse giustificato e necessario per il conseguimento dell'obiettivo perseguito e che non esistessero altre misure meno restrittive per conseguirlo.

Nel caso particolare di un provvedimento che limita il diritto di soggiorno e di circolazione per motivi di ordine pubblico o di pubblica sicurezza, la Corte ha affermato che le autorità nazionali competenti devono controllare la proporzionalità alla luce del fatto che siffatto provvedimento può essere giustificato solo se rispetta tali motivi, se è necessario a proteggere interessi che mira a garantire, nella misura in cui tali obiettivi non possono essere raggiunti mediante provvedimenti meno restrittivi” (punti 60-86).

al problema dell'accesso dei cittadini alle prestazioni sociali nazionali, al fine di garantire il godimento pieno dei diritti connessi a questo istituto.

Sul piano istituzionale, la normazione secondaria della cittadinanza europea e della non discriminazione fondata sulla nazionalità, sono affidate alla procedura ordinaria, al contrario, materie particolarmente sensibili, che hanno un forte impatto sulla vita professionale e non, sono affidate ad una procedura speciale. Ad oggi, grazie all'art. 19 TFUE, la tutela della non discriminazione fondata sul sesso, la razza, l'origine etnica ecc, è diventata materia la cui normativa è adottata con la procedura di approvazione ordinaria.

La tutela delle non discriminazioni in questi ambiti, da parte della Corte di Giustizia, ha puntato a garantire quei diritti che di fatto sostengono l'integrazione di categorie di cittadini deboli, nel tessuto sociale, accordando spesso la fruizione di sussidi a coloro che si trovano in situazioni di svantaggio, con il chiaro intento di sostenere il pieno inserimento di ogni cittadino nel mercato del lavoro, visto come mezzo attraverso il quale conseguire la piena realizzazione del singolo.

Nel 2000, il Consiglio ha approvato direttiva la 2000/43¹⁰⁷, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica. Secondo quanto afferma la stessa direttiva “le discriminazioni basate sulla razza o sull'origine etnica possono pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà. Esse possono [anche] compromettere l'obiettivo di sviluppare l'Unione europea in direzione di uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia¹⁰⁸”. Le discriminazioni razziali devono, pertanto, essere eliminate anzitutto a partire dall'ambito del lavoro. Nella sentenza *Feryn*¹⁰⁹, che prende le mosse dal caso di un datore di lavoro, il quale, dopo aver collocato un'offerta di lavoro destinata a richiamare l'attenzione, dichiarava in pubblico che, sostanzialmente, la sua impresa desiderava reclutare operai installatori, ma non poteva assumere “alloctoni” a motivo delle reticenze della clientela a farli accedere alla propria abitazione privata durante i lavori¹¹⁰, la Corte sostiene l'assoluta contrarietà al diritto dell'Unione di tale modalità di assunzione.

¹⁰⁷ Direttiva 2000/43/CE del Consiglio, del 29 giugno 2000, che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica.

¹⁰⁸ Cfr. il nono considerando della direttiva 2000/43.

¹⁰⁹ Corte di Giustizia Causa C-54/07 del 10 luglio 2008, in *Racc.* [2008] pagina I-05187

¹¹⁰ In particolare il direttore dell'impresa dichiarava “Devo soddisfare le esigenze dei miei clienti. Se lei dice: ‘Voglio quel tale prodotto o lo voglio così o così’, e io dico: ‘Non lo faccio, faccio venire lo stesso quelle persone’, allora lei dirà: ‘Non la voglio più quella porta’. Così io dovrò chiudere bottega. Dobbiamo venire incontro alle esigenze dei nostri clienti. Questo non è un mio problema, non ho creato io questo problema in Belgio. Io voglio solo che la società vada avanti e che alla fine dell'anno raggiungiamo il nostro fatturato e come lo raggiungo?...devo raggiungerlo come vuole il cliente!”, si veda il punto 18.1 della Sentenza.

Secondo la Corte le affermazioni del datore di lavoro sono discriminatorie sotto un duplice profilo: da un lato, perchè sono idonee a dissuadere fortemente determinati candidati dal presentare le proprie candidature e quindi ostacolano il loro accesso al mercato del lavoro dall'altro, perchè dichiarazioni pubbliche con le quali un datore di lavoro rende noto che, nell'ambito della sua politica di assunzione, non assumerà lavoratori dipendenti aventi una determinata origine etnica o razziale, sono sufficienti a far presumere l'esistenza di una politica di assunzione direttamente discriminatoria ai sensi dell'art.8, n.1, della direttiva 2000/43. Tali tipi di discriminazioni incidono, dunque, sulla garanzia dei diritti sociali e in particolar modo sulle possibilità di occupazione dei cittadini europei. Il dato particolare, è il fatto che in casi come quello appena citato, l'argomento della Corte non tocca direttamente il nodo dei diritti sociali. Infatti, gli obiettivi dell'Unione rimangono quelli di un elevato tasso di occupazione, allo scopo di rafforzare il mercato comune e la tutela del singolo avviene, dunque, in via secondaria, attraverso la tutela del mercato. In realtà, il principio di non discriminazione si fonda proprio sulla necessità di garantire la stabilità del mercato e solo conseguentemente la tutela del singolo. Ciò non significa, però, che la garanzia dei diritti sociali, lesi dall'eventuale discriminazione, non rilevi, ma è interessante notare come essa si raggiunga per via interposta, senza neppure che questi vengano nominati.

Ancora, è possibile constatare tale tipo di approccio nei numerosi casi in cui la Corte si è occupata della discriminazione fondata sull'età. La sentenza *Mangold*¹¹¹ ha sancito la natura di principio fondamentale del diritto comunitario della non discriminazione fondata sull'età. Il principio rientra tra gli obiettivi di coordinamento delle politiche degli Stati membri, in materia di occupazione, previsti dal Trattato¹¹². Il capitolo sull'occupazione è, infatti, volto a sviluppare una strategia coordinata europea a favore dell'occupazione, e, in particolare, a favore della promozione di una forza lavoro competente, qualificata e adattabile. Lo scopo prefissato dalla normativa è di promuovere un mercato del lavoro che agevoli l'inserimento sociale, formulando un insieme coerente di politiche volte a combattere la discriminazione nei confronti di gruppi quali i lavoratori anziani e i disabili, onde accrescere la loro partecipazione alla vita professionale. Infatti, l'occupazione e le condizioni di lavoro sono elementi chiave per garantire pari opportunità a tutti i cittadini e contribuiscono notevolmente alla piena partecipazione degli stessi alla vita economica, culturale e sociale e alla realizzazione personale.

Appare evidente, come la tutela della non discriminazione sia sempre connessa strettamente alle politiche occupazionali e pertanto solo in via mediata al diritto al lavoro del singolo

¹¹¹ Corte di Giustizia Causa C-144/04, *Werner Mangold contro Rüdiger Helm*, in raccolta della giurisprudenza 2005 pagina I-09981.

¹¹² Si vedano gli artt. 153, h TFUE (ex 137 TUE), 156 TFUE (ex 140 TUE) e 166 TFUE (ex 150 TUE).

cittadino. Nelle recenti sentenze *Bartsch*¹¹³, *The incorporated trustees of the National council for ageing*¹¹⁴, *Wolf*¹¹⁵, *Pertersen*¹¹⁶, *Küçükdeveci*¹¹⁷, la Corte amplia e precisa la portata di tale principio, definendone i limiti.

Sempre nell'ambito della tutela del lavoro si possono segnalare le sentenze *Coleman*¹¹⁸, in merito alla discriminazione fondata sugli handicap, *Meruko*¹¹⁹, *Schultz-Hoff e Stringer*¹²⁰, sulla discriminazione fondata sull'orientamento sessuale¹²¹ e sui congedi retribuiti. In tutti questi casi, la discriminazione sofferta dall'individuo, incideva sulla possibilità di ricevere una prestazione sociale da parte dello Stato di appartenenza. Anche se il diritto comunitario entra in gioco solo per la tutela della non discriminazione, esso finisce per garantire anche l'accesso alle singole prestazioni sociali. Pare quindi, che la Corte crei una sorta di catalogo delle prestazioni sociali che lo Stato deve garantire ai propri cittadini, e per far ciò, non si basa sulla tutela del singolo diritto sociale previsto/garantito a livello nazionale, ma sul principio di non discriminazione comunitario. Le stesse direttive in materia, pur ribadendo l'autonomia degli Stati, lasciandoli liberi di introdurre o mantenere disposizioni più favorevoli, creano un'equiparazione di fatto nei modelli di assistenza, basata non tanto sul *quantum* e sul *quid* ma piuttosto sui principi ispiratori.

L'applicazione del principio della parità di trattamento e della non discriminazione, si esplica con un raggio d'azione amplissimo, nella giurisprudenza della Corte. Nel caso *Coleman* essa ha applicato le disposizioni della direttiva 2000/78, sulla lotta alla discriminazione fondata sugli handicap, a coloro che, pur non essendo disabili, soffrono discriminazioni a causa della necessità di assistere persone disabili. Nel caso di specie la sig.ra Coleman era stata costretta a licenziarsi per poter seguire il figlio disabile, la Corte ha affermato che anche se nella situazione concreta la persona oggetto di una discriminazione diretta, fondata sulla disabilità, non è essa stessa disabile, resta comunque il fatto che è proprio la disabilità a costituire, per la sig.ra Coleman, il motivo del trattamento meno favorevole del quale essa è stata vittima. La direttiva 2000/78, che mira, per quanto concerne l'occupazione e le condizioni di lavoro, a

¹¹³ Corte di Giustizia Causa C-427/06 del 23 settembre 2008, in *Racc.* [2008] pagina I-07245.

¹¹⁴ Corte di Giustizia Causa C-388/07 del 5 marzo 2009, non ancora pubblicata in Raccolta.

¹¹⁵ Corte di Giustizia Causa C-229/08 del 12 gennaio 2010, non ancora pubblicata in Raccolta.

¹¹⁶ Corte di Giustizia Causa C-341/08 del 12 gennaio 2010, non ancora pubblicata in Raccolta.

¹¹⁷ Corte di Giustizia Causa C-555/07 del 19 gennaio 2010, non ancora pubblicata in Raccolta.

¹¹⁸ Corte di Giustizia Causa C-303/06 del 17 luglio 2008, in *Racc.* [2008] pagina I-05603.

¹¹⁹ Corte di Giustizia Causa C-267/06 del 1 aprile 2008, in *Racc.* [2007] pagina I-02851.

¹²⁰ Corte di Giustizia Cause riunite C-350/06 e C-520/06 del 20 gennaio 2009, in *Racc.* [2009] pagina I-00179. Per una analisi di questa giurisprudenza si segnalano, Fontanelli F., *General principles of the EU and a glimpse of solidarity in the aftermath of Mangold and Kucukdeveci*, in *European public law*, pp. 225-240, 2011; G. Di Federico, *La sentenza Kucukdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, *Ri. Ita. Diritto del Lavoro*, 2010, 4, pp. 1001 – 1010.

¹²¹ Grigolo M., *Sexualities and the ECHR: introducing the universal sexual legal subject*, *European Journal of International law*, 14/2003, p. 1023 ss., Kilpatrick C., *Gender equality: a fundamental dialogue*, in *Sciarra S., Labour Law in the Courts: national judges and the ECJ*, Hart Publishing, Oxford, 2001.

stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sull'handicap, l'età o le tendenze sessuali, secondo la Corte si applica, difatti, non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati al suo art.1¹²², ovvero la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali, in ogni ambito che concerna l'occupazione e le condizioni di lavoro.

Nella sentenza *Maruko*¹²³, è interessante notare come la Corte, non potendo entrare nel merito della questione sullo stato civile e le prestazioni statali ad esso collegate, in quanto costituiscono materie che rientrano nella competenza esclusiva degli Stati membri che il diritto comunitario non pregiudica, tuttavia, ricorda che gli Stati membri, nell'esercizio di detta competenza, devono rispettare il diritto comunitario, in particolare le disposizioni relative al principio di non discriminazione. Quindi sostiene che, il fatto di non accordare ad una persona, dopo il decesso del suo partner di unione solidale, il beneficio di prestazioni ai superstiti, così come ad un coniuge superstite, costituisce una discriminazione fondata sull'orientamento sessuale di detta persona.

Infine, nelle cause riunite *Schultz-Hoff e Stringer* la Corte si è soffermata sull'analisi del diritto alle ferie retribuite, sostenendo la sua applicazione anche a lavoratori in malattia, che se non fossero autorizzati a beneficiarne, subirebbero una discriminazione fondata sul loro stato di salute. Infatti, il diritto di ogni lavoratore alle ferie annuali retribuite, deve essere considerato come un principio particolarmente importante del diritto sociale comunitario, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti, deve effettuarsi nei limiti esplicitamente indicati dalla direttiva 104/93¹²⁴, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro¹²⁵.

Nei casi analizzati, appare evidente, come la tutela della parità di trattamento sia funzionale alla tutela di altri diritti: il licenziamento ingiustificato, la pensione di vecchiaia, le ferie retribuite. Tutti questi sono, appunto, diritti sociali; data la difficoltà di fondare un ricorso direttamente sulla loro lesione, stante la carenza di competenze in materia, la tutela viene assicurata attraverso il rispetto del principio di parità di trattamento e non discriminazione.

A tale proposito, sorge l'interrogativo, rispetto a quale sarà il futuro dei ricorsi individuali, in tutte quelle aree direttamente coperte dalla Carta dei diritti fondamentali, infatti, se le materie

¹²² Cfr. punto 50 della sentenza Coleman.

¹²³ Il caso riguardava una controversia tra il sig. Maruko e la Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen (ente di previdenza dei lavoratori dei teatri tedeschi) in merito al diniego di quest'ultima di riconoscergli una pensione di vedovo a titolo delle prestazioni ai superstiti previste dal regime previdenziale obbligatorio di categoria al quale era iscritto il suo partner, poi deceduto, con il quale aveva contratto un'unione solidale.

¹²⁴ Direttiva del Consiglio 23 novembre 1993, 93/104/CE, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro.

¹²⁵ Si veda il punto 22 della sentenza nonché sentenze 26 giugno 2001, causa C-173/99, BECTU, Racc. pag. I-4881, punto 43; 18 marzo 2004, causa C-342/01, Merino Gómez, Racc. pag. I-2605, punto 29, nonché 16 marzo 2006, cause riunite C-131/04 e C-257/04, Robinson-Steele e a., Racc. pag. I-2531, punto 48.

qui citate, sono escluse dal catalogo delle competenze dell'Unione, ex art. 153 TFUE, dall'altro esse fondano dei veri e propri diritti fondamentali accolti nel testo della Carta. Risulta pertanto interessante notare che le possibilità offerte dalla Carta alla tutela delle posizioni soggettive dei singoli, risultano attualmente pressochè inutili, senza una disposizione che ne garantisca la diretta giustiziabilità in sede comunitaria.

È quindi possibile affermare che il diritto comunitario presta attenzione alla tutela dei diritti sociali, specialmente quelli connessi alla sfera del lavoro¹²⁶, la vera peculiarità, consiste nell'accesso all'azione di tutela che, come già notato, è mediata e filtrata attraverso l'applicazione del principio di non discriminazione.

Inoltre, è da rilevare la particolare incidenza che la giurisprudenza comunitaria ha sui diritti nazionali: infatti, in tutti i casi analizzati è l'applicazione della legge nazionale che viene contestata, anche quando non si tratta di una legge di trasposizione delle direttive, ma di una legge esclusivamente interna. In questo senso, dunque, è possibile affermare che il diritto comunitario influisca e armonizzi i sistemi di diritti sociali interni. Infatti, anche qualora la controversia non sia connotata da tratti di transnazionalità il diritto comunitario è invocabile dal singolo, ai fini della tutela di un diritto che gli spetta, sulla base della sola normativa nazionale, qualora essa sia discriminatoria. Il principio di non discriminazione e parità di trattamento, viene quindi a informare tutti i singoli diritti nazionali, creando un parametro di riferimento omogeneo su tutto il territorio dell'Unione. La peculiarità del sistema di armonizzazione si fonda su un parametro di riferimento che rimane comunque esterno, nel senso che il diritto attribuito al cittadino rimane di esclusiva competenza nazionale, quanto all'estensione e all'oggetto, mentre la garanzia della sua applicazione, a tutti coloro che si trovano nelle condizioni prescritte dalle direttive, si fonda sul diritto comunitario¹²⁷.

¹²⁶ Si vedano i commenti alle sentenze Viking e Laval: M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Diritto e Lavoro*, 2008, 2, p.371-392; L. Zoppoli., *Dopo la Corte di giustizia, quale futuro per il conflitto collettivo nell'Unione europea?*, in ANDREONI E VENEZIANI (a cura di), *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea. Dopo le sentenze Laval, Viking, Ruffert e Lussemburgo*, Ediesse, 2009, pp. 219-231.

¹²⁷ Si veda Sciarra S., *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni di solidarietà*, in Sciarra S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna 2007, p.11, Il Mulino, Deakin S., e De Schutter O., *Social rights and market forces: is the Open Coordination of Employment and Social Policies the future of social Europe?*, Bruylant, Brussels, 2005.

3.2 *Il diritto di residenza e l'accesso cross-border ai servizi di assistenza sociale*

Se, sul piano dei diritti nazionali, la tutela comunitaria dei diritti sociali e delle loro prestazioni si sostanzia nella applicazione del principio di non discriminazione, fondato sulle direttive che regolano la tutela del lavoro, sul piano strettamente comunitario, le medesime tutele vengono fondate sul diritto di residenza, sulla libera circolazione dei lavoratori¹²⁸ e, in ultima analisi, sull'istituto della cittadinanza europea.

I regolamenti in materia, sostengono che le norme di coordinamento delle legislazioni nazionali sulla sicurezza sociale si inseriscono nel quadro della libera circolazione dei lavoratori, devono perciò contribuire al miglioramento del loro tenore di vita e delle condizioni di lavoro, garantendo all'interno dell'Unione, da un lato, a tutti i cittadini degli Stati membri, la parità di trattamento di fronte alle diverse legislazioni nazionali e dall'altro, ai lavoratori migranti e ai loro rispettivi aventi diritto, il beneficio delle prestazioni di sicurezza sociale, qualunque sia il luogo di occupazione o di residenza¹²⁹.

In materia di prestazioni di invalidità e di vecchiaia, gli interessati devono poter beneficiare del complesso delle prestazioni acquisite nei diversi Stati membri, entro il limite¹³⁰, del più elevato tra gli importi delle prestazioni che sarebbe dovuto da uno di detti Stati, se il lavoratore vi avesse compiuto tutta la sua carriera¹³¹.

La giurisprudenza della Corte, ha da sempre sostenuto la necessità di garantire al lavoratore migrante, l'accesso alle prestazioni sociali dello Stato di residenza anche temporaneo, in particolare non solo le prestazioni che derivano dalle attività lavorative ma, e soprattutto recentemente, anche tutte quelle prestazioni che, in senso lato, assicurano un'esistenza dignitosa al lavoratore. Infatti, per permettere la mobilità dei lavoratori in condizioni migliori, è necessario assicurare un coordinamento tra i regimi di assicurazione (vecchiaia/malattia) e di assistenza alla disoccupazione di tutti gli Stati membri; inoltre, per

¹²⁸ Già il Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, affrontava il problema delle esportazioni delle prestazioni sociali sulla base dell'art. 51 del Trattato.

¹²⁹ Per una disamina approfondita del tema, si vedano i molti scritti di Hervey T., tra cui si segnalano, *Mapping the contours of European Union health law and policy*, in *European public law*, pp. 69-105, 2001, *The right to health in European Union law*, in Hervey T., Kenner H., *Economic and social rights under the EU Charter of fundamental rights*, pp. 193-222, 2003, Hart, *The current legal framework on the right to seek health care abroad in the European Union*, in *Cambridge yearbook of european legal studies*, pp. 261-286, 2007, *Freedom to provide health care services within the EU: an opportunity for a transformative directive*, in *Columbia journal of european law*, pp. 623-647, 2007, *Health law and the European Union*, 2004, Cambridge, *The European Union and the governance of health care*, pp., 179-210, in De Burca G., Scott J., *Law and governance in the EU and the US*, 2006, Hart.

¹³⁰ Necessario per evitare cumuli ingiustificati, derivanti in particolare dalla sovrapposizione di periodi di assicurazione e di periodi assimilati.

¹³¹ Si vedano a tal proposito le sentenze C-527/06, *R. H. H. Renneberg contro Staatssecretaris van Financiën* in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-07735, e C10/90, *Maria Masgio contro Bundesknappschaft*, in raccolta della giurisprudenza 1991 pagina I-01119.

agevolare la ricerca di occupazione nei diversi Stati membri, occorre, concedere al lavoratore privo di occupazione, il beneficio, seppure durante un periodo limitato, delle prestazioni di disoccupazione previste dalla legislazione dello Stato membro nel quale egli è stato, da ultimo, soggetto a contributi previdenziali.

Sempre più spesso, le sentenze della Corte di giustizia in materia di libera circolazione dei lavoratori, si fondano sugli articoli 17 TCE e 18 TCE e non più sugli articoli. 39 e 56, sottolineando in tal modo, la possibilità di applicare simultaneamente le norme sulla cittadinanza e quelle relative alla libera circolazione dei lavoratori, a situazioni che tradizionalmente erano tutelate attraverso la normativa del lavoro.

La giurisprudenza sembra, infatti, affievolire le responsabilità e gli obblighi dello Stato *di origine*, a fronte di maggiori responsabilità ed obblighi dello Stato *ospitante*. Ne consegue che, uno Stato membro, non può negare un diritto ad un cittadino europeo per il motivo che egli non risiede formalmente sul suo territorio, qualora la vita personale e professionale dell'interessato si svolga all'interno delle sue frontiere. Allo stesso modo, gli Stati membri devono fornire servizi identici a tutti i cittadini europei, a prescindere dalla loro nazionalità o residenza, qualora dimostrino di esercitare attività analoghe a coloro che hanno un legame effettivo con la comunità politica di tale Stato, anche qualora tale obbligo comporti un onere per l'erario¹³². Tale approccio si rafforza quando il cittadino europeo dimostra di non costituire un onere per le finanze pubbliche dello Stato ospitante, a prescindere dalla provenienza delle risorse, o dalle modalità impiegate per acquisire la cittadinanza.

Un esempio di tale tipo di approccio è rappresentato dalla disciplina in materia di prestazioni familiari che, secondo quanto stabilito dalla sentenza *Bosmann*¹³³, possono essere percepite da un lavoratore migrante, soggetto al regime di previdenza sociale dello Stato membro in cui esercita la sua attività lavorativa, anche qualora siano erogate in applicazione della legislazione nazionale dello Stato membro di residenza, a condizione che soddisfi le condizioni necessarie per la concessione di tali prestazioni, in forza della legislazione nazionale di detto Stato. Ciò significa, in altri termini, che un lavoratore migrante che non risieda nello Stato dove lavora, ma ivi abbia la propria assicurazione sociale, è astrattamente

¹³² Si vedano ad esempio la direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GU L 303 del 2.12.2000*, pagg. 16–22; la direttiva 98/49/CE del Consiglio del 29 giugno 1998 relativa alla salvaguardia dei diritti a pensione complementare dei lavoratori subordinati e dei lavoratori autonomi che si spostano all'interno della Comunità europea, in *GU L 209 del 25.7.1998*, pagg. 46–49; il Regolamento (CE) n. 118/97 del Consiglio del 2 dicembre 1996 che modifica e aggiorna il regolamento (CEE) n. 1408/71 relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati, ai lavoratori autonomi e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità e il regolamento (CEE) n. 574/72 che stabilisce le modalità di applicazione del regolamento (CEE) n. 1408/71, in *GU L 28 del 30.1.1997*, pagg. 1–22.

¹³³ Corte di Giustizia Causa C-352/06 del 20 maggio 2008, in *Racc.* [2008] pagina I-03827

idoneo a ricevere prestazioni familiari dallo Stato in cui risiede, anche se qui non affiliato ad un regime di previdenza sociale. Questo perchè, come emerge chiaramente da una giurisprudenza costante¹³⁴, le disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone, sono volte a facilitare l'esercizio di attività lavorative di qualsivoglia natura, in tutto il territorio dell'Unione ed ostano a provvedimenti che potrebbero sfavorirli, qualora intendano svolgere un'attività economica sul territorio di un altro Stato membro. Pertanto, come la Corte ha dichiarato a più riprese¹³⁵, il Trattato non garantisce ad un lavoratore che l'estensione o il trasferimento delle sue attività in un altro Stato membro, avrà conseguenze neutre, sotto il profilo della previdenza sociale. Tenuto conto delle differenze tra i regimi previdenziali dei vari Stati membri, una simile estensione o trasferimento può, secondo i casi, essere più o meno favorevole o sfavorevole per i lavoratori sul piano della previdenza sociale¹³⁶, l'importante è che l'estensione o il trasferimento sia coerente con il sistema prescelto.

L'intera normativa, che inizialmente si fondava sulle previsioni in materia di libera circolazione dei lavoratori, ha trovato nuova linfa ed indirizzo con l'introduzione dell'istituto della cittadinanza europea. Così, sono state legate all'istituto della cittadinanza europea, anche le concessioni dei sussidi di disoccupazione, le quali, sono inquadrate dalla Corte come prestazioni previdenziali, rientranti anch'esse nell'ambito del Regolamento 1408/71¹³⁷. Nella sentenza *Petersen*¹³⁸, infatti, i giudici di Lussemburgo sostengono che gli artt.18 e 39 TCE, ostano ad una disposizione nazionale che preveda la sospensione del diritto al sussidio di disoccupazione, quando il disoccupato interessato risiede in un altro Stato membro.

Quindi, anche nell'ambito della categoria soggettiva di cittadini non inquadrabili come lavoratori, ai sensi dell'art. 39 TUE, la Corte applica il divieto di discriminazione in base alla

¹³⁴ Tra le tante si vedano Causa C-480/08, *Maria Teixeira contro London Borough of Lambeth e Secretary of State for the Home Department*, non ancora pubblicata in raccolta; Causa C-310/08, *London Borough of Harrow contro Nimco Hassan Ibrahim e Secretary of State for the Home Department*, non ancora pubblicata in raccolta; Causa C-103/08, *Arthur Gottwald contro Bezirkshauptmannschaft Bregenz*, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-09117; Cause riunite C-22/08 e C-23/08, *Athanasios Vatsouras (C-22/08) e Josif Koupatantze (C-23/08) contro Arbeitsgemeinschaft (ARGE) Nürnberg 900*, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-04585; Causa C-127/08, *Blaise Baheten Metock e altri contro Minister for Justice, Equality and Law Reform*, in raccolta della giurisprudenza 2008 pagina I-0624;1 Causa C-408/03, *Commissione delle Comunità europee contro Regno del Belgio*, in raccolta della giurisprudenza 2006 pagina I-02647; Cause riunite C-482/01 e C-493/01, *Georgios Orfanopoulos e altri (C-482/01) e Raffaele Oliveri (C-493/01) contro Land Baden-Württemberg*, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-05257.

¹³⁵ V., inter alia, sentenze 11 settembre 2007, causa C-318/05, Commissione/Germania (Racc. pag. I-0000, punto 114); Öberg, cit. alla nota 9 (punto 14), e Bosman, cit. alla nota 6 (punto 94).

¹³⁶ V., in tal senso, sentenze *Piatkowski*, cit. (punto 34), e *Hervein e a.*, cit. (punto 51).

¹³⁷ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità, in *GUL 323 del 13.12.1996*, pag. 38.

¹³⁸ Corte di Giustizia Causa C-228/07 del 11 settembre 2008, in *Racc.* [2008] pagina I-06989

nazionalità. Per ciò che attiene allo status di studente, le sentenze *Raccanelli*¹³⁹, *Förster*¹⁴⁰, e *Bidar*¹⁴¹ affermano che il divieto delle discriminazioni basate sulla cittadinanza, riguarda non solo gli atti dell'autorità pubblica, ma anche, le norme di qualsiasi natura, dirette a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato e le prestazioni di servizi¹⁴².

Per quanto riguarda, in particolare, le prestazioni di assistenza sociale, la Corte ha dato slancio a tale status dichiarando che, un cittadino dell'Unione economicamente non attivo può invocare l'art. 12 TCE, qualora abbia soggiornato legalmente nello Stato membro ospitante, durante un certo periodo o, disponga di un titolo di soggiorno. Si può quindi ammettere che la nozione di cittadinanza dell'Unione, come elaborata dalla giurisprudenza della Corte, segna un processo di emancipazione dei diritti comunitari dal loro paradigma economico¹⁴³. Pertanto, mentre inizialmente i diritti alle prestazioni sociali erano collegati all'esercizio di attività economiche (in particolare sotto forma di lavoro retribuito, che è alla base della nozione di lavoratore), attualmente essi possono essere esercitati da cittadini economicamente non attivi, sulla base del principio di non discriminazione. Mentre, in passato, uno Stato membro doveva assumersi la piena responsabilità sociale e fornire le prestazioni a coloro che avevano già avuto accesso al mercato del lavoro in detto Stato, contribuendo in una certa misura alla sua economia, attualmente, tale solidarietà economica dev'essere estesa, in linea di principio, a tutti i cittadini dell'Unione, legalmente residenti sul suo territorio. Tuttavia, occorre rilevare che permangono alcuni limiti. Come ha osservato la Corte nelle sentenze *Grzelczyk* e *Bidar*, in ambiti quali i sussidi per il mantenimento degli studenti, gli Stati, benchè debbano dare prova di "una certa solidarietà finanziaria" nell'organizzazione e nell'applicazione dei loro sistemi di assistenza sociale, essi possono vigilare affinché la concessione di prestazioni sociali, non diventi per loro un onere irragionevole riservando tali aiuti possono agli studenti che abbiano dimostrato "un certo grado di integrazione"¹⁴⁴.

In sintesi, è possibile seguire l'iter della giurisprudenza sulla tutela dei diritti sociali e delle prestazioni sociali, a partire dal caso *Baumbast*¹⁴⁵, che ha permesso ad un cittadino tedesco,

¹³⁹ Corte di Giustizia Causa C- 94/07 del 17 luglio 2008, in *Racc.* [2008] pagina I-05939

¹⁴⁰ Corte di Giustizia Causa C-158/07 del 18 novembre 2008 in *Racc.* [2008] pagina I-08507

¹⁴¹ Corte di Giustizia Causa C-209/03 del 15 marzo 2005 in *Racc.* [2005] pagina I-02119

¹⁴² Sul tema si vedano Newdick C., *Citizenship, free movement and health care: cementing individual rights by corroding social security*, in CMLR, pp. 1645-1668, 2006, *The European Court of Justice, transnational health care and social citizenship- accidental death of a concept?*, in Wisconsin international law journal, pp. 844-867, e Nys H., *Comparative health law and the harmonization of patients' rights in Europe*, in European journal of health law, pp. 317-331, 2001.

¹⁴³ Ex multis si veda Catarbia, *I diritti fondamentali e la cittadinanza europea*, in Bassanini, Tiberi, *La costituzione europea. Un primo commento*, Bologna 2005, p. 73; Costantinesco, *La cittadinanza dell'Unione europea: una vera cittadinanza?*, in Rossi, L. S., *Il progetto di Trattato Costituzione*, Milano 2006, p. 225; Pinalli, *La Carta dei diritti, la cittadinanza e la vita democratica dell'Ue*, in Bassanini, op. cit.

¹⁴⁴ Cfr. punto 57 della citata sentenza *Bidar*.

¹⁴⁵ Corte di Giustizia Causa C-413/99, *Baumbast e R contro Secretary of State for the Home Department*, in

che si era avvalso delle libertà di circolazione nel Regno Unito, di mantenere la propria residenza in questo Stato membro, in forza dell'art.18 TCE. Nella successiva sentenza *Trojani*¹⁴⁶, la Corte di giustizia ha considerato che, anche nel caso in cui un cittadino che risiedeva saltuariamente in Belgio fosse privo della qualità di soggetto economico (valutazione che la Corte ha lasciato al giudice nazionale), egli poteva pur sempre far affidamento sulla tutela che gli conferisce l'art.18 TCE. La successiva sentenza *Schwarz*¹⁴⁷ ha approfondito tale linea giurisprudenziale, delegando al giudice nazionale l'applicazione dell'art.49 TCE o dell'art.18 TCE, pur confermando, in entrambi i casi, l'esistenza di una violazione. In definitiva, nonostante la separazione degli ambiti di applicazione degli articoli relativi rispettivamente, alla cittadinanza e alla libera circolazione, all'atto pratico, tale separazione non comporta differenze rilevanti¹⁴⁸. La Corte di Giustizia persegue il conseguimento di un livello omogeneo di tutela, nell'ambito della libera circolazione delle persone, utilizzando le norme sulla cittadinanza come un valido strumento a tal fine.

Come ha rilevato l'avvocato generale Jacobs nell'ambito della causa *Konstantinidis*, “un cittadino comunitario che si rechi in un altro Stato membro come lavoratore dipendente o autonomo (...) [ha] il diritto non solo di svolgere la sua attività commerciale o professionale e di godere delle stesse condizioni di vita e di lavoro dei cittadini dello Stato ospitante, ma altresì di contare sul fatto che, dovunque egli si rechi per guadagnarsi da vivere all'interno della Comunità europea, egli sarà trattato in conformità ad un codice comune di valori fondamentali (...). In altre parole, egli ha il diritto di dichiarare «civis europeus sum» e di invocare tale status per opporsi a qualunque violazione dei suoi diritti fondamentali». In tal modo, la libera circolazione delle persone acquista un'identità propria, influenzata da contenuti costituzionali ancor più che giuridici, trasformandosi in una libertà affine alla dinamica che caratterizza i diritti fondamentali¹⁴⁹.

Come è stato efficacemente scritto “la nozione di cittadinanza, che implica uno status

raccolta della giurisprudenza 2002 pagina I-0709.

¹⁴⁶ Corte di Giustizia Causa C-456/02, *Michel Trojani contro Centre public d'aide sociale de Bruxelles (CPAS)*, in raccolta della giurisprudenza 2004 pagina I-07573.

¹⁴⁷ Corte di Giustizia Causa C-76/05, *Herbert Schwarz e Marga Gootjes-Schwarz contro Finanzamt Bergisch Gladbach*, in Raccolta della giurisprudenza 2007 pagina I-06849.

¹⁴⁸ Spaventa, E., *Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effects*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, pag. 40

¹⁴⁹ Besselink, L., *Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive?*, in *European Constitutional Law Review*, n. 3, vol. I, 2007, pagg. 1 e 2; Castro Oliveira, Á., *Workers and other persons: step-by-step from movement to citizenship – Case Law 1995-2001*, in *Common Market Law Review* n.39, 2002; Dougan, M. & Spaventa, E., *Educating Rudy and the (nin-) English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC*, n.28, *European Law Review*, 2003, pagg. 700-704; Martin, D., *A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence* in *European Journal of Migration and Law* 2002, vol. 4, pagg. 136-144; O'Leary, S., *Putting flesh on the bones of European Union citizenship*, n.28 in *European Law Review*, 1999, pagg. 75-79; Shaw, J. & Fries, S., *Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice*, n.4, *European Public Law*, 1998, pag. 533.

giuridico del singolo, impone agli Stati membri di prestare un'attenzione specifica alla situazione giuridica del singolo. A tal fine, i diritti fondamentali svolgono un ruolo essenziale. Come parte integrante dello status del cittadino, i diritti fondamentali rafforzano la posizione giuridica della persona, introducendovi una dimensione determinante ai fini della giustizia sostanziale del caso. Esercitando i propri diritti come prerogative di libertà, il cittadino europeo conferisce un maggior grado di legittimità alle proprie rivendicazioni. Anche nei casi in cui, pur non essendo in gioco un diritto fondamentale, venga commessa una violazione manifesta, occorre procedere ad un attento esame della proporzionalità. Tale accezione ci obbliga a reinterpretare le libertà di circolazione allorché il titolare di queste ultime gode dello status riconosciuto negli artt.17 TCE e 18 TCE.

In tal modo, la libera circolazione delle persone diventa la circolazione dei liberi cittadini. Un cambiamento di prospettiva non facile, poiché il centro dell'attenzione viene spostato dalla libertà di circolazione al singolo¹⁵⁰.

E proprio il cittadino titolare, secondo i diversi modelli nazionali, di prestazioni sociali, diviene il veicolo attraverso il quale tali prestazioni circolano sul territorio comunitario. In questo senso, dunque, il bene giuridico oggetto di tutela non è più la singola prestazione ma, astrattamente, l'insieme delle prestazioni che garantiscono al cittadino il normale svolgersi della vita sociale. Si assiste, quindi, alla creazione di un nuovo modello di welfare comunitario, non più fondato su una serie di normative pregresse che impongono la fruizione di determinate prestazioni sociali, ma al contrario, su un insieme variabile di singoli diritti esportabili e comunque sempre esigibili, ferme restando le diverse modalità di erogazione previste dai singoli diritti nazionali¹⁵¹.

¹⁵⁰ Cfr. conclusioni dell'Avvocato Generale Colomer nella causa C- 228/07 qui al punto 22.

¹⁵¹ In dottrina si vedano in tal senso i contributi, Urbano G., *Diritto alla salute e cure transfrontaliere. Profili di diritto interno e comunitario*, 2009, Giappichelli; Van Der Mei A. P., *Cross-border access to health care within the European Union: recent developments in law and policy*, in *European journal of health law*, pp. 369-380, 2003, *Cross border access to medical care: non hospital care and waiting lists*, in *CMLR*, pp.57-67, 2004, Van De Groden J., *Cross border health care in the EU and the organization of the national health care systems of the Member States: the dynamics resulting from the European Court of Justice's decisions on free movement and competition law*, in *Wisconsin international law review*, pp. 704-760, 2008 e dello stesso autore, *Cross border health care in the EU and the organization of the national health care systems of the Member States: the dynamics resulting from the European Court of Justice's decisions on free movement and competition law*, in *Wisconsin international law review*, pp. 704-760, 2008, nonché, *Health care and EU law*, 2011, Springer; Wyatt C., *Community competence to regulate medical services*, in Dougan M., Spaventa E., *Social welfare and EU law*, pp. 131-143, 2005, Hart.

4. La libera prestazione di servizi e le materie non rientranti

Sotto il profilo che qui interessa, è da notare che anche i servizi di assistenza medica rientrano, a norma degli articoli 56 e 57 TFUE (ex 49 e 50 TCE)¹⁵², nell'ipotesi di libera circolazione dei servizi, tanto è vero che erano già ricompresi nell'ambito della direttiva sui servizi del 2004 e troveranno nuova collocazione nella direttiva sui diritti dei pazienti¹⁵³.

In generale, così come afferma l'art. 168 TFUE (ex 152 TCE), gli Stati membri hanno competenza esclusiva in materia di salute¹⁵⁴. In particolare, come riafferma la Corte nella recente sentenza *Doc Morris*¹⁵⁵, sull'applicazione dell'art. 49 TFUE (ex 43 TCE), alla legislazione austriaca disciplinante le cliniche dentistiche, “spetta agli Stati membri stabilire il livello al quale essi intendono garantire la protezione della sanità pubblica ed il modo in cui tale livello deve essere raggiunto. Poiché detto livello può variare da uno Stato membro all'altro, occorre riconoscere a questi ultimi un margine discrezionale”¹⁵⁶; pertanto, i sistemi sanitari nazionali non rientrano, in linea di principio, nell'ambito di applicazione della disciplina del mercato e della concorrenza.

Nella realtà, la giurisprudenza recente, ci ha abituati a considerare che anche i sistemi nazionali di assistenza sanitaria possano entrare in conflitto ed essere interessati dal diritto comunitario. Infatti, un prestatore di servizi medici può, invocando il diritto comunitario, svolgere il proprio servizio in tutto il territorio dell'Unione, sempre che tale servizio sia remunerato. Pertanto è anche possibile, all'opposto, che tale attività possa essere sindacata sulla scorta degli articoli 106 (1) TFUE (ex 86 (1) TCE) e 102 TFUE (ex 82 TCE), quando le norme nazionali che favoriscono determinati prestatori di servizi, creino situazioni di diritti esclusivi o abusi di posizione dominante.

Infatti, “è opportuno ricordare che, secondo la giurisprudenza, la libera prestazione dei servizi impone non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi stabilito in un altro Stato membro, a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai

¹⁵² La disciplina della libera prestazione dei servizi è attualmente contenuta, in seguito alla rinumerazione introdotta dal Trattato di Lisbona, negli artt. 56-62 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione (di seguito TFU); in virtù del richiamo previsto dall'art. 62 anche le disposizioni in materia di libertà di stabilimento di cui agli artt. 51-54 sono applicabili al settore dei servizi.

¹⁵³ Cfr. la proposta di direttiva del Parlamento e del Consiglio sull'applicazione dei diritti dei pazienti nei servizi di assistenza medica cross-border COM 2008 414 fin..

¹⁵⁴ La stessa Corte di Giustizia a riaffermato da sempre tale competenza esclusiva si vedano tra le altre sentenza C- 238/82, *Duphar BV* par. 16, vause riunite C-159/91 e C-160/91 *Pucet et Pistre* par. 6, causa C- Sodemare par. 27 e *Kohl* par. 17.

¹⁵⁵ L. Hancher e W. Sauter, *One step beyond? From Sodemare to Docmorris: the EU's freedom of establishment case law concerning healthcare*, in *Comm. Market law Review*, 47, 2010 pp. 117-146

¹⁵⁶ Cfr. par. 19 cause riunite C-171/07 e C-172/07, (v., in tal senso, sentenze 11 dicembre 2003, causa C-322/01, *Deutscher Apothekerverband*, Racc. pag. I-14887, punto 103; 11 settembre 2008, causa C-141/07, *Commissione/Germania*, Racc. pag. I-6935, punto 51, e *Hartlauer*, cit., punto 30).

prestatori nazionali e a quelli degli altri Stati membri, quando essa è tale da proibire, ostacolare o rendere meno interessanti le attività del prestatore stabilito in un altro Stato membro, dove offre legalmente servizi analoghi»¹⁵⁷.

L'originario articolo 49 TCE, relativo alla libera circolazione dei servizi, garantisce ad un prestatore di servizi stabilito in uno Stato membro di spostarsi liberamente nel territorio di un altro Stato membro senza subire restrizioni discriminatorie, essendo possibile sottoporre tale diritto, esclusivamente, alle medesime condizioni imposte agli operatori economici nazionali. Il diritto comunitario, tuttavia, salvaguardando in parte le prerogative costituzionali nazionali, non impedisce che gli Stati membri possano estendere, a fini di protezione sociale, ad esempio le proprie leggi o i propri contratti collettivi di lavoro, in materia di minimi salariali, a qualsiasi prestatore di servizi che operi sul proprio territorio, indipendentemente dal paese di stabilimento.

La libera prestazione dei servizi comporta, dunque, l'obbligo per gli Stati membri di rimuovere le restrizioni che impediscono ai cittadini di uno Stato membro, stabiliti in uno dei paesi dell'Unione europea, di prestare la propria attività a favore di un beneficiario, che si trovi in altro Stato membro, oppure, di prestarvi occasionalmente la propria attività, alle condizioni previste dalla disciplina ivi vigente. A tal fine, il diritto comunitario impone il divieto di frapporre ostacoli alla circolazione dei servizi, sia nei confronti dello Stato ove la prestazione deve essere svolta, sia verso quello di stabilimento del prestatore.

L'elencazione esemplificativa, ma comunque non tassativa, contenuta nell'art. 50.2, permette di ricavare l'ampiezza della nozione di servizi accolta dal Trattato. Questa deve, innanzitutto, riguardare l'esercizio di un'attività retribuita che abbia natura economica, reale ed effettiva, seppur derivante da un profitto indiretto ed a prescindere dalla coincidenza fra colui che è beneficiario del servizio e colui che lo retribuisce, come a più riprese specificato dall'interpretazione estensiva della Corte di giustizia¹⁵⁸. Sono, invece, da ritenersi esclusi dalla nozione comunitaria, i servizi per cui non sia previsto un compenso od altro tipo di controprestazione economica¹⁵⁹ ed i servizi resi dallo Stato o più generalmente le attività poste in essere, come parte integrante delle funzioni dello Stato oppure ancora, finanziate dal

¹⁵⁷ Cfr. punto 78 sentenza C- 350/07 Kattner, in raccolta della giurisprudenza 2009 pagina I-01513.

¹⁵⁸ Non appare infatti essenziale che il compenso per la prestazione fornita sia versato direttamente da chi usufruisce del servizio, potendo al contrario essere pagato anche da soggetto terzo, in questo senso tra le altre CGCE, 4 ottobre 1991, C-159/90, *S.P.U.C. c. Grogan*, in *raccolta della giurisprudenza 1991 pagina I-04685*.

¹⁵⁹ Ancora in merito all'attività sportiva il giudice comunitario ha inoltre specificato che sono da considerarsi attività economica retribuita che integra la nozione comunitaria di servizi anche le prestazioni fornite da atleti dilettanti ai sensi della legislazione nazionale che, sebbene non direttamente retribuiti, ricevano comunque un compenso legato all'attività svolta, tramite sponsorizzazioni o campagne pubblicitarie si vedano le cause riunite C-51/96 e C-191/97, *Deliège*, in raccolta della giurisprudenza 2000 pagina I-02549.

bilancio pubblico¹⁶⁰.

È da rimarcare che la Corte di Giustizia opera una suddivisione tra le prestazioni economiche, liberamente esercitabili nei diversi Stati membri, le quali ricadono nell'ambito del mercato interno e quelle che, invece, ne restano escluse¹⁶¹.

La giurisprudenza esclude, tendenzialmente, che quei servizi che vengono classificati come aventi carattere “solidale”¹⁶², possano rientrare nella disciplina del mercato unico. In particolar modo, i giudici escludono che le attività fondate sulla logica della solidarietà nazionale possano qualificarsi come attività economiche e, pertanto, esse rimangono escluse dall'applicazione del diritto della concorrenza.

In questi tipi di attività rientrano, primi fra tutti, i servizi di assistenza medica. La nutrita giurisprudenza che si sviluppa a partire dal caso *Pucet e Pistre*, fino al più recente *Watts* mostra chiaramente l'atteggiamento della Corte. Il principio che viene stabilito è quello per cui, un cittadino comunitario che si rivolge ad un medico in uno Stato membro diverso dal proprio, ha diritto al rimborso delle spese sanitarie, senza che sia necessario una autorizzazione previa da parte della cassa-malattie dello Stato di affiliazione, posto che tale tipo di rimborso dovrà essere liquidato secondo le tariffe di quest'ultimo Stato.

La Corte apre, dunque, a quella che potrebbe definirsi come libera prestazione dei servizi medici transfrontalieri; benchè questa appaia una libertà molto ampia, grazie al suo carattere sociale, è tuttavia sottoponibile ad alcuni limiti. Secondo l'art. 22 del Reg. 1408/71¹⁶³, infatti, il rischio di destabilizzare l'equilibrio finanziario delle casse malattie statali e la lesione dell'ordine pubblico sanitario, possono essere causa di un eventuale autorizzazione previa al trattamento, sempre ben inteso, nei limiti dell'operare del principio di proporzionalità.

Non rientrano invece, nell'ambito delle prestazioni escluse dal settore della concorrenza, le

¹⁶⁰ La Corte di giustizia ha tuttavia avuto modo di precisare come non sia sufficiente che un'attività sia fornita dallo stato, da un ente statale o da un'organizzazione senza fini di lucro, per escludere che l'attività esercitata integri la definizione di servizio. Interessante a riguardo è la giurisprudenza relativa all'attività dello stato volta a fornire determinati corsi nel quadro del sistema educativo nazionale. In tal caso solo laddove i corsi siano assimilabili nei fini ad un'attività commerciale e siano finanziati essenzialmente da contributi privati, non si potrebbe a priori escludere la loro riconducibilità alla nozione di servizio, si veda CGCE, 7 dicembre 1993, C-109/92, *Wirth contro Landeshauptstadt Hannover* in raccolta della giurisprudenza 1993 pagina I-06447..

¹⁶¹ Si veda a tal proposito il punto 16 della sentenza Cause riunite, C-286/82 e C-26/83 *Luisi Carbone*, in Racc. 1984 p. 00377, dove la Corte afferma che “i trasferimenti a scopi di turismo, per viaggi d'affari o di studi e per cure mediche costituiscono pagamenti e non movimenti di capitali”.

¹⁶² Davis, *The effect of Mrs Watt trip to France on the national health service*, King's Law Journal, 18, p. 157; Van de Gronden, *Cross-border healthcare in the EU and the organization of the national health systems of the Member States: the dynamics resulting from the European Court of Justice's free movement and competition law*, Wisconsin international law journal, 2009, p. 705; Hatzopoulos, *Killing national health and insurance systems but healing patients? The european market for healthcare services after the judgement of the ECJ*, in Vanbraekel and Peerbooms, CLM Rev. 39, p. 683; Hervey, *The current legal framework on the right to seek healthcare abroad in the European Union*, in CYELS, 2007, 9, p. 261.

¹⁶³ Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all'applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all'interno della Comunità in *GUL 149 del 5.7.1971*, pagg. 2-50.

prestazioni sanitarie fornite da imprese private. In questi casi, infatti, verrebbe meno il carattere esclusivamente sociale della prestazione e pertanto ricadrebbero nell'ambito di applicazione della normativa sul mercato comune.

Un esempio di come la Corte si orienta in materia di prestazioni sanitarie cross-border è fornito dal caso italiano delle assicurazioni RC auto, per i terzi vittime di incidenti stradali. La sentenza *Commissione c. Italia*¹⁶⁴ rende evidente, come talune ragioni imperative di interesse generale possano permettere di giustificare le restrizioni alla libertà di mercato, in virtù proprio della loro finalità sociale. In Italia, come noto, esiste un obbligo nazionale di sottoscrizione della polizza RC auto, pertanto, sostiene la Corte, le assicurazioni in questo settore non hanno un vero e proprio potere contrattuale, stante il dato normativo obbligatorio. Secondo quanto sostiene la Commissione, infatti, l'obbligo di contrarre, imposto a tutte le imprese di assicurazione esercenti il ramo responsabilità civile auto e nei confronti di tutti i proprietari di autoveicoli in Italia, al pari della possibilità offerta all'ISVAP¹⁶⁵ di irrogare sanzioni in caso di violazione di detto obbligo, è incompatibile con gli artt.43 TCE e 49 TCE. Tale obbligo dissuaderebbe le imprese di assicurazioni stabilite in altri Stati membri dallo stabilirsi o dal prestare servizi in Italia e, quindi, ne pregiudicherebbe l'accesso al mercato italiano. In particolare, tali imprese si troverebbero nell'impossibilità di scegliere liberamente i loro servizi assicurativi e i destinatari dei servizi stessi. In tal modo, esse sarebbero costrette a sostenere costi eccessivi rispetto alle loro strategie aziendali e tali costi sarebbero ancora più onerosi, per le imprese che intendono esercitare in Italia attività solo sporadiche.

La Corte non entra nel merito delle finalità sociali sottostanti a questo tipo di polizze, ma, piuttosto, fonda il proprio ragionamento sul doppio requisito della obbligatorietà e della necessità di impedire distorsioni del mercato di riferimento. Secondo la Corte, infatti, esiste un tipo di "solidarietà d'interesse generale"¹⁶⁶ in questo settore, che giustifica di per sé la lesione della concorrenza e del mercato comune, in questo ambito particolare. Infatti, secondo costante giurisprudenza, una restrizione alla libertà di stabilimento ed alla libera prestazione dei servizi può essere ammissibile ove risulti che essa risponda a ragioni imperative di interesse pubblico, e sia idonea a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non vada oltre quanto necessario per il suo raggiungimento¹⁶⁷.

Pertanto, l'obiettivo di protezione sociale, invocato dalla repubblica italiana, da intendersi

¹⁶⁴Corte di Giustizia Causa C-518/06 *Commissione c. Italia*, in Racc. 2009 pagina I-03491

¹⁶⁵ L'ISVAP è l'Istituto Nazionale per la Vigilanza sulle assicurazioni private e di Interesse Collettivo.

¹⁶⁶ Cfr. B. Petit, *Un regard juridique sur la Dynamique du modèle social européen*, in Dr. Social, n.2 Febbraio 2010, p.220.

¹⁶⁷ Vedi in particolare, sentenze 5 dicembre 2006, cause riunite C-94/04 e C-202/04, *Cipolla e a.*, Racc. pag. I-11421, punto 61; 13 dicembre 2007, causa C-250/06, *United Pan-Europe Communications Belgium e a.*, Racc. pag. I-11135, punto 39, nonché 1° aprile 2008, causa C-212/06, *Governo della Comunità francese e Governo vallone*, Racc. pag. I-1683, punto 55.

essenzialmente quale garanzia di adeguato risarcimento delle vittime di incidenti, può essere considerato quale ragione imperativa di interesse generale.

Benchè precedente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, questa sentenza può essere collegata al principio dell'economia sociale di mercato, già enucleato della Costituzione europea e ripreso dal Trattato di Lisbona. Quella che è stata definita come clausola orizzontale sociale e che, si ritrova all'art. 3 par. 3 del TUE prevede, infatti, che l'Unione persegua tra i suoi obiettivi un'economia sociale di mercato fortemente competitiva. Secondo molti autori¹⁶⁸ ciò significherebbe il passaggio da un'Unione dalle sole finalità mercantili ad una in cui il *welfare state* e la solidarietà tornano ad essere valori cardine.

Su queste indicazioni è, allora, agevole interpretare la sentenza in esame, la Corte, infatti, riconosce all'assicurazione RC auto italiana la valenza solidaristica caratteristica delle prestazioni sociali e pertanto, la sua idoneità ad essere tutelata in quanto espressione, appunto, di un'economia sociale, nella quale il mero profitto e la concorrenza tra prestatori, non sono i valori massimi da tutelare.

La clausola sociale inserita in Lisbona, merita, pertanto, un'attenzione particolare¹⁶⁹. La libera prestazione di servizi, quale libertà fondamentale tutelata dai Trattati, incontra difatti un nuovo limite. Il giudizio di proporzionalità che la Corte opera ogni qual volta vi sia un conflitto tra le libertà tutelate dal diritto comunitario, si arricchisce di una nuova componente: quella sociale. È quindi possibile sostenere che tutte le volte in cui la prestazione di servizi riguardi un settore connesso con quello delle prestazioni sociali *latu senso* intese, si dovrà tener conto di dette finalità solidaristiche e, pertanto, anche il giudizio di proporzionalità andrà adattato ad esse, dovendosi escludere l'operatività delle norme in materia di concorrenza.

Questo tipo di bilanciamento potrebbe avere un duplice effetto: da un lato, vi è chi teme una paralisi del mercato delle prestazioni dei servizi, in tutti quegli ambiti in cui gli Stati membri potrebbe aggirare il divieto di restrizioni alla concorrenza, opponendo lo spauracchio delle finalità sociali¹⁷⁰. Dall'altro, l'introduzione di una nuova categoria di ragioni imperative

¹⁶⁸ Cfr. M. Ferrera, *Verso una cittadinanza sociale aperta: i nuovi confini del welfare nell'Unione europea*, in *Rivista italiana di scienza politica*, n. 1/2004, e S. Giubboni, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto dell'Unione Europea*, nn. 2-3/2003, e ancora S. Giubboni, *Free Movement of Persons and European Solidarity*, in *European Law Journal*, 2007.

¹⁶⁹ Tra i molti che hanno scritto sul tema si vedano, S. Sciarra, *Fundamental social rights after Lisbon agenda*, in *Social rights in Europe*, a cura di De Burca e De Witte, Oxford, Oxford University Press, 2005; B. Caruso, *Occupabilità, formazione e capability nei modelli giuridici di regolazione del mercato del lavoro*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n.1/2007, pp.1 e ss; A. Giddens, *Europe in the golden Age*, Cambridge, Polity Press; trad. it. *L'Europa nell'età globale*, Bari, Laterza, 2007.

¹⁷⁰ Si veda S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *QDLRI*, 2004, e S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003 e ancora S. Giubboni, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, in *RDSS*, 1/2008, e M. Poiares Maduro, *Striking the Elusive Balance between Economic Freedom and Social Rights in the EU*, in J. Alston (a cura di), *EU and Human Rights*, Oxford, 1999.

potrebbe spingere verso una nuova stagione di armonizzazione, proprio nel settore delle legislazioni statali del welfare, stante il fatto che quando si parla di economia sociale di mercato ci si riferisce a tutta quella serie di politiche che investono la formazione, l'educazione, la cultura, la sicurezza, gli aiuti sociali e, ancora, l'ambiente.

L'Avvocato Generale Bot nelle conclusioni della sentenza *Belgian Dentist*¹⁷¹, qualifica chiaramente la natura delle prestazioni sanitarie e il rapporto che esiste tra esse ed i pazienti, affermando che:

“anzitutto, le prestazioni di cure non sono come le altre prestazioni di servizi. Esse producono effetti sull'integrità fisica e psichica del beneficiario e sull'equilibrio psicologico di quest'ultimo. Inoltre, il paziente vi ricorre per far fronte ad un'esigenza effettiva di ristabilire la propria salute o, se del caso, di salvaguardare la sua stessa vita. Data l'importanza degli interessi in gioco, il paziente, nel momento in cui decide di ricorrere o meno alla prestazione di cure, non dispone della medesima libertà di scelta di cui dispone normalmente con riguardo agli altri servizi. Quando ricorre alla prestazione di cure, il paziente non soddisfa un desiderio ma fa fronte ad una necessità.

In secondo luogo, la prestazione di cure dentarie, come l'insieme delle attività svolte nel settore della sanità, costituisce uno di quegli ambiti in cui, a mio parere, si raggiunge il livello massimo di «asimmetria dell'informazione» tra il prestatore dei servizi e il beneficiario della prestazione, secondo l'espressione utilizzata dalla Commissione nella relazione sulla concorrenza nei servizi professionali, [già ricordata in precedenza]. Ciò significa che il prestatore dispone, nel proprio settore di attività, di un livello di competenza nettamente superiore a quello del beneficiario, sicché quest'ultimo non è in grado di valutare effettivamente la qualità del servizio che acquista.

Di conseguenza, alla luce di tale asimmetria nel livello di competenza e tenuto conto dell'importanza che la decisione di ricorrere o meno a prestazioni sanitarie riveste per il paziente, ritengo che il rapporto di fiducia tra il paziente ed un professionista della salute sia di carattere essenziale. In altri termini, il paziente deve poter essere certo che, allorché lo specialista cui si è rivolto gli consiglia o gli raccomanda di

¹⁷¹ Corte di Giustizia Causa C-446/05 Conclusioni dell'Avv. Generale punti 114-116.

sottoporsi ad un trattamento, tale consiglio o tale raccomandazione siano motivate unicamente da esigenze di tutela della salute”.

L’asimmetria informativa e l’impossibilità connessa, per il paziente, di rifiutare o sostituire il servizio-cura, rendono impossibile la qualificazione delle cure sanitarie come servizi economici nel senso comunitario del termine. Allorquando il servizio medico sia prestato con finalità esclusivamente di cura del paziente, esso non è più un servizio inteso nella sua accezione economica, ma è un servizio sociale che, pertanto, persegue finalità altre, rispetto alla mera circolazione e capitalizzazione del bene. In altre parole, il bene che dovrebbe essere soggetto all’applicazione della normativa comunitaria non è economicamente valutabile. La tutela della salute umana, rientrando nel paradigma degli obblighi che lo Stato ha nei confronti dei cittadini¹⁷², si sottrae alle logiche di mercato e, ogni qual volta si parli di cure prestate dai sistemi sanitari nazionali, la finalità sociale supera quella economica.

Attualmente, la Corte risolve il bilanciamento tra libera prestazione di servizi e tutela della salute umana a favore di quest’ultima, lasciando libertà agli Stati nell’imposizione di criteri rigidi per l’accesso dei prestatori di servizi, al mercato delle prestazioni sanitarie.

È pur vero che esistono, tuttavia, una serie di servizi medici la cui finalità prima non è la tutela della salute, come paradigma sociale nazionale. Ci si riferisce a tutti quei servizi medici e para medici, prestati da operatori privati, che non sono associati ai sistemi nazionali di prevenzione della salute.

In tutti i casi in cui la prestazione di servizi sanitari è prestata da soggetti privati, l’eventuale violazione delle regole del mercato comune, deve essere valutata alla luce dei criteri già stabiliti dalla giurisprudenza per gli articoli 49 e 56 TFUE (ex 43 e 49 TCE) e, quindi, i limiti imposti dallo stato non debbono essere discriminatori e devono essere giustificati da motivi di ordine imperativo o pubblico interesse, nonché devono essere proporzionali. Il test di proporzionalità, in particolar modo, “deve tener conto il fatto che se uno Stato membro impone norme meno severe di quelle imposte da un altro Stato membro non significa che queste ultime siano sproporzionate e perciò incompatibili con il diritto comunitario. Infatti, la sola circostanza che uno Stato membro abbia scelto un sistema di tutela diverso da quello adottato da un altro Stato membro non può incidere sulla valutazione della necessità e della proporzionalità delle disposizioni adottate in materia”¹⁷³ e nondimeno, rileva il fatto che una valutazione di tal genere può mutare nel corso degli anni, in particolare in funzione dei progressi realizzati in materia, sul piano tecnico e scientifico. Ciò che la Corte sostiene è,

¹⁷² Da un punto di vista strettamente costituzionale potrebbe dirsi che il patto sociale tra Stato e cittadino non può essere superato dall’intervento del diritto comunitario.

¹⁷³ Cfr punti 33 e 34 sentenza della Corte di Giustizia *Mac Queen* C-108/96.

dunque, la legittimità dell'esistenza di differenti restrizioni nei diversi Stati membri, a patto che queste siano comunque proporzionate nel loro specifico contesto¹⁷⁴.

Da quanto sopra, appare evidente il discrimine tra, servizi di assistenza sanitaria statale¹⁷⁵, i quali perseguono come finalità principale la tutela della salute *tout court* dei cittadini e che, proprio in ragione di ciò, non rientrano nell'ambito di applicazione del diritto comunitario della concorrenza, in quanto si giustificano sulla scorta di una categoria di motivi imperativi fondati sul parametro della finalità sociale; e dall'altro, i servizi medici prestati da soggetti privati che, stante il loro non inquadramento nelle politiche di tutela della salute statali, rientrano nell'ambito materiale e soggettivo di applicazione del diritto comunitario della concorrenza.¹⁷⁶

¹⁷⁴ Tra i commenti che sostengono questa interpretazione si segnalano, Hunt P., Backman G., *Health systems and the right to the highest attainable standard of health*, pp. 40-59, in Claphman A., Robinson M., *Realizing the right to health*, 2009, Ruffer; Michel V., *La compétence de la Communauté en matière de santé publique*, in *Revue des affaires européennes*, pp. 157-184, 2003-2004, Orlandini G., *Libera prestazione e servizi sociali. Il caso dell'accesso cross border alle prestazioni di cura*, in Sciarra S., *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, pp. 171-209, 2007, il Mulino.

¹⁷⁵ Si noti anche che secondo la Corte un prestatore privato può svolgere tali attività quando ciò sia previsto da una normativa nazionale che lo autorizzi.

¹⁷⁶ Si vedano ad esempio le sentenze Causa C-160/08, *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*, non ancora pubblicata in raccolta, e Causa C-341/08, *Domnica Petersen contro Berufungsausschuss für Zahnärzte für den Bezirk Westfalen-Lippe*, non ancora pubblicata in raccolta, dove la Corte accoglie pienamente tale distinzione.

5. L'agenda di Lisbona, il metodo aperto di coordinamento e le nuove prospettive di governance in materia sociale

La tabella sottostante mostra la spesa pubblica dei singoli Stati membri per il mantenimento dei sistemi di sicurezza sociale in relazione al Pil nel trentennio precedente la crisi economica¹⁷⁷.

Tabella 1.¹⁷⁸ totale spesa per la protezione sociale¹⁷⁹ in percentuale sul PIL per gli anni 1970-2001

	1970	1980	1990	1996	2001
Belgio	18,7	27,6	26,7	28,6	27,5
Danimarca	19,6	28,7	29,7	31,4	29,5
Germania ¹⁸⁰	21,5	28,8	25,4	29,9	29,8
Grecia	n.a.	9,6	23,2	22,9	27,2
Spagna	8,8	17,9	19,9	21,9	20,1
Francia	19,2	25,4	27,7	31	30
Irlanda	13,8	20,8	19,1	17,8	14,6
Italia	n.a.	19,5	24,4	24,8	25,6
Lussemburgo	15,6	26,5	22,6	24,1	21,2
Olanda	19,7	28,8	32,5	30,1	27,6
Austria	n.a.	n.a.	27,8	29,8	28,4
Portogallo	n.a.	12,7	15,6	21,2	23,9
UK	14,3	21,5	23,2	28	27,2
Finlandia	n.a.	n.a.	33,6	31,6	25,8

¹⁷⁷ L'analisi dei costi dei sistemi nazionali di sicurezza sociale dell'ultimo decennio risulta complicata da due ordini di fattori. Da un lato mancano dati già elaborati e quindi disponibili, dall'altro la crisi finanziaria che ha investito il mondo e che ha avuto il suo apice nel 2009 non permette una valutazione concreta dell'impatto sui bilanci statali, si pensi semplicemente al caso del "fallimento" della Grecia.

¹⁷⁸ I dati delle prime due colonne sono stati ottenuti dal metodo ESSPROS 1981 (EUROSTAT, 1981), mentre quelli delle altre colonne con il metodo EUROSTAT 1996.

¹⁷⁹ Il totale delle spese per la protezione sociale comprende anche i benefit e i costi amministrativi.

¹⁸⁰ Gli anni 1970 e 1980 si riferiscono alla Repubblica Federale di Germania, i successivi alla Germania unificata.

Svezia	n.a.	n.a.	37,1	33,9	31,3
UE-15	n.a.	n.a.	27,7	28,4	27,5

Dalla sua analisi, emerge un aumento costante della spesa per le prestazioni sociali in tutti gli Stati membri fino agli anni Novanta dello scorso secolo e un calo, più o meno consistente, con l'inizio del nuovo millennio. Questo dato non deve sorprendere, negli ultimi decenni, infatti, i progressi scientifico/tecnologici hanno comportato un miglioramento e conseguente allungamento della vita media in tutti i paesi occidentali e, dunque, in Europa. L'invecchiamento della popolazione, comporta da un lato una spesa pubblica in crescita, per coprire i costi delle pensioni di anzianità e dall'altro, un aumento dei costi per le spese sanitarie. Se si aggiunge, poi, la notevole mobilità della popolazione che si sposta sul territorio dell'Unione e la conseguente ri-allocazione delle risorse pubbliche nei confronti di cittadini che non contribuiscono (parzialmente o integralmente) al finanziamento di tali costi, si comprende facilmente l'aumento della spesa pubblica nazionale per i servizi di assistenza sociale.

Stante il fatto che in assenza di competenze dell'Unione in materia sociale, è impossibile per il bilancio UE prevedere una copertura di spesa in questo ambito, è necessario, per gli Stati membri, trovare soluzioni alternative per contenere i costi ed evitare lo sfondamento dei parametri finanziari fissati dal trattato di Maastricht per i bilanci pubblici.

Ad opinione di molti¹⁸¹ la conoscenza scientifica e la sperimentazione di nuovi modelli di gestione del *welfare* possono essere strumenti efficaci per trovare soluzioni coordinate per far fronte alla gestione dei *welfare* nazionali, in un'ottica integrata su scala comunitaria, senza dover rimettere in discussione il riparto di competenze tra UE e Stati membri.

Dagli anni Novanta in poi, si è, quindi, cominciato a sperimentare nuovi sistemi di coordinamento dei diritti nazionali, proprio in quegli ambiti in cui la competenza dell'Unione è esclusa o imperfetta. Nell'ambito delle materie che qui stiamo trattando, è da segnalare il particolare metodo normativo utilizzato dall'Unione, si differenzia dal classico metodo comunitario che si basa sul "command and command"¹⁸², ovvero sull'imposizione dall'alto di normative uniformi tese all'armonizzazione dei diritti nazionali; nell'ambito sociale, al contrario, vengono impiegati una serie di meccanismi di regolazione che vengono definiti di

¹⁸¹ Tra le voci più critiche cfr. M. Dougan and E. Spaventa, *Wish you weren't here: new models of social solidarity in the European Union*, paper presented to a conference on social welfare and EU law, University of Cambridge, 12-13 June 2003, published in M. Dougan and E. Spaventa (eds.), *Social Welfare and EU Law* (Oxford: Hart Publishing, 2005).

¹⁸² Cfr. Scott J, Trubek D, *Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, 8, p. 15.

“new governance”, proprio per differenziarli dal metodo classico. Stante infatti, la carenza di competenza dell'Unione in questi settori, l'azione comunitaria si sviluppa attraverso una serie di processi e pratiche che, certamente, contengono elementi normativi, ma che tendono maggiormente a realizzare previsioni legislative efficienti e trasversali agli Stati membri.

Fra tutte, il metodo che più è stato utilizzato è l'OMC, ovvero il metodo aperto di coordinamento, un processo che si basa sulla condivisione delle conoscenze, sullo sviluppo di best practices e soprattutto, sul reciproco scambio di informazioni e modelli fra gli Stati membri.

L'OMC è stato utilizzato per la prima volta negli anni Novanta, per coordinare le politiche economiche e fiscali degli Stati membri, in seguito applicato alla politica di occupazione, dal 2004 è stato esteso dalla Strategia di Lisbona a numerose aree, tra cui quella della salute¹⁸³.

È da sottolineare che l'OMC non ha come finalità quella di creare una strutturata politica comunitaria del welfare, bensì, quella di creare un orientamento comunitario in materia di welfare¹⁸⁴. Una delle critiche che più spesso viene mossa a tale metodo di governance, è la sua non vincolatività e il conseguente rischio di una liberalizzazione eccessiva delle politiche di welfare¹⁸⁵.

L'OMC nasce, infatti, per dare risposta al conflitto, evidenziato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tra diritti sociali e diritti economici. Questo metodo, tipicamente di *soft-law* non vuole però dare risposte definitive a tale problematica bensì, vuole incoraggiare una “*reflexive attitude*”¹⁸⁶ tra i vari attori della politica sociale.

Esso è stato utilizzato in quelle aree in cui l'opera legislativa dell'Unione è preclusa, perché “the Treaty bases for the Community action are weak and where diversity among Member States precludes harmonization”¹⁸⁷, laddove esistono solo principi comuni, principi che non generano competenze ma che possono essere dotati di valore vincolante, solo quando sono associati a delle competenze.

Nel marzo del 2000, il Consiglio europeo ha varato la Strategia di Lisbona, un piano strategico volto a trasformare l'Unione nel “the mosting competitive and dynamic knowledge-

¹⁸³ Si veda Ashiagbor D., *The European Employment Strategy: Labour market regulation and new governance*, Oxford University Press: Oxford, 2005.

¹⁸⁴ Cfr. T. K. Hervey, *The european Union's governnce of health care and the welfare modernization agenda*, in *Regulation and governance*, 2, 2008 p.107.

¹⁸⁵ Per le critiche in questo senso si veda in particolare Trubek D., Trubek L., *New governance and legal regulation: complementarity, rivarly or transformation*, in *Columbia Law Journal*, 2007, 13, p. 539-564, nonché Hatzopoulos V., *Why the open method of coordination is bad for you: a letter to the EU*, in *European law journal*, pp. 309-342, 2007.

¹⁸⁶ M. Dawson, *The ambiguity of social Europe in the open method of co-ordination*, in *European Law Review*, vol. 34, n. 1, Febbraio 2009.

¹⁸⁷ F. Sabel and J. Zeittin, *Active welfare, experimental governance, pragmatic constitutionalism: the new transformation of Europe*, Paper presented at the workshop “Opening the OMC”, Firenze, European University Institute, 4-5 Luglio 2003.

economy in the world capable of sustainable economic growth with more and better jobs and greater social cohesion”¹⁸⁸. La Strategia di Lisbona indicava due obiettivi: l'incremento della competitività e lo sviluppo di un metodo sociale europeo, attraverso la coesione sociale, da raggiungere per mezzo del coordinamento delle legislazioni nazionali, proprio tramite l'OMC. In questo ambito il metodo si basa su tre elementi principali: la flexsecurity, l'uso di strumenti non normativi e una parziale delega dei poteri.

L'OMC viene inteso come un metodo alternativo a quello comunitario classico, per garantire un coordinamento minimo delle politiche di lavoro degli Stati membri. Uno dei primi esempi di applicazione/sperimentazione del metodo si è, però, avuto con la strategia denominata EES, European Employment Strategy, elaborata nel 1997 durante il Consiglio di Lussemburgo, proprio per supplire al problema delle differenze tra le politiche occupazionali degli Stati membri e la loro compatibilità con il mercato unico, in un ottica di dialogo che assicuri lo sviluppo di approcci comuni, al fine di garantire alti tassi occupazionali nello spazio del mercato unico.

Il meccanismo della Strategia si fonda principalmente sulle linee guida redatte annualmente dalla Commissione, che devono essere tenute in conto dagli Stati quando pianificano le proprie politiche occupazionali. Questi ultimi devono, poi, sottoporre un report annuale alla Commissione in cui si dia conto delle misure adottate per conformarsi alle linee guida. La Commissione valuta i report al fine di sviluppare le linee guida per l'anno successivo e il Consiglio può rivolgere raccomandazioni non vincolanti agli Stati¹⁸⁹.

I meccanismi appena descritti, si fondano principalmente sullo scambio di conoscenze e pratiche tra le componenti amministrative e politiche degli apparati statali, assistite dalla cooperazione tra i differenti attori sociali a livello europeo. L'OMC lascia, dunque, intoccato il principio di sussidiarietà e non comporta alcuna devoluzione di competenze da parte degli Stati membri all'Unione¹⁹⁰.

Questo metodo favorisce, in particolar modo, un adeguato ambito di scambio di informazioni, esperienze e *good practices*, grazie anche alla partecipazione di tutti gli operatori sociali, comprese le ONG, in un processo costante di preparazione, implementazione e valutazione

¹⁸⁸ Si veda Lisbon European Council, 23-24th March 2000, Presidency Conclusions, accessibile da http://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/en/ec/00100-r1.en0.htm, para 5.

¹⁸⁹ Per una più dettagliata descrizione dei meccanismi dell'OMC si veda tra gli altri S. Smisman, *Reflexive law in support of directly deliberative polyarchy: reflexive-deliberative polyarchy as normative frame of the OMC*, in O. De Schutter and S. Deakin (eds.), *Social rights and market forces: is the Open method of coordination of employment and social policies the future of social Europe?* (Bruylant, Bruxelles, 2005)

¹⁹⁰ Tra i molti commenti in materia si segnalano, Konstadinides T., *Division of powers in European Union law. The delimitation of internal competence between the EU and the Member States*, 2009, Kluwer, Baratta R., *Le competenze dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità*, in *Diritto dell'Unione Europea*, pp. 517-554, 2010; Pinelli C., *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, in *Diritto dell'Unione Europea*, pp. 725-736, 1999; Sbrescia V. M., *Le competenze dell'Unione Europea nel Trattato di Lisbona*, 2008, Edizioni Scientifiche.

dei piani nazionali, in materia di lotta alla povertà ed esclusione sociale. Inoltre, il metodo favorisce lo scambio e le relazioni tra le organizzazioni che operano in campo sociale europeo, a livello sia regionale che locale¹⁹¹. In questo senso appare, dunque, come uno strumento *multi level di governance* che crea un bilanciamento tra l'esigenza di rispettare le diversità degli Stati membri e l'unità dell'azione dell'UE, nell'ambito sociale. Nella pratica, i principali processi del metodo sono rappresentati dalle linee guida comuni, che devono riflettersi nelle politiche nazionali, combinate con una verifica e una valutazione periodiche: il metodo si organizza, quindi, come un processo di mutuo apprendimento che si fonda su indicatori predeterminati e sulla comparazione delle diverse *best practices*¹⁹².

L'OMC è uno strumento di *soft-law* proprio perchè non prevede alcun meccanismo di coercizione e, in secondo luogo, perchè la Corte di Giustizia non svolge alcun ruolo nella procedura, pertanto utilizza i diritti sociali fondamentali come mero parametro di riferimento, per lo sviluppo di politiche sociali. I buoni risultati che esso ha prodotto nell'ambito della Strategia dell'impiego hanno facilitato la sua estensione anche agli ambiti delle politiche di inclusione sociale e delle pensioni¹⁹³.

Tuttavia, si deve sottolineare che attualmente non è possibile valutare quale sia l'effettivo impatto dell'OMC sugli ordinamenti interni, anche se sembra che gli attori europei trovino in esso una via fattibile all'armonizzazione tanto che, il Trattato di Lisbona, seppur indirettamente, fa riferimento all'OMC in alcune norme dedicate alla politica sociale. Espressamente l'art. 168.2 TFUE prevede che l'Unione incoraggi “la cooperazione tra gli Stati membri per migliorare la complementarità dei loro servizi sanitari nelle regioni di frontiera” e impone a questi ultimi un obbligo di coordinamento “tra loro, in collegamento con la Commissione, delle rispettive politiche ed i rispettivi programmi” in questi settori.

Come già osservato, l'efficacia di tale metodo non è certa ma, sicuramente, offre un'alternativa percorribile, favorendo nuova occupazione e nuove politiche sociali senza creare ulteriori vincoli burocratici¹⁹⁴. Una delle critiche che maggiormente si rivolgono all'efficacia di tale metodo, è l'assenza di una sua sindacabilità ex art. 230 TUE, d'altro canto è pur vero che con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, l'OMC potrebbe essere il nuovo veicolo attraverso il quale rendere operativi i principi sociali in essa definiti¹⁹⁵.

¹⁹¹ Come lavoratori, sindacati ed ONG.

¹⁹² Cfr. N. Bernard, *Between a Rock and a Soft Place: Internal Market versus Open Coordination in EU Social Welfare Law*, in E. Spaventa-M. Dougan (a cura di), *Social Welfare and EU Law*, Oxford, 2005.

¹⁹³ Si veda D. M. Trubek and L. G. Trubek, *Hard and soft law in the construction of Social Europe: the role of the open method of coordination*, in *European Law Journal*, No. 3, May 2005, pp. 343-364

¹⁹⁴ Si veda D. Ashaiborg, *EMU and the shift in the European labour law agenda: from Social Policy to Employment Policy, 2001/7* *European Law Journal*, p. 311.

¹⁹⁵ Si veda M. Radaelli, *The open method of coordination: a new government architecture for the European Union*, in www.sieps.su.se ; Barbera, *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento*, Giuffrè,

Inoltre, un secondo fattore positivo è da ricercare nell'ampia partecipazione di tutti gli attori sociali della scena europea ai processi di OMC, con la conseguente possibilità di trovare in esso un canale preferenziale per la sensibilizzazione dell'opinione pubblica¹⁹⁶, alle problematiche sociali connesse con la politica europea. L'OMC ha trovato spazio anche nell'Agenda europea 2005-2010, che ha tra i suoi obiettivi proprio la mobilità cross-border dei pazienti. In particolar modo, essa si propone di migliorare il sistema delle conoscenze mediche a livello europeo e la promozione dei sistemi sanitari¹⁹⁷. Tradizionalmente, la protezione dei diritti inerenti al campo del sicurezza sociale è stata basata sul Reg. 1408/71, che si applica ai lavoratori migranti e alle loro famiglie, nonché agli studenti e agli apprendisti. Il regolamento garantisce a questi soggetti la possibilità di fruire delle medesime prestazioni dei cittadini nazionali, alle medesime condizioni, per ottenere benefici per malattia, maternità, invalidità e pensioni.

Tuttavia, a seguito della citata giurisprudenza della Corte di Giustizia e delle esperienze maturate anche in ambito OMC, il Consiglio e il Parlamento hanno emanato il Regolamento 883/04, che modifica il vecchio Regolamento 1408/71, il quale diviene il nuovo quadro normativo di riferimento in materia, evidenziando come più approcci di *governances* possano trovare spazio e soluzioni condivise, nell'ambito della politica sociale europea.

5.1 Il diritto del lavoro e la flexsecurity

Alla luce dei nuovi metodi di governance appena descritti, il percorso di rivisitazione del modello sociale europeo, si muove lungo tre principali direttrici: la flexicurity, l'inclusione sociale e il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale.

Flexsecurity è un termine mutuato dal diritto danese che combina due termini, il cui significato letterale è “flessibilità” e “sicurezza”¹⁹⁸, il quale prevede un sistema che si fonda

2006; Andronico, Lo Faro, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali; strumenti complementari o grammatiche differenti?*, in DLRI, n. 4\2005.

¹⁹⁶ Si veda Borrás and Jacobsson, *The open method of coordination and new governance patterns in the EU*, in *Journal of European public policy* 11:2 April 2004, 185 ff.

¹⁹⁷ Si veda ancora la Risoluzione legislativa del Parlamento europeo del 23 aprile 2009 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera (COM(2008)0414 – C6-0257/2008 – 2008/0142(COD)).

¹⁹⁸ Originariamente il termine veniva riferito alle riforme olandesi del mercato del lavoro degli anni 90, successivamente è stato utilizzato per indicare il modello “nordico” in generale- Danimarca, Svezia, Norvegia, Finlandia- per poi essere negli ultimi anni assunto nei documenti comunitari, in particolare con grande evidenza nel Consiglio europeo di Siviglia del 2005. Sul processo di “generalizzazione” del termine si veda, a cura di Bevoort, Lallement e Drancourt, *Flexicurity: la protection de l'emòloi en débat*, La documentation française, 2006; Garbiol, *Flexicurity: a European revolution*, in newsletter Fondation R. Schumann Ottobre 2007; Pisano, Raitano, *Flexicurity*, in *RDPS*, n. 2\2007; cfr. anche i numerosi contributi al tema nella Newsletter CRS del Febbraio 2007 dal titolo *Flexeuropa*; sul cosiddetto metodo *Ghent* nella gestione sindacali

su un mercato del lavoro notevolmente flessibile, una forte protezione sociale, una formazione dei lavoratori continua e, l'assenza di conflittualità tra le parti sociali, ed è stato adottato in ambito europeo con la Strategia di Lisbona.

I principi comuni di flessicurezza, adottati dal Consiglio europeo, includono strategie di formazione permanente (lifelong learning), politiche attive sul mercato del lavoro, sistemi adeguati e sostenibili di sicurezza sociale.

L'evoluzione del concetto, dall'iniziale declinazione decisamente liberista, si è tradotta, anche grazie all'ampia consultazione delle parti sociali, dei giuristi e della società civile, condotta attraverso il metodo aperto di coordinamento, in una combinazione di mercati del lavoro flessibili con un alto livello di occupazione e sicurezza del reddito.

Poiché i principi comuni sulla flexicurity, comportano la combinazione di accordi contrattuali flessibili ed affidabili, strategie di formazione permanente, politiche attive sul mercato del lavoro, e sistemi di protezione sociale moderni, adeguati e sostenibili, il diritto di accesso ai servizi di collocamento, assume una valenza non limitata soltanto al primo incontro con il mercato del lavoro, ma deve coprire, alla luce della Carta di Nizza¹⁹⁹, tutta la vita lavorativa del cittadino europeo.

Le politiche di flexicurity, inoltre, dovrebbero promuovere mercati del lavoro più aperti ed inclusivi per superarne la segmentazione; coinvolgere sia le persone al di fuori che all'interno del mercato del lavoro (insiders e outsiders); promuovere maggiori opportunità, incentivi economici e misure di supporto per un più facile accesso a/o cambiamento di lavoro per i lavoratori disoccupati, con un lavoro precario, con un lavoro non dichiarato, o che si trovano comunque ai margini del mercato del mondo del lavoro regolare.

La flessibilità contrattuale dovrebbe poi accompagnarsi a transizioni sicure da un'occupazione ad un'altra. Per quanto riguarda il diritto ai servizi di collocamento, assunto al rango di diritto sociale fondamentale con l'entrata in vigore della Carta²⁰⁰ ed inserito in un contesto di trasformazione del mercato del lavoro, esso pone la questione della necessità di una sua gestione che coinvolga le organizzazioni dei lavoratori e di un suo orientamento alla transizione tra lavori e alla formazione permanente, chiamando in causa la responsabilità di scelte ed investimenti adeguati²⁰¹.

dei fondi destinati a combattere la disoccupazione e a finanziare le politiche proattive del lavoro v. Leonardi *Sul Libro Verde*, in *RGL*, n. 1\2007; Bronzini, *Il Green paper sulla modernizzazione del diritto del lavoro: un sasso nello stagno*, in *Quale Stato*, n. 1\2-2007; i due dossier curati da Massimiani per il sito labourweb.com.

¹⁹⁹ Si veda in particolare il Titolo IV, Solidarietà della Carta.

²⁰⁰ Art. 29 della Carta.

²⁰¹ Tra la vastissima bibliografia in materia si segnalano, Sciarra, *Fundamental social rights after Lisbon agenda*, in De Burca, De Witte, *Social rights in Europe*, Oxford University press, 2005; Sciarra, *La costituzionalizzazione dell'Europa sociale. Diritti fondamentali e procedure di soft law*, WP int. Massimo D'Antona, n. 24\2003; Giubboni, *Social rights and market freedom in the european constitution. A labour law*

La seconda direttrice, inclusioone sociale, è stata sviluppata, in particolare, da un recente strumento di *soft-law*, la Raccomandazione del 3 ottobre 2008 sul coinvolgimento (o inclusione) attivo delle persone escluse dal mercato del lavoro, preceduta anch'essa da pubbliche consultazioni, ed accompagnata da una contestuale comunicazione della Commissione che precisa che il concetto di inclusione attiva, completa l'attività volta a promuovere la flessicurezza ed apre la strada a politiche in materia di *basic income*, osservando che "la protezione sociale in paesi privi di un regime di reddito minimo come la Grecia e l'Italia ha una capacità più limitata in termini di riduzione della povertà". I principi comuni in materia di inclusione attiva nel mercato del lavoro²⁰², che per certi versi bilanciano quelli in materia di flessicurezza, o quantomeno ne asciugano gli aspetti più liberisti, includono la promozione di lavori di qualità, migliori condizioni lavorative e salariali, formazione permanente, prospettive di carriera, e la lotta alla segmentazione del mercato del lavoro, questa volta tramite la promozione del lavoro stabile, nonché un adeguato sostegno al reddito, anche attraverso meccanismi di reddito garantito²⁰³.

Il collegamento al mercato del lavoro si realizza attraverso opportunità di lavoro e/o di formazione professionale, e si pone come complementare alla filosofia della flexicurity, in un'ottica di costruzione di uno stato sociale attivo, che preveda percorsi personalizzati verso il lavoro e garanzie per coloro che non sono in grado di lavorare. Nella filosofia degli organi europei, che richiede un quadro di riferimento comune e strumenti di attuazione nazionali, occorre eliminare gli ostacoli all'accesso al mercato del lavoro attraverso misure di tipo attivo e preventivo (con un particolare accento su orientamento e formazione personalizzati), adeguare gli incentivi e i disincentivi derivanti dai sistemi fiscali e di prestazioni sociali (soprattutto attraverso incentivi per i datori di lavoro e mediante meccanismi di condizionalità delle prestazioni) e, infine prevedere specifiche norme antidiscriminazione²⁰⁴.

Come terza direttrice del nuovo modello sociale europeo si può considerare il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale. Come detto, il riavvicinamento delle legislazioni in materia di sicurezza sociale è affidato alla tutela del lavoratore migrante e alla promozione della mobilità, pertanto il Regolamento di coordinamento comprende prestazioni

perspective, Cambridge University Press, 2006.

²⁰² La strategia di coinvolgimento attivo delle persone lontane dal mercato del lavoro è espressa nella Comunicazione della Commissione su "Ammodernare la protezione sociale per un rafforzamento della giustizia sociale e della coesione economica: portare avanti il coinvolgimento attivo delle persone più lontane dal mercato del lavoro" del 17.10.2007 e nella Comunicazione "concernente una consultazione su un'azione da realizzare a livello comunitario per promuovere il coinvolgimento attivo delle persone più lontane dal mercato del lavoro" dell'8.2.2006.

²⁰³ Il dibattito dottrinale in materia di reddito garantito è attualmente molto vivo, tra i più critici si segnalano, Van Parijs, *Reddito minimo universale*, Bocconi-IGEA, 2007; sul nesso tra rilancio del diritto del lavoro e *basic income* V. Bascetta, Bronzini, *Il reddito universale nella crisi della società del lavoro*, in AAVV, *La democrazia del reddito universale*, Manifestolibri, 1997.

²⁰⁴ Si veda il preambolo della Strategia di Lisbona.

in caso di malattia, tutela della maternità e dei congedi parentali, prestazioni in caso di invalidità, vecchiaia e per i superstiti, assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali, sussidi (o benefici) in caso di disoccupazione o prepensionamento, benefici (asegni) familiari, nonché regola i meccanismi di cumulo dei contributi pensionistici in senso stretto.

Purtroppo la strategia di Lisbona ha sostanzialmente fallito gli obiettivi che riguardava per il 2010, e ben prima che, nel 2008, intervenisse la crisi internazionale a decretarne il definitivo tramonto. Oggi il deficit di competitività dell'UE va oltre l'impossibilità di competere con quei paesi ove è consentito uno sfruttamento dei fattori produttivi, umani e ambientali, che determina costi di produzione molto inferiori. La competitività europea "storica", basata sul capitale umano, e più in generale sulla "qualità", cioè la produttività, dei fattori è fortemente contesa da molti paesi emergenti con il conseguente calo di molti paesi europei nelle classifiche di produttività e competitività.

Il fallimento della strategia di Lisbona, con conseguenze in termini di sotto-occupazione e disoccupazione – meno lavoro, meno produttivo, quindi meno crescita, e minori gettiti fiscali – è stata inoltre aggravata dalla crisi economico-finanziaria, tuttora in atto, rendendo prioritarie le esigenze di bilancio connesse alle ristrettezze finanziarie pubbliche e private²⁰⁵.

La Strategia aveva suscitato, inizialmente, poco interesse negli ambienti sindacali, nella grande industria europea e, tanto meno, nell'opinione pubblica posto che se ne è discusso, solo, quando la Commissione europea ha cominciato a denunciare il suo fallimento. Dopo quattro anni, l'obiettivo maggiore, quello di raggiungere, per le spese pubbliche e private per la ricerca, il 3% del Pil, era ancora fermo al livello di partenza (1,9%).

I principali fattori del fallimento sono stati analizzati dal rapporto Kok²⁰⁶ nel quale si sostiene che “il divario con il Nord America e con l'Asia è cresciuto e che la prestazione complessiva dell'economia europea è deludente”. La ragione di questo risultato negativo, secondo il rapporto Kok, sta nel fatto che l'economia europea è entrata in crisi a causa, prima, dello scoppio della bolla finanziaria che ha colpito, negli USA e in Europa, i titoli sopravvalutati delle imprese informatiche e, poi, dell'attacco terroristico dell'11 settembre 2001, della guerra irachena, del rallentamento dell'economia mondiale e dell'aumento del prezzo del petrolio. Di conseguenza, questa è la conclusione, «molti Stati membri sono posti di fronte ad un dilemma. A causa delle debolezze strutturali e della loro debole domanda, le prestazioni delle economie nazionali sono state deludenti. Poiché le prestazioni sono state deludenti, è stato più

²⁰⁵ Per un bilancio «a tinte contrastanti» della Strategia di Lisbona cfr. European Central Bank, *The Lisbon Strategy: Five Years on*, in *Monthly Bulletin*, n. 7, July 2005.

²⁰⁶ Cfr. Kok Report, *Facing the Challenge. The Lisbon Strategy for Growth and Employment*, European Commission, Bruxelles, 2004

difficile realizzare la Strategia di Lisbona. In questa situazione di bassa crescita, alcuni governi non sono riusciti a mantenere i loro impegni».

Quale che siano le ragioni del fallimento, l'Unione sembra credere ancora nella possibilità di affidarsi a Strategie pluriennali che puntino su un modello *soft* di coordinazione. Tuttavia, è il caso di dirlo: «l'Unione europea deve cominciare a trarre qualche lezione dai suoi fallimenti. Il Piano Delors è fallito perché i governi nazionali hanno negato i finanziamenti necessari. La Strategia di Lisbona ha fallito perché al livello europeo si assegna solo il compito di coordinare dei Piani nazionali. La via d'uscita è un Piano europeo finanziato con risorse europee. Non si tratta di rinunciare del tutto al coordinamento dei Piani nazionali. Qualche coordinamento è necessario. Ma occorre passare dalla strategia dei «consigli» a quella dei «poteri» adeguati alla realizzazione di un «bene pubblico europeo». La Strategia di Lisbona si propone di realizzare un bene pubblico europeo mediante dei mezzi nazionali. Il problema è quello di individuare i mezzi europei adeguati alla realizzazione degli obiettivi europei»²⁰⁷.

5.2 *La strategia Europa 2020*

All'inizio del 2010, la Commissione ha pertanto, varato la nuova strategia europea per uscire dalla crisi ed incrementare l'economia sociale di mercato. La Strategia Europa 2020²⁰⁸, punta su un rafforzamento delle politiche di solidarietà tra Stati membri e Unione, scegliendo il modello dell'economia di mercato sociale, come quadro di sviluppo dell'UE per il prossimo decennio. Tre sono le priorità: crescita intelligente, crescita sostenibile e crescita inclusiva, che si sostanziano in sette iniziative faro. Per ottenere risultati occorrerà una governante più forte, per questo Europa 2020 poggerà su due pilastri: un approccio tematico che combini priorità e obiettivi principali e relazioni annuali degli Stati membri, che li aiutino ad elaborare proprie strategie per ripristinare la sostenibilità della crescita e delle finanze pubbliche. A livello dell'Unione saranno adottati orientamenti integrati che copriranno le priorità e i traguardi dell'UE, mentre agli Stati membri verranno rivolte raccomandazioni specifiche. Le relazioni nell'ambito di Europa 2020 e la valutazione del patto di stabilità e crescita saranno contemporanee, ferme restando la separazione degli strumenti e l'integrità del patto.

Il Consiglio europeo si assumerà la piena titolarità della nuova Strategia, di cui costituirà l'elemento centrale. La Commissione valuterà i progressi verso il conseguimento degli obiettivi, agevolerà gli scambi politici e presenterà le proposte necessarie per orientare gli

²⁰⁷ Così G. Montani, *Il ruolo del bilancio europeo nella politica economica europea*.

²⁰⁸ Comunicazione della Commissione COM(2010) 2020 del 3 marzo 2010.

interventi e far progredire le iniziative faro dell'UE. Il Parlamento avrà un ruolo determinante per mobilitare i cittadini e fungerà da colegislatore per le iniziative principali²⁰⁹.

Per ciò che interessa la materia sociale, la terza priorità della strategia - crescita inclusiva-punta, ancora una volta, alla crescita occupazionale come mezzo per favorire la coesione economico-sociale e territoriale.

Crescita inclusiva significa, infatti, rafforzare la partecipazione delle persone mediante livelli di occupazione elevati, investire nelle competenze, combattere la povertà e modernizzare i mercati del lavoro, i metodi di formazione e i sistemi di protezione sociale per aiutare i cittadini a prepararsi ai cambiamenti e a gestirli e costruire una società coesa. È altrettanto fondamentale che i benefici della crescita economica si estendano a tutte le parti dell'Unione, comprese le regioni ultraperiferiche, in modo da rafforzare la coesione territoriale. L'obiettivo è garantire a tutti accesso e opportunità durante l'intera esistenza. L'Europa dovrà sfruttare le potenzialità della sua forza lavoro per far fronte all'invecchiamento della popolazione e all'aumento della concorrenza globale. Occorreranno politiche in favore della parità fra i sessi per aumentare la partecipazione al mercato del lavoro in modo da favorire la crescita e la coesione sociale, agendo in particolare su tre fronti: occupazione, competenze e lotta alla povertà.

Le misure adottate nell'ambito di queste priorità consisteranno nel modernizzare e potenziare le politiche in materia di occupazione, istruzione e formazione ed i sistemi di protezione sociale, aumentando la partecipazione al mercato del lavoro e riducendo la disoccupazione strutturale, sarà importante a riguardo l'accesso alle strutture per l'infanzia e alle cure per le altre persone a carico. In tale contesto sarà fondamentale applicare i principi della flessicurezza e consentire alle persone di acquisire nuove competenze per adeguarsi alle mutate condizioni e all'eventuale riorientamento professionale. Occorrerà un impegno considerevole per lottare contro la povertà e l'esclusione sociale e ridurre le disuguaglianze in termini di salute, per far sì che la crescita risulti vantaggiosa per tutti. Sarà altrettanto importante essere in grado di favorire un invecchiamento attivo e in buona salute, onde garantire una coesione sociale e produttività più elevata.

L'iniziativa faro in quest'ambito si intitola "Un agenda per nuove competenze e nuovi posti di lavoro" e, prevede linee guida d'azione sia per la Commissione sia per gli Stati membri, in particolare l'obiettivo è quello di porre le basi della modernizzazione dei mercati del lavoro, onde aumentare i livelli di occupazione e garantire la sostenibilità dei modelli sociali. Questo significa migliorare la partecipazione delle persone, mediante l'acquisizione di nuove

²⁰⁹ Tale approccio di partenariato dovrebbe essere esteso ai comitati dell'UE, ai parlamenti e alle autorità nazionali, locali e regionali, alle parti sociali, alle parti interessate e alla società civile, per ottenere la massima partecipazione.

competenze, per consentire alla forza lavoro, attuale e futura, di adeguarsi alle mutate condizioni e all'eventuale riorientamento professionale, ridurre la disoccupazione e aumentare la produttività del lavoro.

In particolar modo, a livello di Unione, la Commissione avrà un ruolo centrale, dovendosi adoperare per definire e attuare, insieme alle parti sociali europee, la seconda fase del programma flessicurezza, per trovare il modo di gestire meglio le transazioni economiche, lottare contro la disoccupazione e innalzare i tassi di attività, adeguare il quadro legislativo, in linea con i principi della regolamentazione "intelligente", ai modelli di lavoro in evoluzione (orari, lavoratori distaccati ecc..) e ai nuovi rischi per la salute e la sicurezza sul lavoro. Dovrà agevolare e promuovere la mobilità della manodopera all'interno dell'UE, per garantire un maggiore equilibrio tra offerta e domanda di lavoro, con un sostegno finanziario adeguato dei fondi strutturali, in particolare del Fondo Economico Sociale europeo²¹⁰, e dovrà promuovere una politica di migrazione dei lavoratori che sia globale e lungimirante, in modo da rispondere con la necessaria flessibilità alle priorità e alle esigenze dei mercati occupazionali. La Commissione avrà inoltre il compito di rafforzare la capacità delle parti sociali, per sfruttare appieno le potenzialità di risoluzione dei problemi del dialogo sociale a tutti i livelli (UE, nazionale/regionale, settoriale, aziendale); e dovrà promuovere la collaborazione più intensa tra le istituzioni del mercato del lavoro, compresi i servizi pubblici per l'occupazione degli Stati membri. Essa, inoltre, avrà il ruolo di imprimere slancio al quadro strategico per la cooperazione tra tutte le parti interessate, a livello di istruzione e formazione. Ciò significa in particolare, applicare i principi della formazione continua anche mediante percorsi di apprendimento flessibili tra i diversi settori e livelli di istruzione e formazione rendendo più attraenti l'istruzione e la formazione professionali e la Commissione dovrà fare in modo che le competenze necessarie per il perseguimento della formazione e l'ingresso nel mercato del lavoro siano acquisite e riconosciute in tutti i sistemi di insegnamento generale, professionale, superiore e per adulti e dovrà cercare di sviluppare un linguaggio e uno strumento operativo comuni per l'istruzione/formazione e l'attività lavorativa²¹¹.

A livello nazionale gli Stati membri dovranno attuare i propri percorsi nazionali di flessicurezza, come stabilito da Consiglio Europeo, per ridurre la segmentazione del mercato del lavoro e agevolare le transizioni, facilitando al tempo stesso un migliore equilibrio tra vita lavorativa e vita privata. Essi dovranno riesaminare e monitorare regolarmente l'efficienza dei sistemi fiscali e previdenziali per rendere il lavoro redditizio, con particolare attenzione alle persone poco qualificate, abolendo al tempo stesso le misure che scoraggiano il lavoro

²¹⁰ Si vedano gli Articoli 162-164 del TFUE.

²¹¹ Quadro europeo per le capacità, le competenze e l'occupazione denominato ESCO, European Skills, Competences and Occupational frame work.

autonomo; al fine di promuovere nuove forme di equilibrio tra lavoro e vita privata, parallelamente a politiche di invecchiamento attivo, così come la parità dei sessi. Gli Stati dovranno, inoltre, imprimere slancio all'attuazione del Quadro europeo delle qualifiche, mediante la creazione di quadri nazionali delle qualifiche; e dovranno fare in modo che le competenze necessarie per il proseguimento della formazione e l'ingresso nel mercato del lavoro siano acquisite e riconosciute in tutti i sistemi di insegnamento generale, professionale, superiore e per adulti, compreso l'apprendimento non formale e informale. Infine, dovranno sviluppare i partenariati tra il settore dell'istruzione/formazione e il mondo del lavoro, in particolare associando le parti sociali alla pianificazione dell'istruzione e della formazione.

Quello che emerge da quanto detto è, in primo luogo, il nuovo ruolo che la politica sociale acquista a livello europeo. In un mondo che si globalizza sempre più, l'Unione riscopre l'esigenza di puntare su una crescita che non sia solo economica ma, ancor più, sociale. Il nuovo paradigma presuppone che senza un'Unione sociale coordinata, non possa esserci una crescita economica sostenibile e duratura. Siamo quindi al giro di volta: raggiunta la stabilità economica attraverso il mercato unico, l'Unione deve ora costruire il "mercato unico sociale", condizione necessaria al suo ulteriore sviluppo e alla competitività sui mercati esterni. Per dirla con le parole di Barroso²¹², "la crisi è un campanello d'allarme, il momento in cui ci si rende conto che mantenere lo status quo ci condannerebbe a un graduale declino relegandoci a un ruolo di secondo piano nel nuovo ordine mondiale". Europa 2020 rappresenta quindi l'obiettivo di più posti di lavoro e vita migliore, ribadendo che l'Europa "è capace di promuovere una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva, trovare il modo di creare nuovi posti di lavoro e offrire un orientamento alle nostre società".

Gli ingredienti del piano Europa 2020 ricordano da vicino quelli della Strategia di Lisbona: obiettivi ambiziosi, ampia fiducia nel virtuosismo degli Stati nel mettere in pratica autonomamente le politiche necessarie, tante raccomandazioni ma nessuna minaccia di sanzioni, nessun accenno ad una possibile attribuzione alla Commissione di poteri di governo né ad un ampliamento del bilancio europeo.

Secondo la relazione 2011 della Commissione, sulla competitività dell'Unione, la Strategia è già in crisi, infatti se si vuole che la Strategia Europa 2020 sia fonte di crescita intelligente e sostenibile²¹³, occorre che l'UE migliori significativamente i propri risultati in materia di innovazione in più di un settore.

Gli obiettivi che l'Unione si è posta per il decennio appena incominciato, sono dunque

²¹² Si veda le premesse del Presidente J. M. Barroso alla Strategia Europa 2020.

²¹³ Si veda la relazione 2011 della Commissione sulla competitività dell'Ue, reperibile al sito: ec.europa.eu/research/innovation-union/pdf/competitiveness-report/2011/executive-summaries/it.pdf#view=fit&pagemode=none.

molto ambiziosi e proprio per tale motivo ci si chiede se esistano ad oggi gli strumenti che consentano la realizzazione di tali obiettivi e se il Trattato di Lisbona possa essere il Trattato che traghetterà l'Unione verso la nuova Unione sociale.

6. I nuovi obiettivi fissati dal Trattato di Lisbona

L'inversione di tendenza, già segnalata, rispetto all'impianto originario dei Trattati nei confronti della sfera sociale, segna il suo punto di avvio con il Trattato Costituzionale. Questo, infatti, formalizzava il progetto sociale europeo disegnando i contorni di un vero e proprio modello sociale e di sviluppo, fondato su tre componenti principali: quella economica, quella sociale e quella ambientale²¹⁴. Il Trattato Costituzionale consacrava una preferenza delle istituzioni europee per una definizione allargata del concetto di “modello sociale europeo”, inteso come modello europeo di società²¹⁵.

Tale tipo di approccio viene ripreso dal Trattato di Lisbona, che riproduce queste innovazioni e conferma l'idea fondamentale, introdotta dalla Costituzione²¹⁶, dell'inclusione rafforzata della dimensione sociale nel progetto economico europeo²¹⁷.

Questa nuova visione del progetto sociale europeo, si fonda sul concetto “dell'Europa sociale”²¹⁸, il quale disegna un insieme di principi comuni agli Stati membri e l'Unione che modellano le relazioni di lavoro e i sistemi di sicurezza sociale²¹⁹, privilegiando, non tanto il metodo classico dell'emanazione di direttive di armonizzazione, quanto piuttosto, vie alternative per la comunitarizzazione del diritto sociale.

Il Trattato di Lisbona riprende, tuttavia, l'idea già presente nella Costituzione che la costruzione dell'Europa sociale “debba passare attraverso l'economia”²²⁰, pertanto, se da un lato afferma principi sociali elevati dall'altro, la maggiore novità, risiede nella consacrazione giuridica di alcuni diritti sociali fondamentali, senza che tuttavia si possa affermare una generale giustiziabilità degli obiettivi sociali all'interno dell' *aquis communautaire*.

Secondo alcuni autori, la principale novità del Trattato di Lisbona risiede nella

²¹⁴ F. Berod, *Les politiques internes de l'Union: construction d'un modèle social européen ou sanctuarisation de l'économie libérale?* In V. Constantinesco, Y. Gautier et V. Michel, *Le traité établissant une Constitution pour l'Union*.

²¹⁵ B. Petit, *Un regard juridique sur la dynamique du modèle social européen*, in Dr. Soc. Fevr. 2010, p. 213.

²¹⁶ J. Ziller, *L'Europe sociale dans la Constitution pour l'Europe*, in D. Soc. 2005, p. 188

²¹⁷ F. Dorssemont, *La dimension sociale de l'Union européenne après la Constitution*, in Sem. soc. Lamy 2, avril 2005, sup. 1212 p. 89.

²¹⁸ Si veda sempre opera citata supra (nota 4) a p. 92.

²¹⁹ G. Spyropoulos, *Le modèle social européen*, Sem. Soc. Lamy n. 212, suppl. 25/4/05 p. 15.

²²⁰ C. Aubin, *L'Europe sociale entre mythe et réalité*, in Dr. Soc., 2007, p. 818

*refondation des objectifs sociaux de l'Union*²²¹, che si traduce nell'affermazione di nuovi principi sociali accanto, a quelli della lotta all'esclusione sociale e alla non discriminazione.

L'obiettivo dell'economia sociale di mercato, introdotto dall'art. 3 TUE, si basa sull'idea della costruzione di un mercato comune, equilibrato, che punti sulla coesione economica e sociale e, sulla giustizia sociale: l'Unione, infatti, instaura un mercato interno e si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena educazione e al progresso sociale e su un elevato livello di tutela e miglioramento della qualità dell'ambiente. Rispetto al previgente testo dell'art. 2²²², spariscono i riferimenti “mercantilistici” e, il mercato interno, passa da fine ultimo della costruzione europea, a strumento per la realizzazione dell'economia sociale di mercato, in particolar modo sotto il profilo della piena occupazione e del progresso sociale. Si assiste ad un rivolgimento degli obiettivi della costruzione europea, abbandonando la sfera puramente economica (che si caratterizza come obiettivo intermedio), per metterla al servizio della realizzazione del benessere sociale europeo²²³.

L'obiettivo dell'economia sociale di mercato²²⁴ appare, dunque, come un contrafforte al mercato²²⁵, la soppressione del riferimento a un mercato interno dove la concorrenza è libera e non falsata, ancora presente nella Costituzione, marca simbolicamente questo riorientamento in favore degli obiettivi sociali, anche se è doveroso ricordare che il protocollo 27 sottolinea ancora una volta l'obiettivo della concorrenza non falsata²²⁶.

Anche il richiamo ad uno sviluppo duraturo dell'Europa, benchè già enucleato nel trattato di Amsterdam²²⁷, espressamente riferito alla dimensione sociale, rafforza l'idea di un passaggio ad visione lungo termine della costruzione europea.

²²¹ Tra i molti si veda M. Fallon e A. C. Simon, *Le renouvellement des politiques de l'Union européenne dans le traité de Lisbonne*, in AE 2007-2008/2 p. 243

²²² La Comunità ha il compito di promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e di un'unione economica e monetaria e mediante l'attuazione delle politiche e delle azioni comuni di cui agli articoli 3 e 3A, uno sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche nell'insieme della Comunità, una crescita sostenibile, non inflazionistica e che rispetti l'ambiente, un elevato grado di convergenza dei risultati economici, un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, il miglioramento del tenore e della qualità della vita, la coesione economica e sociale e la solidarietà tra gli Stati membri .

²²³ Questa è l'idea fondante su cui poggia anche la Strategia di Lisbona la quale vorrebbe trovare un buon equilibrio tra la politica economica quella dell'impiego, la politica sociale e quella ambientale, si veda in questo senso il Rapporto finale del gruppo di lavoro della Convenzione sull'Europa sociale, CONV 516, !703 p.9.

²²⁴ L'idea di economia sociale di mercato accolta nel Trattato è diversa da quella originaria sviluppatasi nella repubblica di Weimar la quale prevedeva un'idea liberale di protezione delle libertà pubbliche e economiche individuali, contro le ingerenze del potere pubblico o privato.

²²⁵ Si veda sempre Ziller op. cit..

²²⁶ Si veda il protocollo 27 sul mercato interno e la concorrenza.

²²⁷ L'art. 7 del trattato di Amsterdam introduce per la prima volta il principio di “sviluppo duraturo” che si declina in materia di protezione dell'ambiente (art. 6 CE) e delle attività economiche (art. 3 co. 2 CE). A seguito dell'entrata in vigore dell'Accordo sulla politica sociale “l'obiettivo di un livello d'occupazione elevato e duraturo” è previsto oggi dall'art. 153 FUE, come obiettivo della politica sociale.

Naturalmente, l'ambizione economica del progetto europeo conserva il suo ruolo trainante, infatti, lo sviluppo duraturo si fonda in primo luogo su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi²²⁸. In tale quadro, si inserisce il rinnovato interesse del Trattato verso i servizi pubblici sociali, come componenti del progetto europeo. Ricordando il loro ruolo di promozione della coesione sociale e territoriale dell'Unione, il Trattato mira a dare competenza alle istituzioni comunitarie per legiferare in materia di servizi d'interesse economico generale e, nel rispetto del principio delle competenze, per organizzare i sistemi di interesse generale non economico²²⁹. Rimane, tuttavia, difficile apprezzare l'effettiva portata di tali interventi, in particolare ci si domanda se essi possano contribuire a rendere effettivi i diritti sociali fondamentali, quali quelli di accesso di tutti i cittadini ai servizi d'interesse economico generale, il diritto agli aiuti sociali e all'abitazione previsti nella Carta dei diritti fondamentali²³⁰, e se saranno sufficienti per la messa in atto della Strategia 2020, dati i limiti imposti dal suo coordinamento con il patto di stabilità e crescita, che limita fortemente la spesa pubblica statale²³¹, considerato anche, che i servizi di interesse economico generale non costituiscono una categoria predefinita e pertanto, dalla loro qualificazione dipenderà la loro sottomissione o meno ai principi economici.

L'inserimento nel Trattato dell'obiettivo della giustizia sociale, contribuisce, ad ogni modo, a valorizzare questo nuovo ordine dei valori comunitari, laddove la consacrazione del benessere dei popoli europei e l'affermazione della Carta, di mettere al centro della propria azione l'individuo, valorizzano un'idea di Unione fondata sulla dignità della persona e sulla solidarietà.

Tuttavia, la realizzazione effettiva degli obiettivi sociali, presuppone che l'Unione sia dotata di strumenti normativi adatti a rafforzare la sua dimensione sociale, nell'alveo del progetto economico.

Tali strumenti, peraltro già introdotti dai precedenti Trattati o dalla prassi, puntano sull'approccio integrato e sul riconoscimento ufficiale della concertazione sociale tripartita, ma in questo senso appaiono ancora deboli, seppur rilanciati del Trattato di Lisbona.

Il primo di questi strumenti, infatti, pone l'accento sull'obbligo di coerenza tra le politiche

²²⁸ Articolo 3.3 TUE.

²²⁹ Si vedano in questo senso l'art. 14 TFUE che stabilisce la possibilità di emanare atti, secondo la procedura ordinaria, affinché i servizi di interesse economico generale “funzionino in base a principi e condizioni, in particolare economiche e finanziarie, che consentano loro di svolgere i propri compiti”; e l'art. 2 del protocollo 26 in materia di servizi d'interesse generale. Tra i commenti Karayigit M. T., *The notion of services of general economic interest revisited*, in *European public law*, pp. 575-595, 2009; e Fiedziuk N., *Toward a more refined economic approach to services of general economic interest*, in *European public law*, pp. 271-288, 2010.

²³⁰ Si vedano gli artt. 36 e 34 della Carta.

²³¹ Per tale argomento si rinvia al paragrafo precedente e alle conclusioni del Consiglio europeo del 25 e 26 marzo 2010 EUCO 7/10.

dell'Unione: l'art. 7 TFUE²³², sottolinea l'obbligo di conciliazione tra gli obiettivi dell'Unione enunciati nei principi trasversali²³³ e quelli contenuti nelle clausole d'integrazione²³⁴. In particolare, l'approccio integrato, o *mainstreaming*, che è stato sviluppato a partire dagli anni Ottanta in materia di protezione ambientale, esteso negli anni novanta alla non discriminazione uomo donna²³⁵ e consacrato dal Trattato di Amsterdam come metodo privilegiato in materia di lavoro, salute e coesione, viene scelto dal trattato di Lisbona come metodo preferenziale in materia sociale. L'art. 9 TFUE, l'altra clausola sociale del Trattato, dispone che: l'Unione nella definizione e attuazione delle sue politiche e azioni, tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana. Questa formulazione lascia, tuttavia, incerta la portata vincolante di tale disposizione, anche se alcuni l'hanno definita “un puissant levier pour obliger l'ensemble des institutions (...) à prendre en compte la dimension sociale dans tous les champs de son action”²³⁶, appare evidente come essa sia carente di appigli normativi per poterne sostenere l'immediata giustiziabilità. Ciò non significa che la clausola non possa essere utilizzata dalla Corte come parametro di riferimento, ma essa non potrà operare da sola e dovrà essere posta in correlazione con altri dettati normativi, facendo sì che il bilanciamento degli obiettivi economici e sociali dipenda, ancora una volta, da considerazioni di tipo politico²³⁷. In particolare, tale tipo di bilanciamento appare tanto più difficile laddove non sia possibile determinare il contenuto delle esigenze sociali, in relazione a quelle stabilite nell'art. 3 par. 3 TUE, proprio perchè l'art. 9 non presenta una formulazione univoca, al contrario di quanto avviene per altre norme integrative²³⁸.

6.1 Il dialogo con le parti sociali

Sotto un secondo profilo, il Trattato di Lisbona rilancia il dialogo con le parti sociali. La concertazione tripartita, tra rappresentanti delle parti sociali e le istituzioni comunitarie, nasce

²³² L'Unione assicura la coerenza tra le sue varie politiche e azioni, tenendo conto dell'insieme dei suoi obiettivi e conformandosi al principio di attribuzione delle competenze.

²³³ Si veda F. Berrod, op. cit. qui p. 86.

²³⁴ Si veda M. Fallon, A. C. Simon, op. cit. qui p. 245.

²³⁵ Si veda come esempio la comunicazione della Commissione del 21 febbraio 1996 “Integrare la parità di opportunità tra le donne e gli uomini nel complesso delle politiche e azioni comunitarie” COM (96)67.

²³⁶ J. Ziller, op. cit. qui p. 194.

²³⁷ Si veda in questo senso L. Perrin, *Les aspects sociaux du traité de Lisbonne*, in *Politeia* 2008, n. 13 p. 565.

²³⁸ Si pensi ad esempio alla formulazione dell'art. 8, in materia di parità e uguaglianza e l'art. 10 in materia di discriminazioni; dove i termini utilizzati “mira ad eliminare/combattere” valorizzano l'obbligatorietà della norma e dunque la sua immediata giustiziabilità sotto un profilo processuale.

nel 1970, in seno al Comitato permanente per l'impiego, sfociando nel 1997 nella creazione del vertice sociale trilaterale per la crescita e l'impiego, il quale trova oggi nell'art. 152, II co. TFUE il proprio riconoscimento. Questa disposizione riconosce l'importanza della partecipazione dei partenariati sociali europei non solo, in campo strettamente sociale ma anche, del loro coinvolgimento nella determinazione degli obiettivi generali dell'Unione, attraverso la definizione e la messa in opera della politica sociale. Il Trattato ne conferma anche la partecipazione alla strategia di Lisbona e, alla strategia europea del lavoro, in precedenza esclusa dal trattato CE.

Altre disposizioni mirano a coinvolgere le parti sociali non solo nel dialogo con le istituzioni comunitarie, ma anche, con i governi nazionali. A mente dell'art. 146 co. 2, gli Stati devono coinvolgere le parti sociali, secondo le relative prassi nazionali, al fine di coordinare le proprie iniziative per la promozione della politica d'occupazione in sede di Consiglio, ai sensi dell'art.148 TFUE. L'inserimento del richiamo delle parti sociali, nel capitolo dedicato all'occupazione, segna, tuttavia, un passo indietro rispetto al dettato della Costituzione, che inseriva invece il riferimento all'art. I-48, intitolato “I partenariati sociali e tripartiti e il dialogo sociale autonomo”, nel titolo “Vita democratica dell'Unione”. Se la Costituzione consacrava il ruolo delle parti sociali quali protagonisti di un'Unione economico-sociale, il Trattato di Lisbona le relega nuovamente alla sola sfera economica²³⁹. Anche la formula secondo la quale, il vertice sociale trilaterale contribuisce al dialogo sociale e l'assenza di previsioni che prevedano pubblicazioni ufficiali, contribuiscono a mantenere su un piano non istituzionale il rapporto tra istituzioni e parti sociali²⁴⁰.

Alcuna parte della dottrina²⁴¹, ha sottolineato come l'art. 152-2 possa, però, essere interpretato nel senso di incentivare il dialogo sociale autonomo, tra il vertice sociale trilaterale e i partenariati sociale europei, nell'ambito dei programmi pluriennali. E sembra confermare questa interpretazione, anche il fatto che i programmi di azione si inscrivono nell'ambito della strategia di Lisbona. Secondo alcuni l'art. 156-2, consacrerrebbe la reciprocità dei fini tra la politica economica e del lavoro da un lato, e la politica sociale dall'altro²⁴². E, in questo senso, ci sono dei segnali che potrebbero confermare tale interpretazione, come ad esempio il “Framework agreement on inclusive labour market”²⁴³, che rinforza l'idea che “achieving an

²³⁹ Ch. Talgorn, *La démocratie participative à la lumière de la politique sociale communautaire*, in *Le droit de l'Union européenne en principe. Liber amicorum en l'honneur de J. Raux*, Rennes, Apogée 2006, p. 525

²⁴⁰ In questo senso anche la fragilità della Strategia di Lisbona.

²⁴¹ Si veda tra gli altri M. Zulegg, *La protection des droits sociaux fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire*, in J. Iliopoulos-Strangas (a cura di), *La protection des droits sociaux fondamentaux dans les Etats membres de l'Union Européenne*, Athens-Bruxelles-Baden Baden, 2000.

²⁴² B. Bercusson, *The Lisbon Treaty and social Europe*, ERA Forum, vol. 10 juin 2009 p. 87.

²⁴³ Del 25.03.10 concluso dall'ETUC (European Trade Union Confederation) nell'ambito dei programmi di Dialogo sociale europeo per il 2006-2008 e 2009-2010, reperibile al sito

inclusive labour market is a multi-facted challenge and a key concern for European social partners. Employers' and workers' representatives at all levels, as well as social dialogue, have an important role to play to address this challenge²⁴⁴». Infatti, la clausola 1 dell'introduzione richiama, proprio, gli strumenti legislativi e non, a livello europeo, quali strumenti indispensabili per implementare gli obiettivi di crescita inclusiva stabiliti anche, nella strategia Europa 2020, alla quale lo stesso Framework²⁴⁵ si rivolge. L'annex 1 è inoltre direttamente rivolto agli Stati membri e, raccomanda, la previsione di ampie politiche occupazionali inclusive che si basino sulla collaborazione con le parti sociali nazionali. Naturalmente, questi strumenti non hanno natura vincolante ma contribuiscono a stimolare il dialogo e a inseriscono nell'ottica del *mainstreaming*, nel senso di creare una rete europea di condivisione di modelli sociali, che possa preparare il terreno ad una armonizzazione non fondata sull'emanazione di direttive.

6.2 Dall'armonizzazione alla cooperazione

In questa direzione sembra puntare lo stesso Trattato di Lisbona, il quale incoraggia modelli alternativi di armonizzazione. Se da un lato tale scelta era obbligata, stante il dettato dell'art. 4 par. 2 TFUE, per cui l'Unione ha competenza concorrente in politica sociale, per quanto riguarda gli aspetti definiti dal Trattato dall'altra, l'utilizzo di tecniche differenti di coordinamento delle legislazioni nazionali, può costituire uno strumento alternativo per superare il deficit sociale all'interno dell'UE. Ne risulta che il Trattato sostituisce l'armonizzazione verticale, di volta in volta, o con la coordinazione o con il dialogo sociale. Tuttavia, come dimostrato anche dalla Strategia di Lisbona tale tipo di approccio, si scontra con le difficoltà derivanti dalla sostanziale non vincolatività di questi strumenti, che quindi lascia alla “buona volontà” degli Stati membri l'effettiva possibilità di realizzazione. Dal dettato del Trattato di Lisbona emerge, come più volte ricordato, una tendenziale carenza di competenza dell'Unione in materia sociale. Secondo l'art. 4.2 TFUE, infatti, la politica sociale rimane una competenza concorrente, nella quale l'Unione e gli Stati membri possono legiferare e adottare atti giuridicamente vincolanti, e gli Stati membri esercitano la loro competenza nella misura in cui, l'Unione non ha esercitato la propria, mentre esercitano nuovamente la loro competenza, nella misura in cui l'Unione ha deciso di cessare di esercitare

http://www.etuc.org/IMG/pdf_20100325155413125.pdf

²⁴⁴ Per il testo del Framework si veda il sito <http://www.etuc.org/>

²⁴⁵ L'annex 2 contiene una lista di strumenti legislativi e non, suggeriti per raggiungere gli obiettivi del Framework, tra i quali figurano altri framework dell'ETUC; decisioni, raccomandazioni e conclusioni delle istituzioni; e direttive.

la propria²⁴⁶. Questa disposizione, deve essere letta in combinato con le disposizioni del titolo X, che non hanno subito modifiche rispetto al passato, l'art 153, infatti, riprende quanto disposto dall'Accordo sulla politica sociale²⁴⁷, per cui l'Unione completa e sostiene l'azione degli Stati membri con l'adozione di direttive che fissino delle prescrizioni minime applicabili progressivamente dagli Stati, suggerendo in tal modo, il carattere sussidiario dell'intervento dell'Unione in materia. Anche l'enumerazione dei settori d'intervento non ha subito modifiche²⁴⁸, ma la loro formulazione ampia, potrebbe permettere l'adozione di direttive che si fondino su un'interpretazione estensiva dei nuovi obiettivi sociali sanciti dal Trattato, permettendo di includere settori non previsti nella materia sociale²⁴⁹. Il principale svantaggio di tale tipo di approccio, rimane nei meccanismi di approvazione delle direttive, infatti, Lisbona mantiene immutato il riparto di materie da approvarsi, rispettivamente, a maggioranza qualificata e all'unanimità, il quale prevede che rilevanti settori quali, la sicurezza e la protezione sociale dei lavoratori, la protezione contro il licenziamento, la rappresentanza e la difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e le condizioni di lavoro dei cittadini di paesi terzi, regolarmente residenti sul territorio dell'Unione, rimangano soggette al voto all'unanimità. Anche la possibilità di creare delle cooperazioni rafforzate in materia di politica sociale²⁵⁰ potrebbe, specialmente in un'Unione allargata, essere un valido strumento per incrementare l'armonizzazione in questo settore, anche se sussistono delle difficoltà legate alle procedure, molto rigide, previste per la creazione di tali tipi di cooperazione²⁵¹.

A fronte, dunque, di una povertà di strumenti legislativi ordinari, per l'armonizzazione della politica sociale europea, il Trattato di Lisbona punta sulla coordinazione. In vero, non esiste una definizione univoca di cooperazione nel Trattato, ma l'art. 156 TFUE afferma che, la Commissione incoraggia la cooperazione tra gli Stati membri e facilita il coordinamento della loro azione, in tutti i settori della politica sociale comprese l'occupazione, il diritto del lavoro e le condizioni di lavoro, la formazione e il perfezionamento professionale, la sicurezza

²⁴⁶ Cfr. art 2.2 TFUE

²⁴⁷ Ex art. 137, 2 a) TCE.

²⁴⁸ Secondo l'art. 153 TFUE i settori di intervento sono: a) miglioramento, in particolare, dell'ambiente di lavoro, per proteggere la sicurezza e la salute dei lavoratori; b) condizioni di lavoro; c) sicurezza sociale e protezione sociale dei lavoratori; d) protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro; e) informazione e consultazione dei lavoratori; f) rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione, fatto salvo il paragrafo 5; g) condizioni di impiego dei cittadini dei paesi terzi che soggiornano legalmente nel territorio dell'Unione; h) integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, fatto salvo l'articolo 166; i) parità tra uomini e donne per quanto riguarda le opportunità sul mercato del lavoro ed il trattamento sul lavoro; j) lotta contro l'esclusione sociale; k) modernizzazione dei regimi di protezione sociale, fatto salvo il disposto della lettera c).

²⁴⁹ Si veda in questo senso V. Michel et J.-P. De La Rica, *Les compétences dans le traité établissant une Constitution pour l'Europe*, in V. Constantinesco, Y. Gautier et V. Michel, *Le traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et commentaires*, p.286.

²⁵⁰ Possibilità esplicitamente prevista dall'art. 20 TUE per le materie di competenza concorrente.

²⁵¹ Si vedano gli artt. 326 e ss. del TFUE.

sociale, la protezione contro gli infortuni e le malattie professionali, l'igiene del lavoro, il diritto di associazione e la contrattazione collettiva tra datori di lavoro e lavoratori.

Riprendendo la formulazione del vecchio art. 140 TCE, tale tipo di cooperazione prevede che la Commissione operi a stretto contatto con gli Stati membri, mediante studi e pareri, prevedendo dunque, un sistema di collaborazione tra le istituzioni e gli Stati membri, non sindacabile dalla Corte di giustizia e che di fatto limita, ancora una volta, l'azione dell'Unione.

Nelle materie escluse dall'armonizzazione, quali la protezione e l'inclusione sociale, l'educazione e la formazione professionale, il Trattato di Lisbona estende l'applicazione del metodo aperto di coordinamento²⁵², così come già era avvenuto con Nizza²⁵³, lasciando intendere che “des mesures alternatives aux directives sont désignées pour favoriser plutôt la coopération entre états membres sur les différents aspects de la politique sociale”²⁵⁴, sulla base di quel modello composito già sperimentato dalla Strategia sull'occupazione, che prevede da un lato l'uso dell'armonizzazione verticale e dall'altro, quello del metodo aperto di coordinamento²⁵⁵. Tale tipo di approccio, misto, risulta anche da altre indicazioni: da un lato la politica sociale fa parte delle competenze concorrenti e, a mente dell'articolo 5 paragrafi 2 e 3 del TFUE, la politica dell'occupazione e la politica sociale, sono soggette alla cooperazione ma, mentre per la prima, l'Unione prende iniziative, per la seconda può prenderne. Queste disposizioni, sembrano confermare l'idea per la quale la cooperazione, deve essere privilegiata nell'ambito delle competenze concorrenti, tesi che viene avvalorata anche dalla dichiarazione 32 sull'art. 156 TFUE²⁵⁶. Le disposizioni generali del Trattato introducono, dunque, una distinzione fluida tra la competenza di coordinazione delle politiche sociali degli Stati membri e la competenza per svolgere azioni intese a coordinare o completarne l'azione²⁵⁷, in materia di istruzione e formazione professionale. Se i due tipi di competenza hanno in comune l'elemento della coordinazione, la competenza degli Stati membri non può essere sostituita in quei settori rilevanti ai sensi dell'articolo 2, 6. Pertanto, è in questi settori dove l'OMC trova spazio, in particolare sotto il profilo del conseguimento

²⁵² Si veda l'art. 156 .

²⁵³ Art. 153, 2 TFUE.

²⁵⁴ Cfr. B. Bercusson op. cit. qui p. 33.

²⁵⁵ In questo senso I. Omarjee, *La stratégie européenne pour l'emploi: un exemple de rencontre entre une politique européenne et le droit communautaire*, in Dr. Soc. 2010, p.223, qui p. 226.

²⁵⁶ Secondo questa dichiarazione: la conferenza conferma che le politiche descritte nell'articolo 156 sono essenzialmente di competenza degli Stati membri. Le misure di incoraggiamento e di coordinamento da adottare a livello d'Unione conformemente alle disposizioni di tale articolo hanno carattere complementare. Esse mirano a rafforzare la cooperazione tra gli Stati membri e non ad armonizzare sistemi nazionali. Tali misure non incidono sulle garanzie e gli usi esistenti in ciascuno Stato membro in materia di responsabilità delle parti sociali. La presente dichiarazione lascia impregiudicate le disposizioni dei trattati che attribuiscono competenze all'Unione, anche in materia sociale.

²⁵⁷ Articolo 6 TFUE.

degli obiettivi di un alto livello di educazione e formazione, che devono essere ormai presi in considerazione, non soltanto, sotto il loro profilo economico²⁵⁸.

Da un lato, il Trattato di Lisbona sceglie come strumento di regolazione della materia sociale un modello fluido che si basa su diversi tipi di cooperazione tra gli Stati membri, con l'emanazione di regolamentazioni più o meno vincolanti da parte delle istituzioni, che si articola differentemente a seconda della materia trattata e del tipo di competenza attribuita all'Unione. Dall'altro, valorizza il dialogo con le parti sociali, disegnando un modello di partecipazione inclusiva a livello nazionale, inter-statale e verticale.

In questo senso, Lisbona sembra consacrare il principio di sussidiarietà delle parti sociali, anche se esso appare come un principio monco, privo cioè della clausola di cogenza²⁵⁹. Gli art. 154 e seguenti riconoscono l'autonomia negoziale delle parti sociali e ne promuovono il dialogo con le istituzioni sia comunitarie che nazionali, ma non prevedono obblighi di contrattazione (art. 155). In particolare, la Commissione consulta periodicamente e obbligatoriamente le parti sociali in materia di politica sociale²⁶⁰, ed inoltre è riconosciuto del ruolo un dialogo sociale autonomo²⁶¹, come fonte autonoma di contrattazione nel dialogo con le istituzioni²⁶², pur non rilevando come vizio di nullità dell'atto emanato.

Attraverso il disposto dell'articolo 155-1, si assiste alla costituzionalizzazione del principio di sussidiarietà dell'autonomia delle parti sociali, riconoscendo il ruolo dei parternariati europei nella conclusione di accordi e sancendo la non interferenza delle istituzioni in tali negoziazioni autonome. Il rispetto di tale autonomia non impedisce certo la collaborazione con le istituzioni, che anzi, devono riconoscere e promuovere il loro ruolo stante il disposto dell'art. 154, tanto che recentemente la Commissione si è rivolta proprio a i parternariati sociali per suggerire l'integrazione di alcuni temi nel dibattito sul terzo programma di lavoro

²⁵⁸ Si veda in questo senso la sentenza della Corte di Giustizia C-76/05 *Schwarz & Gooties-Schwarz*, in cui l'attività di una scuola privata è interpretata come rilevante ai fini della libera prestazione di servizi.

²⁵⁹ Si veda M. Schmitt, *Autonomie collective des parternaries sociaux eu principe de subsidiarité dabs l'ordre juridique communautaire*, Aix-an- Provance, PUAM 2009.

²⁶⁰ Offre un esempio di tale tipo di negoziazione l'accordo quadro siglato il 18 giugno 2009 sui congedi parentali che è stato seguito dalla Direttiva adottata l'8 marzo 2010. recentemente la Commissione ha poi avviato una nuova consultazione delle parti sociali sulla revisione della direttiva sull'orario di lavoro (24 marzo 2010 COM (2010) 106.

²⁶¹ Si veda l'accordo quadro sul mercato di lavoro sopra richiamato.

²⁶² Il rilievo dell'autonomia negoziale delle parti sociali era già stato affermato dalla Commissione in alcune comunicazioni, quella del 18.9.1996 sullo sviluppo del dialogo sociale a livello comunitario [COM (96) 448 conclusioni p. 4] e quella del 20.5.1998 [COM (98) 322 conclusioni p. 15] Adattare e promuovere il dialogo sociale a livello comunitario. Inoltre anche la Direttiva 94/45 sull'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, e la Direttiva 2009/38 riguardante l'istituzione di un comitato aziendale europeo o di una procedura per l'informazione e la consultazione dei lavoratori nelle imprese e nei gruppi di imprese di dimensioni comunitarie, sottolineano e confermano il ruolo della libertà negoziale nell'ambito delle negoziazioni in sede di comitati aziendali europei.

autonomo del 7 maggio 2009²⁶³. La consultazione, prevista dagli articoli 154 e 155 TFUE, ha luogo ogni volta che la Commissione intenda presentare proposte nel settore della politica sociale. Si tratta, dunque, di un avvio formale anche se l'azione dell'Unione è solo potenziale, e la consultazione delle parti sociali può confermare o meno l'intento iniziale della Commissione. Se l'azione prosegue e si sostanzia in una proposta, le parti sociali sono consultate sui contenuti della stessa, al fine di ottenere un parere o una raccomandazione. Tuttavia, è difficile apprezzare la portata di queste disposizioni, in particolar modo se si legge la versione inglese del testo²⁶⁴, sembra avvalorarsi l'idea che il riconoscimento delle parti sociali sia consacrato solo a livello dell'Unione, inoltre non sembra che il Trattato preveda disposizioni in materia di contrattazione collettiva transnazionale, anche se le previsioni in materia di impresa di dimensioni europee possono indurre a pensare che il principio di sussidiarietà delle parti sociali possa valorizzarsi in questo ambito, attraverso il dialogo con la Commissione, a mente dell'articolo 152.

L'articolo 154.1²⁶⁵, prevedendo la possibilità per la Commissione di prendere ogni misura utile per favorire il dialogo, sostiene l'adozione da parte della Commissione di atti vincolanti per i loro destinatari²⁶⁶, inoltre, anche il Tribunale di primo grado ha riconosciuto l'obbligo per la Commissione e il Consiglio di verificare la rappresentatività dei partenariati firmatari di accordi legislativi²⁶⁷, e su questa base la Commissione verifica gli accordi quadro autonomi²⁶⁸, in quanto *il rispetto del principio della democrazia, sul quale l'Unione è fondata, richiede - in mancanza di partecipazione del Parlamento europeo al processo d'adozione di un atto legislativo - che la partecipazione dei popoli a tale processo sia garantita in modo alternativo, nella fattispecie per il tramite delle parti sociali che hanno concluso l'Accordo al quale il Consiglio, statuendo a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione, conferisce un fondamento legislativo a livello comunitario*²⁶⁹.

Tuttavia, come già sottolineato, manca nel Trattato la previsione di un intervento dell'Unione a livello di armonizzazione delle legislazioni nazionali, pertanto, benchè gli articoli 151.2 e 155.2 facciano riferimento ad accordi e procedure nazionali, la loro formulazione appare più

²⁶³ La Commissione ha sollecitato il dibattito in materia di distacco dei lavoratori e l'impatto della giurisprudenza della Corte di Giustizia sul bilanciamento tra libertà economiche e diritto di azione collettiva dei sindacati, al fine di trovare soluzioni congiunte in materie così controverse, si pensi all'impatto avuto da sentenze quali Viking, Laval Ruffert e la recente Commissione c. Germania.

²⁶⁴ The Union recognises and promotes the role of social partners at its level, taking into account the diversity of national systems. It shall facilitate dialogue between social partners, respecting their autonomy.

²⁶⁵ La Commissione ha il compito di promuovere la consultazione delle parti sociali a livello dell'Unione e prende ogni misura utile per facilitarne il dialogo provvedendo ad un sostegno equilibrato delle parti.

²⁶⁶ Si veda come esempio di tale tipo di atti la decisione della Commissione del 20 maggio 1998 sulla creazione di un comitato di dialogo settoriale destinato a favorire il dialogo tra i partenariati sociali a livello europeo.

²⁶⁷ Corte di Giustizia Sentenza UEAPME T-135/96 Racc. 1998 pagina II-02335

²⁶⁸ Si veda in questo senso M. Schmitt, Le contrôle des accords-cadres européens autonomes par la Commission, RDT, 2008 p. 323.

²⁶⁹ Si veda il punto 89 della citata sentenza UEAPME.

improntata a garantire l'efficacia degli accordi a livello europeo, che un'azione direttamente volta a facilitare il dialogo nazionale.

In questo senso anche il fatto che, a differenza di quanto facesse la Costituzione, il riconoscimento delle parti sociali non sia inserito nel titolo “Vita democratica dell'Unione”, ma in quello “Politica sociale”, sembra significativo di una volontà precisa di mantenere invariata la distinzione tra organi di rappresentazione democratica e l'autonomia del dialogo delle parti sociali. Tuttavia, il dettato dell'articolo 11.2 TUE, secondo il quale le istituzioni mantengono un dialogo aperto, trasparente e regolare con le associazioni rappresentative e la società civile, può essere interpretato nel senso di privilegiare, a livello di Unione, il dialogo con la governance europea, a patto che si considerino i partenariati come associazioni rappresentative²⁷⁰. Ed in questo caso sarebbe, allora, possibile estendere l'obbligo di consultazione delle parti sociali, da parte delle istituzioni, anche ad altre azioni che non rientrano nell'ambito della politica sociale, ma che hanno una ricaduta su di essa. Fino ad oggi, la Commissione ha negato l'applicazione di questo tipo di procedura di armonizzazione in quegli ambiti, come la lotta alla discriminazione in ambito lavorativo che, a stretto rigone normativo (stante l'utilizzo dell'art. 19 TFUE come base giuridica), non rilevano nell'ambito della politica sociale²⁷¹. Nonostante ciò, la prassi della negoziazione europea, prevede che la scelta delle parti sociali sfoci nell'inclusione degli accordi europei in Direttive del Consiglio. Infatti, gli accordi quadro si configurano come veri e proprie fonti autonome, da recepire ed allegare alle direttive, su richiesta delle stesse parti firmatarie, senza interventi di modifica. Un esempio di tale prassi si ha per gli accordi in materia di congedi parentali²⁷², di lavoro part-time²⁷³ e sul lavoro a tempo determinato²⁷⁴. La contaminazione tra atti normativi europei e fonti contrattuali, ha portato alla stesura di testi che combinano da un lato, il linguaggio compromissorio della contrattazione e dall'altro, formule prescrittive dotate di immediata vincolatività.

Nonostante ciò, anche in ambito di contrattazione europea di settore, si assiste alla partecipazione come parti firmatarie, delle federazioni europee aderenti alle confederazioni

²⁷⁰ I veda in questo senso H. Oberdorff, *Le principe démocratique dans l'Union européenne*, in E. Brosset et alii, *Le traité de Lisbonne. Reconfiguration ou déconstitutionnalisation de l'Union européenne?*, Bruxelles, Bruylant, 2009, p. 181, qui p. 192.

²⁷¹ I partenariati sociali non sono infatti stati consultati per l'adozione della Direttiva 2000/78 che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, in *GU L 303 del 2.12.2000*, pagg. 16–22 .

²⁷² Direttiva 2010/18/UE del Consiglio, dell' 8 marzo 2010 , che attua l'accordo quadro riveduto in materia di congedo parentale concluso da BUSINESSEUROPE, UEAPME, CEEP e CES e abroga la direttiva 96/34/CE (Testo rilevante ai fini del SEE) in *GU L 68 del 18.3.2010*, pagg. 13–20 .

²⁷³ Direttiva 97/81/CE del Consiglio del 15 dicembre 1997 relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES - Allegato : Accordo quadro sul lavoro a tempo parziale in *GU L 14 del 20.1.1998*, pagg. 9–14 .

²⁷⁴ Direttiva 1999/70/CE del Consiglio del 28 giugno 1999 relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato in *GU L 175 del 10.7.1999*, pagg. 43–48.

maggiormente rappresentative, come testimoniano l'accordo sul lavoro marittimo²⁷⁵ e quello sulle ferite da taglio²⁷⁶, di cui è stata prevista la recezione attraverso due direttive²⁷⁷.

6.3 Soluzioni alternative di politica sociale?

La globalizzazione, l'allargamento, la crisi economica, i fenomeni di aumento della disoccupazione, sono stati i protagonisti dell'ultimo decennio, l'Unione ha cercato di dare risposte alle esigenze imposte dal mercato, attraverso strumenti differenti, soprattutto in materia di politiche occupazionali. Si è scelto di puntare su politiche di flexsecurity, in un'ottica di miglioramento della gestione del fattore lavoro, sotto i profili della gestione del tempo (flessibilità orari/scelta del luogo di lavoro), della qualità (formazione e produttività) e della soddisfazione (coesione sociale/benessere) ma, spesso, l'assenza di precise scelte di campo, nella materia della formazione lungo l'arco della vita, delle politiche di riconciliazione tra vita privata e lavorativa hanno, se non reso inutili, sicuramente, indebolito l'efficacia di questi strumenti.

Accanto a queste forme, si sperimentano altre strategie di sostegno all'occupazione, sostenute dalla Commissione, che prevedono l'erogazione di Fondi dedicati a specifici settori in difficoltà.

Da alcuni anni la Commissione ha avviato un programma di monitoraggio per i processi di ristrutturazione che si svolgono in Europa, volto a studiare le caratteristiche che essi assumono in relazione alle dimensioni delle imprese e alla loro dislocazione geografica.

Nel 2007 su iniziativa del presidente Barroso, e sulle indicazioni di questi studi, è stato emanato il Regolamento 1927/06 che istituisce un Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione²⁷⁸. La base giuridica su cui si fonda è l'art. 175-3 TFUE, che lo inserisce nell'ambito delle azioni per la coesione economico-sociale, a procedura ordinaria.

Il finanziamento di questo fondo è previsto fino al 2013 ed è destinato a sostenere i lavoratori in esubero a causa di trasformazioni legate al commercio internazionale e alla globalizzazione, *tali da provocare un notevole impatto negativo sull'economia regionale o*

²⁷⁵ Accordo concluso il 19 maggio 2008 da ECSA (European community Shipowners'Associations) e ETF (European Transport workers'Federation).

²⁷⁶ Accordo quadro in materia di prevenzione delle ferite da taglio o da punta nel settore ospedaliero e sanitario, siglato il 17 luglio 2009 da HOSPEEM (European Hospital and Healthcare employers'Association) e FSESP (European Federation of Public Services Union).

²⁷⁷ Direttiva 2010/32/UE del Consiglio, del 10 maggio 2010, che attua l'accordo quadro, concluso da HOSPEEM e FSESP, in materia di prevenzione delle ferite da taglio o da punta nel settore ospedaliero e sanitario (Testo rilevante ai fini del SEE) in *GU L 134 dell' 1.6.2010, pagg. 66-72*.

²⁷⁸ Regolamento (CE) n.1927/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, che istituisce un Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione in *GU L 406 del 30.12.2006, pagg. 1-6*

locale.

Il fondo non sostituisce le misure nazionali, sia legislative sia previste nei contratti collettivi nazionali, nè esclude le azioni finanziate dai fondi strutturali, ma si aggiunge ad essi. A seguito della modifica al Regolamento del 2009 gli Stati possono, oggi, fare domanda anche per l'erogazione di sussidi per i lavoratori colpiti dalla crisi economica.

L'utilizzo di strumenti economici diretti, per sostenere l'occupazione, scelta peraltro infrequente nella storia dell'Unione, è testimoniata anche dal un'altra iniziativa della Commissione varata nel giugno del 2010, che prevede la creazione di uno strumento volto all'erogazione di microcrediti per coloro che hanno perso il lavoro e che intendono avviare un'attività imprenditoriale²⁷⁹.

Sembra che, nella fase attuale, di profonda crisi economico finanziaria, le iniziative dell'Unione si trovino un po' "allo sbando". Benchè il 2000 si fosse aperto con solenni dichiarazioni circa la necessità di bilanciare l'Europa dei mercati e quella sociale, non sembra possibile sostenere che a tali affermazioni siano seguiti fatti concreti. Senza volersi qui schierare con quanti attaccano l'intero costruito comunitario, è doveroso sottolineare che le politiche sociali dell'Unione si sono rivelate pressochè infruttuose e, lo sviluppo delle libertà conesse al mercato, specialmente la libera circolazione delle persone e la cittadinanza, hanno aggravato i deficit, già in crisi, dei bilanci nazionali.

La situazione attuale, non permette di valutare serenamente l'impatto effettivo che le iniziative qui discusse hanno o avrebbero dovuto avere, quel che appare certo è che sarebbe necessario una profonda riflessione sia sul modello economico che su quello sociale europeo, dovendosi concludere che neppure l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali, offre garanzie effettive rispetto ad una più ampia considerazione della sfera sociale nelle politiche dell'Unione, senza che vi sia una presa di posizione definitiva da parte degli Stati membri.

²⁷⁹ Decisione n.283/2010/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 marzo 2010, che istituisce uno strumento europeo Progress di microfinanza per l'occupazione e l'inclusione sociale in *GU L 87 del 7.4.2010*, pagg. 1-5.

7. La carta dei diritti fondamentali: l'indivisibilità dei diritti e il nuovo ruolo dei diritti sociali²⁸⁰

Come si è già sottolineato, la più evidente azione in ambito di riconoscimento dei diritti sociali nell'*acquis* comunitario è stata, senz'altro, l'inclusione della Carta dei diritti fondamentali nel diritto primario dell'Unione. Per la prima volta, infatti, i diritti sociali vengono riconosciuti come fondamentali e viene consacrata l'unità dell'insieme dei diritti fondamentali, infrangendo la dicotomia finora esistente, tra diritti economici e sociali da un lato, e diritti civili e politici dall'altro, fondando in tal modo quella che è stata definita la costituzionalizzazione dell'Unione europea²⁸¹.

I diritti sociali, consacrati dal secondo paragrafo del preambolo della Carta, si ritrovano principalmente al titolo solidarietà come diritti dei lavoratori, e il diritto di informazione e consultazione; ma due libertà: di riunione e associazione e libertà professionale nonché il diritto al lavoro sono, invece, consacrate dagli articoli 12 e 15, inoltre la libera circolazione dei lavoratori è tutelata sia al titolo Uguaglianza che in quello Cittadinanza²⁸².

²⁸⁰ Il motivo per cui il presente lavoro adopera indifferentemente la definizione Carta di Nizza e Carta dei diritti fondamentali dell'Ue, sebbene, come è noto, il testo dell'art. 6 del TUE come riformulato dal Trattato di Lisbona attribuisce valore giuridico analogo a quello dei Trattati al testo approvato a Strasburgo nel 2007 e non a quello approvato a Nizza nel 2000, risiede nella circostanza che – salve poche marginali modifiche e in specie alcune integrazioni apportate agli artt. 51 e 52 (su cui si tornerà oltre e circa le quali mi permetto di rinviare per una più ampia analisi e per ulteriori indicazioni bibliografiche a V. Sciarabba, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte. Le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana* (a cura di Nicolò Zanon, conclusioni di Valerio Onida), Napoli, 2006, pp. 389-458, nonché, con modifiche, aggiornamenti e integrazioni, ID., *Tra Fonti e Corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008) – il testo "di Strasburgo" e quello "di Nizza" coincidono, sicché, su un piano storico e sostanziale, la "paternità" della Carta, resta sicuramente da attribuirsi, tutto considerato, alla "Convenzione Herzog" (il cui "progetto" di Carta, adottato dalla Convenzione per *consensus* il 2 ottobre 2000, fu senza alcuna modifica approvato dal Consiglio europeo in occasione del vertice di Biarritz del 13-14 ottobre 2000 e poi solennemente proclamato – e per così dire "cristallizzato" definitivamente – il 7 dicembre 2000, in occasione del Consiglio europeo di Nizza, da parte del Consiglio, del Parlamento europeo e dalla Commissione, a seguito, e sulla base, delle rispettive approvazioni "interne"). Su un piano pratico, questo discorso assume rilievo immediato in particolare laddove si volessero andare a studiare i "lavori preparatori" della Carta (molto istruttivi, ma purtroppo quasi mai tenuti in considerazione dalla dottrina), dovendocisi rifare a tal fine appunto alla "prima" Convenzione (e, per quanto riguarda le integrazioni alle "clausole orizzontali", alla seconda Convenzione – la "Convenzione Giscard" – e in specie all'apposito "gruppo di lavoro" istituito da questa al suo interno; cfr., sui lavori della Convenzione Giscard, oltre ai due scritti prima ricordati, la dettagliata e approfondita cronaca ragionata di G.G. Florida (in collab. con L.G. Scianella), *Il cantiere della nuova Europa. Tecnica e politica nei lavori della Convenzione europea*, Bologna, 2003.

²⁸¹ L. S. Rossi, *Constitutionalisation de l'Union européenne et droits fondamentaux*, in RDT eur., 2002, p. 27 qui p. 38 e ss.

²⁸² Tra gli innumerevoli commenti sulla Carta di Nizza, prima e dopo la sua entrata in vigore, si segnalano: M. Cartabia, *The multilevel protection of fundamental rights in europe: the european pluralism and the need for a judicial dialogue*, in C. Casonato (a cura di), *The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, 2003, Trento; A. Barbera, *Le tre Corti e la tutela multilivello dei diritti*, in *La tutela multilivello dei diritti. Punti di crisi, problemi aperti momenti di stabilizzazione*, (a cura di) P. Bilancia, E. De Marco, Milano, 2004, 89 ss.; A. Barbera, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2-3/2001, 241 ss; 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*

Come più volte ricordato, la Carta enuncia diritti già riconosciuti in Direttive e sentenze della Corte di Giustizia, ma introduce anche dei diritti nuovi, come, appunto, il diritto alla negoziazione collettiva, il diritto di sciopero e la libertà di associazione sindacale, espressamente esclusi dall'ambito di armonizzazione dall'articolo 153.5 TFUE.

Tuttavia, la tutela dei diritti riconosciuti dalla Carta trova un limite nel riparto di competenze tra Unione e Stati membri, infatti, l' articolo 51 esclude che essa possa trovare applicazione in quelle materie non sottoposte alla competenza comunitaria. Questo limite, appare tanto più evidente proprio in materia di politica sociale, stante il complesso riparto di competenza stabilito dal Trattato di Lisbona. E, se alcuni autori sostengono che il destino della Carta sia quello di influenzare il riparto di competenze comunitarie²⁸³, la stessa operando una distinzione fra diritti e principi, vuole arginare tale sconfinamento. Secondo le spiegazioni della Carta, i principi, i quali secondo l'art. 52.5 possono essere attuati da atti legislativi ed esecutivi da parte delle istituzioni, possono essere oggetto di sindacato da parte del giudice esclusivamente con riferimento alla legittimità dell'atto a cui si riferiscono. Pertanto, alcuni diritti-libertà quali, la libertà professionale, il diritto alla negoziazione e azione collettiva e il diritto alla protezione contro il licenziamento ingiustificato sarebbero direttamente tutelabili. Al contrario, i principi²⁸⁴ che abbisognano dell'intervento delle autorità competenti per la loro attuazione, non sarebbero direttamente vincolanti. Appare, dunque evidente, la necessità di poter distinguere tra queste due categorie di diritti, distinzione non sempre agile e potenzialmente rischiosa, se si pensa, ad esempio, a sentenze come le recenti *Viking e Laval*, *Rüffert e Commissione c. Germania*.

Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto, Milano, 2003, 128 ss.; U. De Siervo, *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico*, 1/2001, 50 ss. Id. *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.; E. Grosso, *La limitata garanzia dei diritti di partecipazione politica nella «Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Roma - Bari, 2003, 172 ss.; A. Barbera, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, op. cit.; Id., *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, op. cit., 107 ss; M. Cartabia, *Multilevel protection of fundamental rights in Europe - standards and judicial dialogue*, *Atti del convegno The protection of fundamental rights in Europe: lessons from Canada*, Trento, 2001; O. Chessa, *Libertà fondamentali e teoria costituzionale*, Milano, 2002; Id., *La tutela dei diritti oltre lo Stato. Fra «diritto internazionale dei diritti umani» e « integrazione costituzionale europea»*, in R. Nania e P. Ridola (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001.

²⁸³ Si veda in questo senso O. De Schutter, *La garantie des droits et principes sociaux dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne*, in J.-Y. Carlier e O. De Schutter, *La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, son apport à la protection des droits de l'Homme en Europe*, Bruxelles, Bruylant, 2004, qui p. 17.

²⁸⁴ In senso critico circa la distinzione fra diritti e principi, e la sua "amministrazione" nella Carta, A. Arnull, A. Dashwood, M. Dougan, D. Wyatt, Wyatt & Dashwood's *European Union Law*, 5th, London, 2006, p. 285 ss., spec. 315, nonché C. Hilson, *Rights and principles in EU law: A distinction without foundation?*, in *Maastricht Journ. Eur. Comp. Law*, 2008, p. 193 ss. Sull'esperienza costituzionale italiana, per simili osservazioni, V. Sciarabba, *Rapporto tra Corti e rapporti tra Carte: le "clausole orizzontali" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in N. Zanon (a cura di), *Le Corti dell'integrazione europea e la Corte costituzionale italiana*, Napoli, 2006, p. 389, 429 s.

7.1 I diritti del capo solidarietà

Prima di procedere all'analisi dei singoli diritti sociali contenuti nella Carta, si deve fare il punto su almeno tre fattori problematici, che segnano i limiti dell'efficacia della tutela accordata ai diritti sociali dall'ordinamento comunitario. Benchè il disposto dell'art. 6 del TUE²⁸⁵ conferisca alla Carta, con uno strano gioco di parole, il medesimo valore dei Trattati, essa non è inclusa direttamente nel testo del Trattato, ma si configura come un atto separato, pubblicato insieme al Trattato. Questa strana collocazione²⁸⁶, ha suscitato diverse reazioni, alcuni hanno voluto leggere in questa scelta una volontà del legislatore comunitario di dare alla Carta un valore giuridico simile a quello dei Trattati, ma in qualche modo sottoposto, giustificando tale interpretazione proprio per la scelta di non includerne il testo all'interno dei Trattati stessi²⁸⁷. La dottrina prevalente e la giurisprudenza, tuttavia, riconoscono che la Carta abbia il medesimo valore giuridico dei Trattati e che la sua collocazione esterna sia più un punto di forza che non di debolezza: rendendo, infatti, il testo della Carta più visibile e autonomo, questa posizione *a latere*, garantirebbe alla Carta una maggiore circolazione e fruibilità da parte dei cittadini, avvicinandola a testi quali la Dichiarazione universale dei diritti umani e la Cedu, slegandola in tal modo da una visione meramente comunitaria, la innalzerebbe a testo autonomo di riconoscimento dei diritti fondamentali²⁸⁸.

²⁸⁵ L'art. 6 TUE recita:

1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati.

Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati.

I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.

2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.
3. I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

²⁸⁶ Nonostante ciò la dottrina maggioritaria ritiene che la Carta abbia valore vincolante, addirittura alcuni ritengono che tale valore si sia esplicitato ancor prima della sua effettiva entrata in vigore. Per il *cross fertilizing effect* ad ogni livello (comprese le competenze ancora riservate rigorosamente agli Stati) derivante dal riconoscimento ufficiale del valore vincolante della Carta di Nizza v. Knook, *The Court, the Charter and the vertical division of powers in EU*, in *CLMR*, 2005, 385 ss e Bronzini, *Il rilievo della Carta di Nizza nella crisi del processo costituzionale europeo*, in *AAVV, Per un'Europa costituzionale*, Ediesse, Roma 2006, v. anche Mutarelli, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'UE*, in *WP Massimo D'Antona* int. n. 54\2007.

²⁸⁷ Fra gli altri F. Pocar, commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova 2001, p.1179 ss., e A. Barbera, *La Carta dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Diritto Unione Europea*, 2001, p.241 ss..

²⁸⁸ Si vedano A. Spadaro, *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è ma per molti non si vede*, in G. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza. Il costituzionalismo dei diritti*, Milano, 2001, S. Sciarra, *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001.

Oltre all'insolita collocazione, l'art. 6 fa riferimento anche alle spiegazioni della Carta²⁸⁹ quali parametri di riferimento per l'interpretazione delle disposizioni in essa contenute. Per loro stessa definizione le spiegazioni non hanno di per sé status di legge, ma rappresentano un prezioso strumento d'interpretazione, destinato a chiarire le disposizioni della Carta. È allora naturale chiedersi perché uno strumento interpretativo non vincolante sia esplicitamente richiamato dal Trattato; alcuni vi hanno letto una volontà politica di arginare la possibile espansione interpretativa dei diritti da parte della Corte, attraverso il richiamo esplicito alle fonti normative extraeuropee, puntualmente citate dalle spiegazioni, al fine di evitare pericolose prese di posizione da parte del tribunale²⁹⁰. Questo aspetto è stato sottolineato, proprio, in relazione ai diritti sociali. Essendo, infatti, la Cedu il maggiore referente della Carta e, non contenendo questa un catalogo di diritti sociali, attraverso il richiamo alle spiegazioni, sembra volersi assicurare un controllo da parte degli organi politici proprio nell'interpretazione di quei diritti che per loro natura più rischiano di entrare in conflitto con le libertà economiche da un lato, e di alterare il riparto di competenze dall'altro.

Infatti, più che per altri diritti, le spiegazioni individuano la portata dei diritti sociali in relazione agli atti normativi comunitari adottati nei loro confronti, costringendo la loro interpretazione negli angusti limiti tracciati dalle disposizioni di diritto derivato, al fine di scongiurare una lettura troppo ampia degli stessi²⁹¹. La funzione delle spiegazioni appare, tuttavia, non tanto improntata alla limitazione dell'interpretazione dei diritti quanto, piuttosto,

²⁸⁹ Le spiegazioni della Carta elaborate dal Praesidium dalla Convenzione del 2000 e riadattate per la nuova versione della Carta (2007), raccolgono e specificano le indicazioni dei criteri interpretativi stabiliti dalla Corte di giustizia fino ad allora. Il testo delle spiegazioni realizza continui riferimenti a testi extracomunitari (come la Cedu e la Carta sociale europea) per quello che riguarda la configurazione giurisprudenziale dei diritti fondamentali come principi generali del diritto comunitario. Esse insistono sul fatto che i precetti della Carta si ispirano a questi testi chiarendo che non creano nuovi apporti ma riproducano in ambito comunitario diritti già riconosciuti nel panorama europeo, definendoli come *minimum inderogabile*.

²⁹⁰ M. C. Baruffi, *I diritti fondamentali nel Trattato di riforma*, in *Sud in Europa*, febbraio 2008, p. 26 ss..

²⁹¹ Si vedano ad esempio le spiegazioni dell'articolo 28 (*Questo articolo figura nella carta sociale europea riveduta (articolo 21) e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (punti 17 e 18)*). Si applica alle condizioni previste dal diritto comunitario e dalle legislazioni nazionali. Il riferimento ai livelli appropriati riguarda i livelli previsti dal diritto comunitario o dalla legislazione e prassi nazionale, il che può includere il livello europeo qualora la normativa comunitaria lo preveda. L'acquis comunitario in questo campo è consistente: articoli 138 e 139 del trattato CE, direttive 98/59/CE (licenziamenti collettivi), 77/187/CEE (trasferimenti di imprese) e 94/45/CE (comitato aziendale europeo); o quelle dell'art. 34 (*Il principio enunciato nel paragrafo 1 di questo articolo si basa sugli articoli 137 e 140 del trattato CE nonché sull'articolo 12 della Carta sociale europea e sul punto 10 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori. Esso deve essere rispettato dall'Unione quando questa si avvale dei poteri ad essa conferiti dall'articolo 140 del trattato che istituisce la Comunità europea. Il riferimento ai servizi sociali riguarda i casi in cui siffatti servizi sono stati istituiti per garantire determinate prestazioni, ma non implica in alcun modo che essi debbano essere creati laddove non esistono. L'espressione "maternità" deve essere intesa come nell'articolo precedente. Il paragrafo 2 è basato sull'articolo 13, paragrafo 4 della Carta sociale europea nonché sul punto 2 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori e rispecchia le norme derivanti dal regolamento 1408/71 e dal regolamento 1612/68. Il paragrafo 3 è ispirato agli articoli 30 e 31 della Carta sociale riveduta nonché al punto 10 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori. Esso deve essere rispettato dall'Unione nel quadro delle politiche fondate sull'articolo 137, paragrafo 2 del trattato che istituisce la Comunità europea, in particolare sull'ultimo comma di detto articolo*).

a scongiurare una sua lettura al ribasso. La fissazione di uno standard di riferimento come la Cedu, operato dallo stesso art. 6 comma 3, serve, infatti, ad individuare il limite minimo di tutela dei diritti, posto che l'Unione ha facoltà di fissare standard di protezione più elevati.

Come già ricordato, non esiste storicamente un riconoscimento dei diritti sociali nell'ambito della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, per questo motivo l'inclusione di questi nel testo della Carta ha un valore anche simbolico notevole: essa è, infatti, il primo testo sovranazionale che riconosce pari dignità a questi diritti, rispetto ai classici diritti fondamentali, i quali letti in connessione con i principi dello sviluppo sostenibile e del modello sociale europeo contenuti nei Trattati, modellano un nuovo progetto di sviluppo dell'esperienza europea. Ma, proprio il ruolo centrale nella costruzione sociale ha attirato, sull'inclusione di questi diritti nel testo della Carta, le maggiori resistenze da parte degli Stati membri, timorosi di perdere ambiti di competenza, proprio in riferimento alle materie di politica sociale che, come si è detto, continuano a rimanere di competenza statale. Si tornerà più avanti sulla scelta di alcuni Stati membri di escludere l'efficacia vincolante della Carta nei loro confronti, basti qui ricordare che alcuni diritti sociali, specie quelli dei lavoratori, esigono l'esistenza di un sistema di tutele e garanzie particolarmente complesso e dispendioso, che grava interamente sul bilancio statale e spesso gioca come ago della bilancia nelle questioni di politica interna nazionale²⁹².

Sempre in un ottica di contenimento della possibile espansione di competenze dell'Unione, possono leggersi gli articoli 51 e 52²⁹³, che delimitano l'ambito di applicazione oggettivo e

²⁹² Solo per fare un esempio si pensi al recente caso Fiat, in Italia che ha mobilitato non solo sindacati e associazioni di categoria ma l'intera opinione pubblica (2010).

²⁹³ L'articolo 51 recita:

1. Le disposizioni della presente Carta si applicano alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà, come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze e nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione nei trattati.
2. La presente Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati.

L'articolo 52 recita:

1. Eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà. Nel rispetto del principio di proporzionalità, possono essere apportate limitazioni solo laddove siano necessarie e rispondano effettivamente a finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione o all'esigenza di proteggere i diritti e le libertà altrui.
2. I diritti riconosciuti dalla presente Carta per i quali i trattati prevedono disposizioni si esercitano alle condizioni e nei limiti dagli stessi definiti.
3. Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.
4. Laddove la presente Carta riconosca i diritti fondamentali quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tali diritti sono interpretati in armonia con dette tradizioni.
5. Le disposizioni della presente Carta che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi e

soggettivo della Carta.

Sotto il profilo soggettivo, la Carta specifica che essa si applica alle istituzioni comunitarie e agli Stati membri, quando applicano il diritto comunitario. Ciò significa che essa diviene standard e limite nell'adozione degli atti comunitari, nel senso che ogni atto comunitario di diritto primario o derivato, nonché gli atti traspositivi nazionali, deve rispettare i diritti in essa sanciti.

L'articolo 52, si apre con l'affermazione che i diritti fondamentali possono essere limitati solo da norme che mirino a tutelare gli interessi generali dell'Unione. I diritti della Carta vanno, quindi, interpretati alla luce delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, laddove essi risultino da tali tradizioni (par. 4). Questa norma riprende il testo del preambolo, dove si afferma il rispetto delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, così come ribadito dallo stesso art. 6 TUE. Pertanto, l'Unione è tenuta a rispettare il fatto che i diritti inclusi nella Carta, ricevano una tutela più elevata negli ordinamenti nazionali rispetto allo standard fissato a livello comunitario, operando il principio dell'applicazione della "norma più favorevole". Il limite a queste disposizioni, consiste nel fatto che né la Carta né il Trattato, obblighino la Corte di Giustizia ad applicare sempre lo standard più alto. Ancora una volta, la Carta afferma il rispetto della Cedu, in tal senso si esprime l'art. 53: "nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione, la Comunità o tutti gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, e dalle Costituzioni degli Stati membri". La qual cosa può ottenersi con il divieto di interpretare le disposizioni della Carta come lesive di quei livelli minimi di tutela disposti dalle Convenzioni internazionali, che i singoli Stati riconoscono all'interno del loro ordinamento. Tale clausola, cerca di evitare un eventuale disarmonia tra ordinamenti nazionali e il diritto dell'Unione, ponendo come livello minimo di protezione, proprio, quello disposto dalle Costituzioni nazionali e dalle fonti internazionali, nel tentativo di evitare possibili insorgenze delle Corti costituzionali, così come avvenne negli anni Settanta²⁹⁴. Significativo è poi il par. 5 dell'art. 52, nel quale si sottolinea che le disposizioni della Carta possono essere invocate dinanzi a un giudice, solo

esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione, nell'esercizio delle loro rispettive competenze. Esse possono essere invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti.

6. Si tiene pienamente conto delle legislazioni e prassi nazionali, come specificato nella presente Carta.

7. I giudici dell'Unione e degli Stati membri tengono nel debito conto le spiegazioni elaborate al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione della presente Carta.

²⁹⁴ B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovè)*, in Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" Int. n. 81/2010.

per il controllo di interpretazione e di legittimità degli atti adottati dall'Unione o dagli Stati membri nell'attuazione del diritto dell'Unione. Il discorso sull'efficacia verticale ed orizzontale della Carta, viene risolto nel senso che essa non garantisce l'immediata invocabilità dei diritti in essa sanciti da parte dei cittadini. A differenza dell'art. 2 della nostra Costituzione, che sancisce l'immediata tutela del cittadino dalla lesione dei suoi diritti, la Carta è invocabile solo in via mediata, laddove i diritti fondamentali del singolo siano violati nell'applicazione del diritto dell'Unione.

Vi è poi un'ulteriore distinzione, al par. 5, tra diritti e principi, i primi direttamente invocabili, i secondi che invece non danno la possibilità di esperire azioni positive, direttamente azionabili dai cittadini nei confronti delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri, in quanto ad essi viene data applicazione solo nell'ambito di atti legislativi o esecutivi e, pertanto, possono essere vagliati solo attraverso il controllo del giudice degli atti stessi²⁹⁵.

L'articolo 52 delimita, dunque, l'ambito oggettivo di applicazione della Carta, sancendo da un lato, l'esclusiva competenza della Corte di Giustizia e dall'altro, escludendo che i diritti in essa contenuti possano essere immediatamente invocabili, al di fuori dell'ambito di applicazione delle norme di diritto comunitario. La Carta non è, in questo senso, uno strumento di regolazione *tout court* dei diritti fondamentali, essa, infatti, opera esclusivamente con rispetto agli atti comunitari e a quelli nazionali che di essi fanno applicazione, escludendo pertanto, che i diritti in essa contenuti possano essere invocati dai cittadini nei confronti di norme meramente nazionali. Più complesso è, invece, definire l'ambito nel quale i cittadini possano invocare questi stessi diritti, nei confronti delle istituzioni, stante il disposto dell'art. 6 TUE, infatti, una lesione dei diritti fondamentali da parte degli organi comunitari potrebbe essere sindacata anche in relazione ad atti che non abbiano per oggetto la regolamentazione di diritti fondamentali ma che con essi possa confliggere. La norma di collegamento posta dall'art. 52.2, dovrebbe scongiurare l'eventualità di un allargamento incondizionato dell'interpretazione data ai diritti fondamentali, stante il richiamo alle norme e condizioni poste dai trattati²⁹⁶.

Un'altra suddivisione tra principi e diritti operata dalla Carta. Tale suddivisione appare particolarmente significativa, proprio con riguardo ai diritti sociali. Essa mira a distinguere tra tra diritti pienamente vincolanti e diritti che più assomigliano ad obiettivi aspirazionali, a cui l'Unione accorda riconoscimento, ma che non rientrano nella sua competenza e pertanto più

²⁹⁵ Tra i molti che hanno scritto sul tema della efficacia differente tra principi e diritti si segnalano: D.Castiglione, *From the Charter to the Constitution of Europe? Notes on the constitutionalisation process in the EU*, Queen's papers on Europeanisation, No 5/2002 J.Habermas, 'Why Europe Needs a Constitution', in *New Left Review*, 2, 5-26, 2001

²⁹⁶ M. Catarbia, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona: verso nuovi equilibri?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, pp. 221-225.

che implementati, vanno rispettati.

Anche se non tutti i diritti sociali considerati dalla Carta sono espressi in forma di principi, certo è che la maggior parte di essi sì, con la particolarità che molti principi/diritti sociali si ritrovano al di fuori del titolo solidarietà. Per capire il perché di questa scelta, è necessario analizzare le singole disposizioni: in generale si può, tuttavia, affermare che molti dei diritti sociali raccolti nella Carta non ricadono nell'ambito di competenze dell'Unione, pertanto sarebbe impossibile dotare di forza vincolante, diritti che non possono essere implementati dall'*aquis communautaire*²⁹⁷. In particolar modo, esistono una serie di principi/diritti la cui tutela è demandata direttamente agli Stati membri e il cui riconoscimento appare mediato in ambito comunitario, dall'obbligo di rispettare i principi comuni derivanti dalle Costituzioni degli Stati membri. In questo senso, possono interpretarsi gli articoli 34 (sicurezza sociale e assistenza sociale), 35 (salute) e 36 (servizi di interesse economico generale) della Carta, i quali fanno riferimento a diritti che per loro natura possono essere garantiti esclusivamente (stante l'attuale riparto di competenze) a livello nazionale. In queste materie, l'Unione non ha,

²⁹⁷ Cfr. Sciarabba, *Rapporti tra Corti e rapporti tra Carte cit.*, e ID., *Tra Fonti e Corti*, cit.

In estrema e selettiva sintesi, si vuole ricordare quanto segue. Anzitutto, può notarsi come la tesi per cui la disposizione dell'art. 52.2 abbia tra i suoi scopi principali quello di ridurre le potenzialità operative della Carta in materia sociale sembri, per certi versi, trovare riscontro nella "spiegazione" relativa a tale articolo, in primo luogo laddove (discutibilmente) si sostiene che la norma sarebbe in linea «con l'approccio ai "principi" negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, *specialmente nella normativa sociale*»; e, in secondo luogo, laddove si introducono ulteriori elementi di ambiguità richiamando, quali esempi di *principi* contenuti nella Carta – oltre che l'art. 37 («Tutela dell'ambiente») – gli artt. 25 e 26, i quali prevedono rispettivamente il «diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale» e il «diritto dei disabili di beneficiare di misure intese a garantirne l'autonomia, l'inserimento sociale e professionale e la partecipazione alla vita della comunità». Evidente, da una parte, la contraddizione terminologica; d'altra parte, poi, si può notare come si tratti di disposizioni dalle quali la nostra e altre giurisprudenze (costituzionali e non) saprebbero ben trarre contenuti precettivi tali da permetterne, in molte situazioni fattuali e normative, una immediata invocabilità in sede giudiziaria.

Sotto altro profilo, possono richiamarsi a proposito dell'art. 52, par. 5, alcune parole del "mandato di Colonia" (cioè dell'atto del Consiglio europeo del 3-4 giugno 1999 che sta alla base della redazione della Carta), secondo cui si sarebbero dovuti prendere in considerazione i «diritti economici e sociali quali sono enunciati nella Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 136 TCE), *nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione*». Il motivo per il quale tali parole paiono interessanti risiede nella possibilità di trarne – alla luce dell'ulteriore e già ricordata circostanza per cui lo stesso Consiglio europeo, una volta che la Convenzione ha prodotto il suo testo, ha approvato tale testo senza obiezioni – una sorta di regola interpretativa secondo la quale, almeno "fino a prova contraria", quelli contenuti nella Carta *non* sarebbero diritti «unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione», bensì, in ogni caso, "qualcosa di più". In effetti, se la disposizione dell'art. 52, par. 5, è chiara (ancorché, a ben vedere, meno di quanto potrebbe inizialmente apparire) nella sua seconda parte, essa contiene comunque un elemento di incertezza (che, come abbiamo visto, le «spiegazioni» non risolvono ma anzi accentuano) nella prima, su un punto assolutamente decisivo: *quali* sono le «disposizioni della presente Carta che contengono dei principi»? E, prima ancora, e in generale: quali sono i *criteri* per *definire* e *individuare* questi «principi»? Se si accetta, come sembra ragionevole, la possibilità di stabilire un certo collegamento tra i «principi» cui la disposizione allude e le parole del mandato di Colonia relative ai diritti sociali – nel senso cioè che "principi" siano proprio (forse non solo, ma soprattutto) quelle norme, o quegli "pseudo-diritti", che si pongono «unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione» – si potrebbe allora arrivare a sostenere, chiudendo il cerchio, che, appunto *fino a prova contraria*, come si diceva, quelli contenuti nella Carta *non* sono *principi*: si tratterebbe, come intuibile, di un canone ermeneutico piuttosto rigoroso e forse in grado di ridimensionare "a monte" i possibili effetti dannosi di una disposizione dagli intenti (e dai contenuti) quanto mai discutibili.

infatti, competenze e pertanto è esclusa una sua azione di armonizzazione, rilevando solo quella di coordinamento; pertanto, i diritti/principi coinvolti devono essere rispettati dall'Unione ma, la loro implementazione e disciplina materiale, è lasciata all'autonomia degli Stati nazionali, stante il dettato dell'art. 156 TFUE, che esclude dall'armonizzazione, materie quali la protezione e l'inclusione sociale.

La competenza concorrente sancita dall'art. 153, rispetto alle materie sociali, in particolar modo in riferimento all'occupazione e il principio di parità, fa sì che i diritti ad esse connesse vengano enunciati dalla Carta come veri e propri diritti e non principi, in questi ambiti, infatti, l'Unione non solo rispetta i diritti nazionali ma, opera in funzione di coordinamento, sostenendo e completando l'azione degli Stati, attraverso l'emanazione di atti normativi, i quali devono rispettare i diritti contenuti negli articoli 27- 33, 37 e 38²⁹⁸, la cui tutela è demandata al vaglio da parte della Corte di Giustizia. Tuttavia, tale tutela non sempre si rivela congrua, se i livelli di protezione di diritti sociali che potremmo definire classici, come la tutela contro il licenziamento ingiustificato o il diritto di informazione dei lavoratori, sono ormai definiti e sistematicamente imposti dalla Corte²⁹⁹, altri diritti, in specie quelli collettivi, stentano a trovare un quadro di tutele congruenti e definite³⁰⁰.

7.2 Gli altri diritti sociali riconosciuti dalla Carta

Come si è già ricordato, i diritti sociali inclusi nella Carta non si trovano solo al capo Solidarietà anzi, alcuni tra i più significativi sono collocati tra i titoli Libertà e Uguaglianza. La distinzione tra diritti e principi, opera anche rispetto a questi. In particolare, possono considerarsi come principi i diritti enunciati agli articoli 24, 25 e 26³⁰¹, i quali non solo non si riferiscono a specifici ambiti di azione dell'Unione, ma coinvolgono strettamente gli ordinamenti nazionali e, più in generale, la società largamente intesa, affinché possano

²⁹⁸ Si tratta dei classici diritti dei lavoratori: informazione e consultazione; associazione e negoziazione collettiva; collocamento; tutela contro il licenziamento ingiustificato; condizioni di lavoro eque; divieto del lavoro minorile; tutela della vita privata; nonché il diritto ad un ambiente sano e la protezione dei consumatori.

²⁹⁹ Tra le altre Corti di Giustizia sentenze *Kampelmann e altri* C-253/1996 e C-256/1996, *Lange, causa* C-350/1999, *Commissione c. Portogallo, causa* C-55/2002, *Agorastoudis e altri causa* C-187/2005 a C-190/2005, *Commissione c. Regno Unito*, asunto C-383/1992.

³⁰⁰ Per questi argomenti si veda infra par. 4.2. Si vuol qui solo accennare ad un alto aspetto problematico legato a tali diritti. Se è vero che da un lato l'art. 153.5 esclude il diritto di sciopero tra le competenze comunitarie dall'altro, bisogna tener conto del disposto dell'art. 52.4 della Carta laddove dispone che i diritti vanno interpretati in armonia con le tradizioni costituzionali. Se è pur vero che in materia di sciopero le normative nazionali sono molto differenti, è certo che in Europa esso è generalmente riconosciuto come un diritto fondamentale dei lavoratori. Ci si chiede allora se sulla scorta di questa disposizione non si possa giungere ad una nuova stagione dei controlimiti, laddove una corte costituzionale dovesse sancire che normative come quelle di specie così come interpretate dalla Corte di Giustizia siano lesive dei propri principi costituzionali.

³⁰¹ Diritti dei minori, degli anziani e dei disabili.

esplicarsi in condotte inclusive.

Sono invece riconosciuti come diritti effettivi, direttamente valutabili dalla Corte di Giustizia, quelli contenuti negli articoli 12-15³⁰², i quali sono da un lato, strettamente connessi alla sfera personale dell'individuo e alla sua autodeterminazione e dall'altro, trovano nel mercato interno e, soprattutto, nelle libertà di circolazione, i limiti e l'ambito della loro tutela. Si pensi, solo per fare un esempio, al diritto alla libertà professionale che implica la possibilità, riconosciuta e tutelata, di muoversi sul territorio dell'Unione per ricercare un lavoro. Questi diritti, che per la loro formulazione appaiono strettamente connessi al progetto europeo, anche in chiave economica, ricevono, dunque, una tutela rafforzata proprio perchè, pur essendo diritti sociali, incidono sull'ambito delle relazioni economiche comunitarie e pertanto, trovano una loro collocazione nell'ambito delle libertà di circolazione e nella normativa sul mercato interno, allo stesso modo dei diritti dei lavoratori.

Nella stessa ottica, è possibile leggere anche il disposto dell'articolo 21 sulla non discriminazione. Il principio di non discriminazione è, come visto, uno dei cardini della costruzione comunitaria, sia sul piano economico che su quello sociale, ed è inoltre l'unico diritto sociale contenuto nella Carta che si ritrova anche nella Cedu. Se è vero che l'art. 157 TFUE riconduce il principio di non discriminazione nell'ambito delle relazioni lavorali, esso è stato applicato dalla giurisprudenza a svariate casistiche (nazionalità, età, religione, sesso ecc..) e in tale chiave è ripreso dalla Carta. È quindi fuor di dubbio che tale diritto sia da considerarsi come immediatamente precettivo e suscettibile di essere applicato ad ogni caso di discriminazione, si potrebbe aggiungere, diretta o indiretta, anche fuori dagli ambiti esplicitamente menzionati in esso, ed oltre a quanto disposto dall'art. 19 TFUE³⁰³.

Tuttavia, deve ribadirsi che la costruzione della tutela dei diritti sociali operata dalla Carta non può certo dirsi esaustiva, la distinzione tra diritti e principi, sottolinea ancora una volta, la carenza di competenze comunitarie in materia e la conseguente impossibilità di fissare standard minimi di protezione vincolanti, sia per le istituzioni che per gli Stati membri. Tuttavia, la scelta di includere anche questi diritti nel catalogo comunitario può essere interpretata come la volontà dell'Unione di andare nella direzione della costruzione di un vero modello sociale europeo, così come auspicato dal Trattato di Lisbona.

Certamente, sarà solo la pratica della Corte di giustizia che potrà riempire di contenuto tali diritti, ed è proprio in ciò che consiste la loro forza e la loro debolezza.

³⁰² La libertà di associazione; la libertà delle arti e delle scienze; l'istruzione e la libertà professionale.

³⁰³ 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.

7.3 I diritti sociali collettivi

L' art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE riconosce il diritto alla negoziazione e alla contrattazione collettiva in base alle regole nazionali, nonché il diritto di sciopero per la difesa degli interessi dei lavoratori. Tale riconoscimento, segna una novità nel panorama giuridico europeo. I Trattati costitutivi non riconoscono tali diritti, a norma dell'art. 153.5, infatti, la retribuzione, il diritto di associazione e il diritto di sciopero e serrata, non rientrano nelle materie in cui l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati per il raggiungimento degli scopi prefissati dall'art. 151.

Tale esclusione, rilevando da un punto di vista meramente transnazionale non incide sulla protezione di questi diritti a livello nazionale, infatti, nell'ambito delle relazioni di lavoro prettamente nazionali, la competenza statale rimane integra e pertanto, l'azione dei sindacati e la contrattazione collettiva continuano ad atteggiarsi in base alle regole previste dai singoli ordinamenti. Il problema della tutela degli interessi collettivi a livello sovranazionale si pone, nel momento in cui, stante le libertà di circolazione, ci si trova in situazioni di distacco dei lavoratori. Posto il principio secondo il quale, ai lavoratori distaccati si applica la legge del paese di origine, sorge il problema del fenomeno del cosiddetto *dumping sociale*³⁰⁴ laddove, una normativa nazionale meno protezionista rischia di far preferire ai datori di lavoro, l'impiego di personale proveniente da paesi nei quali il costo della mano d'opera sia inferiore, rispetto a lavoratori nazionali cui la normativa interna assicura una serie di diritti che finiscono con l'incidere, notevolmente, sul costo della retribuzione (o faccia preferire all'impresa la scelta di spostare l'attività in un paese dove il costo della manodopera è inferiore). In tali situazioni, dove il rischio è quello di perdita di posti di lavoro di lavoratori nazionali, a fronte dell'impiego di manodopera straniera a basso costo, sia nel senso di impiegare lavoratori distaccati, sia nel senso di spostare la produzione in un altro Stato membro, la tutela dei diritti dei lavoratori è, in Europa, generalmente affidata all'opera dei sindacati, che attraverso l'impiego di strumenti collettivi quali lo sciopero, divengono il terzo polo di contrattazione tra impresa e Stato. La difesa degli interessi collettivi dei lavoratori di tipo negoziale, è, infatti, assegnata ai sindacati, i quali hanno un ruolo attivo di mediatore tra gli interessi dell'impresa e quelli dei lavoratori. In questo quadro, si inserisce anche la tutela dei lavoratori, a fronte delle regole poste dalla libera circolazione e dal distacco dei lavoratori in sede di Unione. Il diritto comunitario, anche in questo ambito, si basa su due principi fondamentali: la parità di

³⁰⁴ Si indica con *dumping sociale* il risparmio di costi che hanno le imprese del Paese A quando la legislazione nazionale non impone loro, nella gestione del fattore lavoro, tutte quelle garanzie e limitazioni che ne aumentano il costo. Questi minori costi aumentano la competitività delle imprese del Paese A, che potranno vendere i propri prodotti a prezzi più convenienti rispetto alle imprese del Paese B, dove invece sono in vigore delle normative sul lavoro molto più severe e garanti della dignità del lavoratore.

trattamento e la libera circolazione, per cui ne deriva che il paese ospitante non può imporre alle imprese straniere, ostacoli all'esercizio della libertà d'impresa, sia in misura di un aggravio del costo del lavoro, sia imponendo condizioni di lavoro più favorevoli, rispetto a quelle del paese di origine. Tale interpretazione è stata consolidata dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, a partire dalla sentenza *Säger*³⁰⁵, ha applicato l'art. 56 come norma che, non solo, vieta i trattamenti discriminatori nei confronti dei prestatori di servizi stranieri ma che, sanziona, anche, qualsiasi misura capace di ostacolare o impedire ad essi l'accesso al mercato nazionale.

La normativa comunitaria ha trovato una sua definizione con la direttiva 96/71, che ha come scopo quello di chiarire le regole del mercato interno dei servizi, favorendo un clima di leale concorrenza e misure che garantiscano il rispetto dei diritti dei lavoratori. La direttiva, elenca le materie relativamente alle quali, le imprese di servizi stranieri devono rispettare gli standard minimi previsti dalla normativa dello Stato ospitante. L'elenco rispecchia le competenze comunitarie in materia di politica sociale, con l'esclusione delle tariffe minime salariali. In materia di edilizia è previsto esplicitamente che l'impresa straniera debba rispettare, anche, le norme imposte dai contratti collettivi di applicazione generale. La ratio della direttiva è, quindi, quella di elencare un nocciolo duro³⁰⁶ di diritti che gli Stati ospitanti sono tenuti ad applicare ai lavoratori distaccati, lasciando il resto alla legislazione del paese d'origine dell'impresa. Per arginare l'effetto di espansione del diritto nazionale del lavoro, in materia di lavoratori distaccati, la direttiva impone che gli Stati membri possano imporre alle imprese straniere la propria normativa nazionale solo per motivi di ordine pubblico³⁰⁷.

³⁰⁵ Sentenza del 18 novembre 2010 *Commissione europea contro Repubblica portoghese*, Causa C-458/08, in Racc. [2010] pagina 00000

³⁰⁶ L' articolo 3 dispone che gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'articolo 1, paragrafo 1 garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è fornita la prestazione di lavoro, sono fissate:

- da disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o
- da contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato:
 - a) periodi massimi di lavoro e periodi minimi di riposo;
 - b) durata minima delle ferie annuali retribuite;
 - c) tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario; il presente punto non si applica ai regimi pensionistici integrativi di categoria;
 - d) condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, in particolare la cessione temporanea di lavoratori da parte di imprese di lavoro temporaneo;
 - e) sicurezza, salute e igiene sul lavoro;
 - f) provvedimenti di tutela riguardo alle condizioni di lavoro e di occupazione di gestanti o puerpere, bambini e giovani;
 - g) parità di trattamento fra uomo e donna nonché altre disposizioni in materia di non discriminazione.

Ai fini della presente direttiva, la nozione di tariffa minima salariale di cui al primo comma, lettera c) è definita dalla legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro nel cui territorio il lavoratore è distaccato.

³⁰⁷ Secondo l'art. 3.10. La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazionali ed a quelle di altri Stati, in pari misura condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti

L'interpretazione data dalla Corte di Giustizia alla nozione di ordine pubblico è stata molto restrittiva³⁰⁸, infatti “nel contesto comunitario e, in particolare, in quanto giustificazione di una deroga al principio fondamentale della libera prestazione dei servizi, tale nozione deve essere intesa in senso restrittivo, di guisa che la sua portata non può essere determinata unilateralmente da ciascuno Stato membro senza il controllo delle istituzioni della Comunità europea³⁰⁹. Ne deriva che, l'ordine pubblico può essere invocato solamente in caso di minaccia effettiva e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della collettività³¹⁰. In quest'ottica, sembra che la direttiva ponga, piuttosto, uno standard massimo di tutela applicabile dallo Stato ospitante ai lavoratori distaccati, posto che la Corte esclude la possibilità di far rispettare la normativa nazionale anche negli ambiti oggetto di altre direttive europee (quali le prescrizioni sugli obblighi di informazione e la disciplina del lavoro a tempo parziale e determinato), in quanto lo Stato di origine, recependo le direttive, soddisfa già le esigenze di tutela dei lavoratori³¹¹. In pratica, la Corte esclude che i tradizionali canali di contrattazione nazionale, possano incidere sulle scelte effettuate dall'impresa straniera, nel senso di obbligarla ad applicare ai propri lavoratori distaccati le norme nazionali in materia di retribuzione, in quanto imporre un obbligo del genere ostacolerebbe, di fatto, la libertà di prestare servizi a costi inferiori per l'impresa straniera.

Il ragionamento della Corte si articola in due momenti: il primo, relativo all'inserimento del diritto di azione collettiva tra i diritti fondamentali riconosciuti a livello comunitario (art.28 Carta di Nizza), che deve essere esercitato compatibilmente con le libertà economiche di circolazione *ex artt. 43 e 49 TCE* (cd. giudizio di bilanciamento); il secondo, inerente l'applicazione del test di proporzionalità, quale filo conduttore del giudizio di bilanciamento. Per quanto concerne il primo profilo, nella sentenza *Viking*, viene enunciato il principio in base al quale *"il diritto di intraprendere un'azione collettiva che ha come scopo la tutela dei lavoratori costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato e che la tutela dei lavoratori rientra tra le ragioni imperative di interesse generale già riconosciute dalla Corte"*. Analogamente, nella sentenza *Laval*, si afferma che *"il diritto di intraprendere un'azione collettiva, che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di dumping sociale, può costituire una ragione imperativa di*

materie diverse da quelle contemplate al paragrafo 1, primo comma del presente articolo laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico.

³⁰⁸ Sentenza del 19 giugno 2008, *Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo*, Causa C-319/06 in Racc. [2008] pagina I-04323.

³⁰⁹ Si veda in tal senso, sentenza 14 ottobre 2004, causa C-36/02, *Omega*, Racc.pag.I-9609, punto 30.

³¹⁰ Si veda anche sentenza 14 marzo 2000, causa C-54/99, *Église de scientologie*, Racc. pag.I-1335, punto 17.

³¹¹ Ancora sentenza *Commissione delle Comunità europee contro Granducato del Lussemburgo*, punti 41 e 60.

interesse generale, ai sensi della giurisprudenza della Corte, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato". Come si nota, la prospettiva comunitaria – diversamente da quella italiana, ad esempio – non riconosce la priorità dei diritti sociali sulle ragioni del libero mercato, anzi, ne subordina l'esercizio al rispetto di un duplice limite: la sussistenza di ragioni imperative di interesse generale, come la tutela dei diritti dei lavoratori, da un lato; l'applicazione del giudizio di bilanciamento tra i diritti e le libertà in argomento, dall'altro.

Relativamente al secondo profilo, la Corte di Giustizia, per la prima volta, afferma espressamente che *"poiché la Comunità non ha soltanto una finalità economica, ma anche una finalità sociale, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano, in particolare, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione adeguata e il dialogo sociale"*. In applicazione di questo principio, secondo la sentenza *Laval*, uno sciopero finalizzato ad ottenere la stipula di un contratto collettivo è in grado di giustificare una compressione delle libertà economiche del Trattato, *"idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito"* senza andare *"al di là di ciò che è necessario per perseguirlo"*; tuttavia, una restrizione alla libertà di stabilimento può essere ammessa *"soltanto qualora persegua un obiettivo legittimo compatibile con il trattato, che sia giustificata da ragioni imperative di interesse generale. E' tuttavia anche necessario, in tali casi, che essa sia idonea a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e che non vada al di là, di ciò che è necessario per conseguirlo"*, principio affermato nella sentenza *Viking*³¹².

Questa interpretazione, come noto, ha suscitato forti critiche da parte di dottrina e commentatori³¹³. Le notissime sentenze *Viking* e *Laval* hanno, infatti, evidenziato un

³¹² Corte giust. 11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking*, in Racc., p. I-10779, paragrafi. 81, 82 e 89 e S. Migliorini, *Delocalizzazioni di imprese e azioni sindacali secondo la sentenza Viking*, in Riv. dir. int., 2008, p. 776); 18 dicembre 2007, *Laval un Partneri*, cit., cpv. 100 ss.

³¹³ Tra i numerosissimi commenti si segnalano B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*; A. Alaïmo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto «aperto» e «multilivello»*; L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*; E. Ales, *Sicurezza sociale e assistenza sociale (art. 34 e 38)*; V. Pasquarella, M. Ricci, *La tutela della salute dei lavoratori tra dimensione nazionale ed europea*; G. Orlandini, *Viking, Laval e Ruffert: I riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*, in A. Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci, Bari, 2009. R. Palladino, *L'"autonomia" del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, in Studi sull'integrazione europea, 1, 2010, p. 149 ss. P. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado . . . But About What?*, in Ind. Law. Journ., 37, 3, 2008, p. 219 ss.; U. Carabelli, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, Bari, 2009; M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in Lav. Dir., 2, 2008, p. 271 ss. 16 Si rinvia al saggio di E. Saccà, *Nuovi scenari nazionali del caso Laval. L'ordinamento svedese tra responsabilità per*

atteggiamento ancora “mercantilistico” della Corte, la quale sottopone i diritti collettivi di sciopero e negoziazione collettiva, ad uno stretto test proporzionale nei confronti delle libertà economiche. In particolar modo, la Corte, interpretando restrittivamente la nozione di ordine pubblico, condanna il diritto di sciopero ad una posizione di inferiorità rispetto alla libera circolazione dei servizi. Essa interpreta il disposto dell'art. 3.7 della direttiva, nel senso che la possibilità di applicare condizioni di lavoro più favorevoli ai lavoratori, vada interpretato come riferito esclusivamente alla normativa dello Stato di origine. Nel concreto, il giudice afferma che, l'art. 56 impone di valutare la legittimità degli obblighi posti allo Stato ospitante, alla luce del tipo di protezione offerta dallo Stato di origine, e quando questa risulti sostanzialmente simile a quella spettante ai lavoratori dello Stato ospitante, priva quest'ultimo della possibilità di giustificare un'imposizione di un ostacolo alla circolazione del servizio³¹⁴. In particolar modo, in riferimento alla retribuzione minima da applicarsi ai lavoratori distaccati, si deve tener conto della tutela complessiva di cui essi godono nel paese d'origine, considerando non solo la retribuzione ivi applicata ma anche il regime fiscale e previdenziale³¹⁵.

Il problema dell'incidenza dei diritti collettivi dei lavoratori nell'ambito del diritto comunitario, si pone anche sotto il diverso profilo, del peso da attribuire alla contrattazione collettiva nazionale. Negli Stati membri esse riveste un ruolo fondamentale nella dinamica di contrattazione tra impresa e lavoratori, ed è riconosciuta tendenzialmente, seppur in maniera differente, come fonte autonoma di regolazione, direttamente applicabile e tendenzialmente efficace *erga omnes*, per i lavoratori dell'ambito interessato. Il problema dell'applicazione della contrattazione collettiva alle imprese straniere riveste, allora, una centralità particolare, infatti, la natura non statale di questa fonte normativa, pone il quesito se questa possa essere validamente considerata come norma cogente e quindi di valore statale, suscettibile di essere valutata alla stregua delle norme nazionali di protezione minima dei lavoratori, rientranti nella nozione di ordine pubblico ai sensi dell'art. 3 della Direttiva.

La censura della Corte è caduta su questa interpretazione, nella sentenza *Laval* essa ha, difatti, affermato che una contrattazione caso per caso, come quella collettiva, non può essere applicata alle imprese straniere, le quali hanno il diritto di conoscere anticipatamente e con

danno "da sciopero" e innovazioni legislative (indotte), WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 86/2010 e ivi gli ampi richiami alla letteratura svedese sul caso; B. Caruso, *Diritti sociali e libertà economiche sono compatibili nello spazio giuridico europeo?*, in A. Andreoni e B. Veneziani (a cura di), *Libertà economiche....*, cit. Per la configurazione dei diritti collettivi oggi nella giurisprudenza della corte di Strasburgo dopo la sentenza *Demir* cfr. G. Raimondi, *Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali: l'esperienza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in www.europeanrights.eu.

³¹⁴ Si vedano in questo senso le sentenze C-272/94 *Guoiti*, punto 17 e C-369/376/96, *Arblade*, punto 80.

³¹⁵ In questo senso la giurisprudenza della Corte appare consolidata, si vedano le sentenze C-165/98 *Mazzoleni*, punto 35, C-164/99 *Portugaia*, punti 23 e 24, e C- 341/02 *Commissione c. Germania*.

sufficiente precisione gli obblighi cui doversi conformare³¹⁶, conseguendone che l'individuazione degli obblighi debba discendere dalla legge di applicazione della direttiva e non dalla contrattazione collettiva. Pertanto, l'azione sindacale volta alla stipula di un contratto collettivo, che stabilisca un surplus di protezione rispetto al nucleo di norme imperative di protezione minima disposto dalla direttiva, non può essere considerata legittima. In questo senso, dunque, il contratto collettivo non può essere considerato come un legittimo strumento di regolazione dei rapporti di lavoro dei lavoratori distaccati, ove siano i sindacati dello Stato ospitante a pretenderne il rispetto e non la legge dello stesso, attraverso i meccanismi indicati dall'art. 3.8 della direttiva. Ecco allora che il diritto di sciopero, seppur riconosciuto come uno dei principi generali del diritto comunitario, deve essere assoggettato alle esigenze di tutela dei diritti riconosciuti dai Trattati e conforme al principio di proporzionalità³¹⁷. L'interpretazione della Corte sembra, quindi, escludere la possibilità di applicare la contrattazione collettiva che non sia recepita dalla normativa nazionale (quindi quella settoriale o regionale), alle imprese straniere come fonte di implementazione della direttiva, stante la sua carenza di efficacia *erga omnes* sul territorio nazionale. Uno degli esiti più paradossali di tale interpretazione, oltre la sottoposizione del diritto di sciopero al test di proporzionalità nei confronti della libera prestazione di servizi, è quella di negare efficacia a pratiche di contrattazione, che a livello nazionale rivestono una valenza semi-normativa, creando in questo modo un doppio binario di diritti collettivi. Da un lato, il diritto comunitario riconosce i diritti collettivi nazionali ma dall'altro, esclude la loro capacità espansiva nei confronti della realtà europea. Nella sostanza, si assiste al riconoscimento della legittimità delle azioni collettive, compreso lo sciopero sul piano comunitario, ma, proprio tale riconoscimento, fa sì che esse possano subire un bilanciamento rispetto alla tutela delle libertà economiche di libera circolazione dei servizi e di stabilimento. Pertanto, perché esse possano essere giustificate nel rispetto della normativa comunitaria dovranno superare il test di proporzionalità, risultando essere applicate in maniera non discriminatoria; perseguire un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato; difendere ragioni di interesse generale, tra cui la tutela e protezione dei lavoratori; essere adeguate all'obiettivo che perseguono ed infine necessarie, nel senso che non esista un altro rimedio alternativo meno restrittivo e la limitazione delle libertà fondamentali non vada oltre il necessario per raggiungere il suo obiettivo.

Le sentenze fino ad ora commentate sono state emanate subito prima e dopo l'entrata in vigore del trattato di Lisbona. La Corte in esse già riconosce, al diritto di sciopero, oggi sancito

³¹⁶ Si veda la sentenza *Laval* C-346/06 ai punti 71 e 110.

³¹⁷ Il principio affermato nella sentenza *Laval* ai punti 90-94 è riaffermato dalla Corte anche nella sentenza *Viking* C-438/05 relativa al diritto di stabilimento ex art. 49 TFUE.

dall'art. 28 della Carta, il rango di principio generale dell'ordinamento comunitario. Tuttavia, anche l'art. 28 prevede che le azioni collettive debbano essere esperite in conformità con il diritto comunitario e la sua legislazione e con le pratiche nazionali, e ciò ha permesso alla Corte di ribadire che il diritto comunitario delle competenze, rispetta l'esercizio dei diritti sindacali come legittimo strumento di difesa degli interessi dei lavoratori, mentre il diritto comunitario del mercato, attua come limite dell'esercizio di diritti sindacali così come riconosciuti dai diritti nazionali³¹⁸. Vi è, dunque, da chiedersi se a fronte della vincolatività riconosciuta alla Carta, i riferimenti al modello sociale europeo contenuti nel Trattato possano davvero spostare l'ago della bilancia verso una più marcata tutela dei diritti sociali fondamentali da parte della Corte di giustizia, o se un ruolo più attivo della contrattazione collettiva a livello europeo sarebbe invece capace di superare tale *impasse*.

Come considerazione finale, si vuol qui sottolineare che la Carta non crea nuove vie di ricorso davanti alla Corte, né amplia il novero delle competenze comunitarie, pertanto, i mezzi per far valere una possibile lesione dei diritti sociali collettivi da parte dei sindacati, rimane legata alla possibilità di esperire un ricorso di annullamento o il rinvio pregiudiziale di validità, per quanto riguarda gli atti dell'Unione, mentre sotto il profilo degli atti nazionali, il ricorso per infrazione o il rinvio pregiudiziale di interpretazione, fermo restando il problema della legittimazione delle parti sindacali ad esperire il ricorso. Inoltre, anche nell'ipotesi di futura adesione dell'Unione alla Cedu vi è da considerare che quest'ultima non riconosce direttamente il diritto di sciopero, ricavandolo dall'interpretazione di quello di associazione (art. 11.1), pertanto anche il coordinamento tra la giurisprudenza delle due Corti potrebbe non risolversi a favore dei diritti collettivi³¹⁹.

In questo clima di incertezza e nell'attesa che la Corte di Giustizia modifichi la propria linea interpretativa, soprattutto dopo la recente condanna della Germania³²⁰, i sindacati europei hanno rivendicato il ruolo dei diritti sindacali transnazionali, compreso lo sciopero, proprio sulla base della Carta, chiedendo, attraverso una lettera indirizzata al Presidente del Consiglio, in occasione del Consiglio del 16 e 17 dicembre 2010, una revisione del trattato di Lisbona per l'inclusione di un *Social Progress Protocol*³²¹, il cui art. 3 preveda che le norme del Trattato, in particolare quelle sulle libertà economiche, non possano prevalere su i diritti sociali fondamentali³²².

³¹⁸ L. Zapirain, J.P. M. Marcos M., *Una nueva encrucijada para el derecho del trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario*, Relaciones laborales, 2008/11 p. 21.

³¹⁹ Si rimanda alla analisi condotta nel III capitolo del presente lavoro.

³²⁰ Corte di Giustizia sentenza *Commissione c. Germania*, C-271/08 del 15 luglio 2010.

³²¹ Si veda www.etuc.org

³²² L'art. 3 della proposta di *Social Progress Protocol* recita "Nothing in the Treaties, and in particular neither economic freedoms nor competition rules shall have priority over fundamental social rights and social progress

In effetti ad oggi, stante la giurisprudenza recente, sembrerebbe impossibile poter accordare una maggior tutela ai diritti collettivi in sede comunitaria senza un intervento legislativo *ad hoc*. Ci sono tuttavia, alcuni fattori che potrebbero indirizzare il diritto comunitario verso un nuovo bilanciamento tra diritti sociali collettivi e libertà economiche. In primis, va sottolineato il nuovo ruolo del Parlamento europeo, rilanciato anche dal Trattato di Lisbona, il quale rende protagonista della vita democratica tale istituzione, la quale ha già fatto valere il proprio peso riguardo a differenti temi di tipo “scottante”³²³ e che potrebbe giocare un ruolo decisivo, proprio, nella ridefinizione degli obiettivi sociali dell’Unione. Anche un possibile scontro tra la Corte di Giustizia e le Corti Costituzionali nazionali potrebbe essere paventabile, in materia di difesa dei diritti sociali collettivi, laddove il rinvio pregiudiziale dovesse insorgere di fronte a tali Corti piuttosto che a quelle ordinarie, stante il riconoscimento di questi diritti in più di una costituzione nazionale.

Sembra, dunque, possibile poter affermare che la definizione degli assetti tra diritti sociali collettivi e libertà economiche non sia ancora definitivamente scritta, naturalmente, sarà l’opera della Corte che dovrà essere tenuta strettamente sotto controllo e saranno, probabilmente, gli Stati a dover nuovamente intervenire per sanare la frattura, prima ancora che a livello di applicazione, sul piano politico.

8. Il problema degli opt-out

La tematica del riconoscimento dei diritti sociali collettivi, in sede di Unione europea, appare urgentemente attuale nel dibattito circa la crisi finanziaria in corso e le sue ripercussioni sui sistemi sociali nazionali.

In sede di stesura della Carta di Nizza, l’inclusione, nel catalogo dell’Unione anche dei diritti sociali, è stata oggetto di forte mediazione tra i governi degli Stati membri.

In particolare, il capitolo Solidarietà della Carta è stato oggetto di forti dibattiti nel Regno Unito. Deve ricordarsi che, proprio grazie all’azione di contrasto del governo inglese, si è

as defined in Article 2. In case of conflict fundamental social rights shall take precedence.

Economic freedoms cannot be interpreted as granting undertakings the right to exercise them for the purpose or with the effect of evading or circumventing national social and employment laws and practices or for social dumping.

Economic freedoms, as established in the Treaties, shall be interpreted in such a way as not infringing upon the exercise of fundamental social rights as recognised in the Member States and by Union law, including the right to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take collective action, and as not infringing upon the autonomy of social partners when exercising these fundamental rights in pursuit of social interests and the protection of workers”.

³²³ Uno fra tutti si veda l’azione del parlamento europeo in materia di tutela dai dati personali nel recente caso Swift.

deciso di non includere nel Trattato di Lisbona, l'intero testo della Carta di Nizza, optando per il richiamo indiretto³²⁴.

Il Regno Unito è, difatti, da sempre sostenitore della posizione, secondo la quale l'introduzione della Carta di Nizza nel diritto primario europeo e l'allargamento dei poteri dell'Unione in tema di giustizia penale determinerebbero, sul fronte della politica sociale, una lesione per gli interessi economici nazionali e, sul fronte della giustizia, una perdita di autonomia ed un inquinamento delle tradizioni di *common law*³²⁵. Sul piano dei diritti economici e sociali, il governo inglese si è sempre mostrato restio alla loro incorporazione in un medesimo testo normativo dell'Unione, accanto ai diritti civili e politici, tanto da sostenere fortemente la distinzione tra principi e diritti, da ultimo accolta nella Carta³²⁶.

Si è discusso in precedenza di come la distinzione tra diritti e principi crei, di fatto, una dicotomia tra diritti civili e politici da un lato, e diritti sociali ed economici dall'altro, posto il fatto che la maggior parte dei diritti sociali riconosciuti dalla Carta, sono espressi sotto forma di principi i quali si caratterizzano per una sostanziale mancanza di giustiziabilità, potendo *essere invocati dinanzi ad un giudice, solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità degli atti* (dell'Ue o degli Stati membri, quando applicano il diritto dell'Ue), secondo il disposto dell'52.5 della Carta³²⁷. Secondo la ricostruzione che è stata offerta, i principi sono, infatti, da considerarsi alla stregua di “factors to be taken into account by courts when interpreting legislation but which do not in and of themselves create

³²⁴ Il Regno Unito durante le trattative per la stesura del trattato, ha strenuamente lottato per smatellare il disegno finalizzato a conferire efficacia vincolante alla carta, proponendo di inserirla soltanto come protocollo aggiuntivo o dichiarazione allegata

³²⁵ Per una sintesi degli argomenti di coloro che avversano la ratifica del Trattato di Lisbona si veda Open Europe, *'Guide to the Constitutional Treaty'*, in <http://www.open-europe.co.uk>.

Cfr. anche M. Dougan, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Rev.*, 2008, p. 617; M. Migliazza, *I diritti fondamentali nell'ordinamento dell'Unione europea e il limite dell'equity*, in *Diritti individuali*, cit., p. 583 ss. Secondo P. Craig, *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 163 la motivazione politica della negoziazione del Protocollo risiederebbe nella volontà di “differenziare” il Trattato di Lisbona dal Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, per il quale ultimo invece non era stata avanzata alcuna richiesta di “opt-out or reservation”.

³²⁶ Cfr. Cologne Presidency Conclusions 1999, Annex IV in cui si legge: “In drawing up such a Charter account should furthermore be taken on economic and social rights contained in the Social Charter and the Community Charter of the Fundamental Social Rights of Workers, insofar as they do not merely establish objectives for action by the union”, in http://ue.eu.int/ueDocs/cms_Data/docs/press/Data/en/ec/kolen.htm

In realtà la strategia del governo inglese è stata caratterizzata da una ferma opposizione all'introduzione di tutte le più significative innovazioni introdotte dal Trattato, dalla personalità giuridica dell'Unione, all'introduzione del principio della maggioranza qualificata per materie come la giustizia, alla creazione di un “procuratore europeo”.

³²⁷ Cfr. l'eccellente studio di B. De Witte, *The Trajectory of Fundamental Social Rights in the European Union*, in G. De Burca e B. De Witte, *Social Rights*, cit., p. 153 ss., il quale annota: “the diaphanous distinction between “rights” and “principles” drawn in Article 51(1) was considered by the British government representative to have been a “key factor in the Herzog Convention reaching agreement on the Charter, particularly in relation to the inclusion of social and economic rights”. La questione della giustiziabilità dei diritti sarebbe stata riproposta nell'ambito della Convenzione sul Futuro dell'Europa, dove alcuni delegati — in particolare il rappresentante del Regno Unito — avevano subordinato l'accettazione del valore vincolante della Carta alla condizione di “emphasizing more clearly the distinction between “rights” and “principles”, ciò che avrebbe condotto all'aggiunta nella Carta del nuovo par. 5 dell'art. 52 (p. 160).

enforceable rights”³²⁸.

Nonostante questo dato, e le rassicurazioni in merito all’applicazione della Carta, esclusivamente alle materie rientranti nell’ambito delle competenze dell’Unione³²⁹, il Regno Unito ha accettato l’inclusione della Carta nel Trattato di Lisbona, mediante il richiamo indiretto, solo a fronte dell’introduzione del cosiddetto opt-out, ovvero di un Protocollo allegato al Trattato che (dovrebbe) contenere uno strumento giuridico idoneo ad impedire che le previsioni della Carta di Nizza possano essere invocate come vincolanti, di fronte alla Corti britanniche.

La volontà politica degli autori del Protocollo, letta anche alla luce della prassi precedente, appare, infatti, volta a qualificare in modo restrittivo o addirittura eliminare, possibili evoluzioni in senso accrescitivo del diritto dell’Unione europea, che traggano fondamento o ispirazione dalla Carta.

Questa scelta, oltre ad aver suscitato critiche da molta parte della dottrina³³⁰ e della società civile, appare, a dir poco, contrastante rispetto alla giurisprudenza delle Corti inglesi e della stessa House of Lord, in materia di relazioni tra diritto europeo e diritto nazionale e di tutela dei diritti umani³³¹, le quali, da oltre venti anni, riconoscono pacificamente il primato del diritto comunitario sul diritto interno ed applicano le norme europee come parte integrante del diritto inglese³³², anche sotto il profilo del principio dell’interpretazione conforme del diritto interno, rispetto al diritto comunitario³³³.

³²⁸ House of Lords Constitution Committee, european Union (Amendment) Bill and the Lisbon Treaty: Implications for the UK Constitution, 6th Report, 2007-8, HL Paper 84, par. 60-61.

³²⁹ Si è già argomentato in merito alla portata applicativa dell’art. 51 della Carta che garantisce che le disposizioni della Carta *si applicano alle istituzioni e agli organi dell’Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell’attuazione del diritto dell’Unione*. A conferma si vedano le dichiarazioni della Commissione, *Compliance with the Charter of Fundamental Rights in Commission Legislative Proposal*, COM(2005), 172; nonché le stesse Spiegazioni della Carta.

³³⁰ Cfr. anche M. Dougan, *The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Rev.*, 2008, p. 617; M. Migliazza, *I diritti fondamentali nell’ordinamento dell’Unione europea e il limite dell’equity*, in *Diritti individuali*, cit., p. 583 ss. Secondo P. Craig, *The Treaty of Lisbon*, cit., p. 163 la motivazione politica della negoziazione del Protocollo risiederebbe nella *volontà di “differenziare” il Trattato di Lisbona dal Trattato che istituisce una Costituzione per l’Europa, per il quale ultimo invece non era stata avanzata alcuna richiesta di “opt-out or reservation”*.

³³¹ Si veda la relazione di Lord Bernard Rix alla Commissione Affari Legali del Parlamento Europeo in materia di relazioni tra diritto britannico e diritto europeo: Rr Hon Lord Justice Rix, European Parliament Committee on Legal Affairs, 11 June 2007, ove si afferma esplicitamente che *“community law is of course regarded in England as English Law”*.

³³² Si veda la relazione di Lord Bernard Rix alla Commissione Affari Legali del Parlamento Europeo in materia di relazioni tra diritto britannico e diritto europeo: Rr Hon Lord Justice Rix, European Parliament Committee on Legal Affairs, 11 June 2007, ove si afferma esplicitamente che *“community law is of course regarded in England as English Law”*.

³³³ Tra le più rilevanti decisioni della House of Lords che hanno affermato la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno e sull’affermazione del principio dell’interpretazione conforme si veda: *Garland v. British Rail Engineering Ltd* [1983] 2 AC 751, *Pickstone v. Freemans plc* [1989] AC 66, *Litster v. Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* [1990] 1 AC 546, *Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603, e la recente decisione *Dabas v. High Court of Justice in Madrid, Spain* [2007] 2 WLR 254 in materia di mandato d’arresto europeo.

All'opt-out Britannico si è unita anche la Polonia, la quale, tuttavia, ha sostenuto una diversa posizione, più influenzata dalle preoccupazioni di impedire che la Carta limitasse il proprio diritto di legiferare in materia di moralità pubblica, diritto di famiglia, aborto, diritti degli omosessuali, ecc.. Stranamente infatti, la Polonia, pur aderendo in toto al Protocollo 30, ha desiderato sottolineare, nell'adottarlo, il suo rispetto nei confronti dei diritti sociali di cui al Titolo IV, in virtù e nello spirito del movimento Solidarność, che "rispetta integralmente i diritti sociali e del lavoro"³³⁴.

Attenta all'incidenza dei diritti fondamentali della persona, che possono avere nuove e rilevanti implicazioni di carattere sociale, etico o religioso, la Polonia ha ricordato, nella Dichiarazione (n. 61) relativa alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che questa "lascia impregiudicato il diritto degli Stati membri di legiferare nel settore della moralità pubblica, del diritto di famiglia nonché della protezione della dignità umana e del rispetto dell'integrità fisica e morale dell'uomo". Tale richiamo, sottolinea le particolari riserve che questo Stato membro nutre nei confronti delle "incursioni" del diritto dell'Unione nei settori indicati, attraverso l'attività interpretativa della Corte di Giustizia.

È stato correttamente argomentato che la sottoscrizione del Protocollo 30, da parte di Polonia e Regno Unito, appare caratterizzata esclusivamente, dal comune denominatore dell'avversione per un accresciuto intervento dell'Unione, in ambiti reputati sensibili del rispettivo ordinamento interno, posto che i timori dei due Stati hanno un oggetto "divergente" per ciò che concerne il livello di tutela auspicabile³³⁵. Nonostante queste differenze tra i due paesi il Protocollo è unico e si applica indistintamente ad entrambi.

Formalmente il Protocollo si compone di due articoli, i quali contengono tre disposizioni che hanno ad oggetto la competenza giurisdizionale, l'azionabilità in giudizio delle norme della Carta, e infine la qualificazione della natura e degli effetti del rinvio operato

Nonché *R v Secretary of State for Transport ex p Factortame Ltd (Interim Relief Order)* [1990] UKHL 7 (26 July 1990), [1990] 2 LLR 365, [1990] 2 Lloyd's Rep 365, [1990] UKHL 7, [1990] 2 Lloyds Rep 365, dove il giudice sostiene che:

"Some public comments on the decision of the Court of Justice, affirming the jurisdiction of the courts of member states to override national legislation if necessary to enable interim relief to be granted in protection of rights under Community law, have suggested that this was a novel and dangerous invasion by a Community institution of the sovereignty of the United Kingdom Parliament. But such comments are based on a misconception. If the supremacy within the European Community of Community law over the national law of member states was not always inherent in the EEC Treaty it was certainly well established in the jurisprudence of the Court of Justice long before the United Kingdom joined the Community. Thus whatever limitation of its sovereignty Parliament accepted when it enacted the European Communities Act 1972 was entirely voluntary. Under the terms of the 1972 Act it has always been clear that it was the duty of a United Kingdom court, when delivering final judgment, to override any rule of national law found to be in conflict with any directly enforceable rule of Community law. [...] Thus there is nothing in any way novel in according supremacy to rules of Community law in those areas to which they apply [...]"

³³⁴ Cfr. la Dichiarazione 62 della Polonia, allegata al Trattato di Lisbona.

³³⁵ S. Amadeo, *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, in *Il Dir. Ue*, Anno XIV Fasc. 3 – 2009, p. 84.

da talune norme della Carta alle legislazioni o prassi nazionali.

Il primo di tali articoli afferma che, *la Carta non estende la competenza della Corte di giustizia dell'Unione europea o di qualunque altro organo giurisdizionale della Polonia o del Regno Unito a ritenere che le leggi, i regolamenti o le disposizioni, le pratiche o l'azione amministrativa della Polonia o del Regno Unito non siano conformi ai diritti, alle libertà e ai principi fondamentali che essa riafferma.*

Si è sostenuto che questa disposizione dovrebbe evitare che le Corti nazionali di questi due paesi utilizzino le disposizioni della Carta per introdurre nuovi diritti nel diritto interno, al fine di scongiurare una sua eventuale applicazione a fattispecie puramente rientranti nella normativa nazionale³³⁶. Tuttavia, questa previsione non sembra dir nulla di più di quanto già affermato dall'art. 51 della Carta stessa, confermando di fatto che la Carta si applica solo alle fattispecie rientranti nell'ambito di applicazione del diritto comunitario e, che debba considerarsi, per le Corti britanniche e polacche, alla stregua di uno strumento ricognitivo di diritti fondamentali già riconosciuti dalle stesse normative interne.

Il tenore della norma sembrerebbe limitativo della competenza giurisdizionale, ma in modo assai ambiguo. La competenza, infatti, non è semplicemente esclusa: viene piuttosto impedito un "accrescimento" della competenza dei giudici che consenta loro d'accertare la conformità del diritto interno (polacco, del Regno Unito) con la Carta.³³⁷

Tuttavia, la dottrina maggioritaria sostiene che non essendovi una relazione esclusiva e verticale tra i sistemi giuridici di Regno Unito e Polonia e, la Corte di Giustizia, una decisione presa dalla Corte in un caso riguardante uno dei diritti riconosciuti dalla Carta di Nizza, originato in un qualsiasi altro Stato membro, possa avere, comunque, un effetto vincolante per le Corti britanniche e polacche, tenuto conto del fatto che la giurisprudenza della Corte, rientra tra le fonti del diritto comunitario, alla stregua degli altri cataloghi di diritti umani di diritto internazionale, coerentemente, anche, con i principi già affermati dalla giurisprudenza della House of Lords e delle Corti polacche.³³⁸

Maggiormente dotata di efficacia esclusiva, sembra essere la disposizione del secondo

³³⁶ S. Amadeo, *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi, qualche soluzione*, cit. p. 726.

³³⁷ Secondo una tecnica — mirante a preservare lo status quo — già utilizzata nella revisione del Trattato, peraltro con dubbi risultati: cfr. ad esempio l'art. 46, lett. d, del Trattato sull'Unione europea nella versione attuale (sul quale R. Mastroianni, *Art. 46 TUE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, p. 163, 165 s.). Si raffronti l'approccio della giurisprudenza sulla tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dei pilastri non comunitari, richiamata in Corte giust. 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, in *Racc.*, p. I-3633, cpv. 45.

³³⁸ In questo senso si veda la sentenza *R v. East Sussex County Council and the Disability rights Commission ex parte A, B, X & Y* (2003) EHC 167(Admin) per Munby J, in cui la Corte sostiene "the Charter is not at the present legally binding in our domestic law and is therefore not a source of law in the strict sense. But it can, in my judgement, properly be consulted insofar as it proclaims, reaffirms, or elucidates the content of those human rights that are generally recognised through the European family of Nations, in particular the nature and the scope of those fundamental rights that are guaranteed by the Convention", (par. 73).

comma dell'art. 1 del Protocollo, secondo la quale, *in particolare e per evitare dubbi, nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale applicabili alla Polonia o al Regno Unito, salvo nella misura in cui la Polonia o il Regno Unito abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno.*

Come già argomentato, benchè la Carta includa sotto forma di principi molti diritti sociali, alcuni di essi sono formulati alla stregua di diritti veri e propri. In particolare, gli articoli 28 e 30 della Carta, in materia di sciopero e licenziamento ingiustificato, hanno costituito i principali ostacoli al riconoscimento da parte del governo inglese della inclusione del titolo Solidarietà della Carta. Sotto un primo profilo, si deve considerare che il diritto di sciopero non è tecnicamente incluso nella legislazione britannica. Infatti, il diritto del lavoro inglese non garantisce un vero e proprio diritto di sciopero, nell'accezione continentale del diritto, in capo alle Trade Unions, ma piuttosto, concede loro di esercitare tale diritto, sulla scorta di una immunità. Il sistema delle immunità inglese, prevede che le azioni di sciopero promosse dalle Trade Unions, siano giustificate solo laddove esse rispettino i requisiti imposti dalla legge³³⁹. Alla luce di questo dato, è agevole cogliere come il governo britannico fosse preoccupato della possibile incorporazione del diritto di sciopero di natura continentale nel diritto inglese, attraverso "l'ingresso posteriore", ovvero attraverso l'applicazione della Carta da parte delle Corti interne³⁴⁰.

Tuttavia, la portata reale dell'articolo 1.2 del Protocollo rimane oscura, posto che, le stesse Corti britanniche hanno fatto spesso, e continuano a fare, espresso riferimento alla Carta³⁴¹, benchè il suo dettato non dovrebbe creare dei diritti azionabili di fronte ad un organo giudiziario interno in materia di solidarietà sociale, diritti dei lavoratori, famiglia, sicurezza

³³⁹ In particolare il Trade Unions Labour Relations Act del 1992 (Consolidated) dispone che:

In this Part a "trade dispute" means a dispute between workers and their employer which relates wholly or mainly to one or more of the following—

- (a) terms and conditions of employment, or the physical conditions in which any workers are required to work;
- (b) engagement or non-engagement, or termination or suspension of employment or the duties of employment, of one or more workers;
- (c) allocation of work or the duties of employment between workers or groups of workers;
- (d) matters of discipline;
- (e) a worker's membership or non-membership of a trade union;
- (f) facilities for officials of trade unions; and
- (g) machinery for negotiation or consultation, and other procedures, relating to any of the above matters, including the recognition by employers or employers' associations of the right of a trade union to represent workers in such negotiation or consultation or in the carrying out of such procedures.

³⁴⁰ Cfr. P. Simone, *Gli accordi internazionali di salvaguardia dei diritti sociali e del lavoro e il Protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea alla Polonia e al Regno Unito*, in *Dir. Unione Europea*, 3/2009, p. 742 ss.

³⁴¹ Tra le più rilevanti decisioni della House of Lords che hanno affermato la prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno e sull'affermazione del principio dell'interpretazione conforme si veda: *Garland v. British Rail Engineering Ltd* [1983] 2 AC 751, *Pickstone v. Freemans plc* [1989] AC 66, *Litster v. Forth Dry Dock & Engineering Co Ltd* [1990] 1 AC 546, *Regina v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd (No 2)* [1991] 1 AC 603, e la recente decisione *Dabas v. High Court of Justice in Madrid, Spain* [2007] 2 WLR 254 in materia di mandato d'arresto europeo.

sociale, salute, protezione dell'ambiente e dei consumatori, a meno che non si tratti di diritti già garantiti dalla normativa nazionale.

Altro profilo che preoccupava il governo inglese, è il riconoscimento del diritto del lavoratore contro il licenziamento ingiustificato, accolto dall'articolo 30 della Carta. Benchè, la normativa inglese garantisca questo diritto ai lavoratori, per mezzo dell'applicazione del "band of reasonable responses test"³⁴², si è cercato di evitare che la prassi nazionale fosse superata da quella ammessa dell'Unione. In questo senso l'articolo 2 del Protocollo dovrebbe garantire che le pratiche avallate dalle Corti inglesi, in materia di licenziamento ingiustificato, non vengano sostituite dalla trasposizione dei meccanismi di tutela continentali³⁴³; e lo stesso dovrebbe valere anche per gli altri diritti che sono espressi in forma di diritto e non di principio, i quali presentano profili di giustiziabilità in concreto.

Eppure, anche alla luce delle recenti decisioni delle Corti inglesi, sembra che la limitazione del campo di applicazione della Carta, previsto dal Protocollo, non neghi ogni effetto all'efficacia di questa³⁴⁴. La Dichiarazione n.1 all'atto finale di approvazione del Trattato di Lisbona³⁴⁵, infatti, prevede espressamente che i diritti fondamentali sono confermati così come *garantiti dalla Convenzione per la protezione dei diritti dell'uomo e come derivanti in particolare dalle tradizioni costituzionali*, e, pertanto, i diritti che da queste tradizioni discendono devono essere garantiti, anche, del Regno Unito e Polonia i quali, oltre a far parte dell'Unione sono firmatari di molti strumenti internazionali di tutela dei diritti dell'Uomo, prima fra tutti la Cedu. Sembra perciò, che il Protocollo 30 non esima il Regno Unito e la Polonia dalle disposizioni vincolanti della Carta, e non sia un opt-out vero e proprio, non qualificandosi come clausola generale di esenzione dalla applicazione della Carta, semmai

³⁴² Nel caso *Iceland Frozen Foods v. Jones* (1982) IRIL 439, 442 (EAT), come riaffermato in *Post Office v. Foley, Midland Bank plc v. Madden* (2000) IRLR, 827, questo test è definito: "in judging the reasonableness of the employer's conduct an industrial tribunal must not substitute its decision as to what the right course to adopt for that of the employer...in many, though not all, cases there is a band of reasonable responses to the employee's conduct within which one employer might reasonably take one view, another might quite easily take another...the function of an industrial tribunal, as an industry jury, is to determine whether in the particular circumstances of each case the decision to dismiss the employee fell within the band of reasonable responses which a reasonable employer might have adopted".

³⁴³ Secondo la volontà del governo inglese, infatti l'articolo 2 del Protocollo, il quale dispone che *ove una disposizione della Carta faccia riferimento a leggi e pratiche nazionali, detta disposizione si applica alla Polonia o al Regno Unito soltanto nella misura in cui i diritti o i principi ivi contenuti sono riconosciuti nel diritto o nelle pratiche della Polonia o del Regno Unito*, servirebbe a mantenere immutato il diritto interno del lavoro, a fronte di una disposizione (art. 30 Carta) che di fatto garantisce all'individuo la possibilità di agire autonomamente in caso di licenziamento ingiustificato.

³⁴⁴ In questo senso le sentenze *The Queen on the Application of Boroumand v Secretary of State for the Home Department* [2010] EWHC 225 (Admin); e *R (Zagorski) v Secretary of State for Business, Innovation & Skills* [2010] EWHC 3110 (Admin).

³⁴⁵ La quale dispone che "La Carta dei diritti fondamentali, che ha forza giuridicamente vincolante, conferma i diritti fondamentali garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.

La Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati".

limitando la sua portata con riferimento al titolo IV.

Sebbene non esista giurisprudenza specifica, sull'esatta validità e portata del Protocollo, se mai si dovesse propendere per l'interpretazione che esso limiti la portata o l'incidenza delle disposizioni della Carta, il risultato sarebbe quello di indebolire la tutela dei diritti fondamentali offerta ai cittadini in Polonia e nel Regno Unito e dunque minare gli sforzi dell'UE per raggiungere e mantenere un livello uniformemente elevato di protezione.

Sotto il profilo pragmatico della garanzia dei diritti sociali, da parte dei paesi firmatari del Protocollo, alla luce dell'esplicita esclusione del titolo Solidarietà della Carta ai loro ordinamenti, appare tuttavia improbabile che, nel caso di una fattispecie che ricada nell'ambito del diritto europeo, le Corti inglesi o polacche possano essere totalmente dimentiche di ogni esigenza di tutela dei diritti sociali. Indizio di tale tendenza si ritrova già nel famosissimo caso *Viking*, riguardante il conflitto tra libertà di circolazione e diritto di sciopero. Contrariamente alle aspettative della società Viking, la quale aveva scelto di citare non il sindacato finlandese, ma l'unione dei sindacati europei, per affermare la giurisdizione delle Corti inglesi, suppostamente maggiormente *employers friendly*, il giudice Mummery della Corte di Appello ha sollevato ben dieci questioni preliminari alla Corte di Giustizia, molte delle quali sull'estensione del diritto di sciopero in ambito comunitario. La Corte di Giustizia ha così stabilito che azioni come quelle oggetto della fattispecie in esame, costituiscono restrizioni alla libertà di stabilimento e che tali restrizioni possono essere accettate soltanto se perseguono un obiettivo legittimo, come la tutela dei lavoratori. La Corte ha altresì ricordato che è pacifico che le azioni collettive, come le trattative e lo sciopero possono costituire, nelle specifiche circostanze di una controversia, uno dei mezzi principali attraverso i quali i sindacati tutelano gli interessi dei loro membri. In conclusione, la Corte di Giustizia ha esplicitamente stabilito che l'Articolo 28 riafferma il diritto fondamentale ad intraprendere azioni collettive, e dunque, se lo riafferma, lo rende applicabile come principio generale e pertanto azionabile anche nell'ordinamento inglese³⁴⁶.

Allo stato attuale, perciò, il Protocollo non sembra alterare la posizione giuridica che prevarrebbe se non esistesse. Di conseguenza, gli eventuali effetti delle sue disposizioni, sembrerebbero applicarsi tanto agli altri Stati membri che alla Polonia e al Regno Unito.

Il Protocollo, tuttavia, non chiarisce se, e in che modo, dalla sua applicazione discenda alcuna conseguenza rispetto i rapporti tra la Polonia e il Regno Unito e tutti gli altri Stati membri. Si può ritenere che questi ultimi non potranno far valere, dinanzi alla Corte di giustizia e nell'ambito di un ricorso per infrazione, una violazione della Carta imputabile a Polonia o

³⁴⁶ Corte di Giustizia europea, 11 Dicembre 2007, C-438/05, *International Transport Workers' Federation v. Viking Line, ABP*.

Regno Unito. Potranno però promuovere, sul piano politico e nell'ambito del Consiglio o del Consiglio europeo, la procedura di cui all'art. 7 del Trattato sull'Unione europea nei casi estremi in cui si prospetti una "violazione grave e persistente" dei valori di cui all'art. 2. Al contrario, dovrebbe ritenersi che Polonia e Regno Unito possano, rimproverare agli altri Stati membri, in sede giurisdizionale, il mancato rispetto degli obblighi derivanti dalla Carta, posta la sua vicolatività rispetto a questi³⁴⁷.

Benchè non possa argomentarsi che il Protocollo 30 abbia, una effettiva natura esclusiva, né rispetto all'applicazione della Carta, né rispetto all'applicazione del suo titolo IV, a Gran Bretagna e Polonia, il governo ceco, al momento della ratifica del Trattato di Lisbona³⁴⁸, ha proposto una modifica dei Trattati, per quanto concerne l'adesione al Protocollo relativo all'applicazione della Carta, per la Repubblica Ceca, da annettersi alla firma del Trattato di Adesione della Croazia³⁴⁹.

I motivi ufficiali per cui Václav Klaus, presidente ceco, ha insistito affinché la Repubblica Ceca aderisse al Protocollo, sono imputabili all'improvviso timore per l'impatto della Carta sulla validità dei decreti Benes, relativi all'espropriazione e all'espulsione di persone della minoranza tedesca dalla Cecoslovacchia dopo la seconda guerra mondiale³⁵⁰.

Data l'urgenza dell'approvazione del Trattato di Lisbona, i capi di Stato o di governo riuniti in sede di Consiglio europeo il 29 e 30 ottobre 2009 avevano convenuto, pertanto, che, all'atto della conclusione del primo Trattato di adesione e conformemente alle rispettive norme costituzionali, avrebbero allegato al Trattato sull'Unione europea e al Trattato sul funzionamento dell'Unione europea un protocollo sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea anche alla Repubblica Ceca.

Alla fine del 2011 è stato firmato il Trattato di Adesione della Croazia all'Unione³⁵¹, dovrebbe in tal modo, divenire efficace la clausola di adesione della Repubblica Ceca al Protocollo 30³⁵², con conseguente esclusione della applicazione della Carta dei diritti

³⁴⁷ In senso dubitativo L. Daniele, *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, cit., p. 239 ss.

³⁴⁸ Doc. 9 ottobre 2009.

³⁴⁹ In questo senso la Repubblica Ceca aveva già espresso le proprie preoccupazioni, attraverso la Dichiarazione n. 53 sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, al par. 4, sottolinea come "nessuna disposizione della Carta può essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" riconosciuti dal diritto dell'Unione, dalle convenzioni internazionali o dalle costituzioni degli Stati membri.

³⁵⁰ Helena Bončková, Hubert Smekal, *Fragmentace společných hodnot? Výjimky z Listiny základních práv Evropské unie /Fragmentalization of Common Values? Opt-outs from the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Soucasna Evropa* 02, 2010

³⁵¹ Il 9 dicembre 2011 a Bruxelles, la Croazia ha firmato il trattato di adesione all'Unione Europea. Il paese balcanico, quindi, dovrebbe entrare definitivamente nella Ue dal primo luglio 2013, al termine del processo di ratifica da parte di tutti gli altri paesi dell'unione, divenendo il 28esimo Stato membro.

³⁵² Si veda il Documento CO EUR-PREP 33 POLGE 133 IST 400-Bruxelles, 6 settembre 2011 (07.09) (OR. en); 13840/11.

fondamentali anche nei confronti della Repubblica ceca.

La portata esclusiva del Protocollo, ovvero la sua capacità di escludere l'applicazione della Carta nei confronti di Regno Unito, Polonia ed in futuro Repubblica Ceca, non può dirsi certa. Stante la mancanza di giurisprudenza specifica, è impossibile valutare l'effettiva portata dell'opt-out; quello che appare certo è che, quanto meno le Corti inglesi, non incontrano particolari difficoltà ad applicare il diritto dell'Unione, anche quello della Carta, nelle controversie interne, anche dopo la ratifica del Protocollo, stante la natura ricognitiva della Carta stessa.

Alla luce di questi dati sembra potersi affermare che la natura esclusiva del Protocollo, potrebbe attivarsi, laddove la Corte di Giustizia espandesse irragionevolmente la portata del diritto comunitario, oltre le sue competenze (e dunque anche oltre i limiti imposti dalla Cedu), ipotesi che rimane peregrina; dovendosi concludere per una sostanziale inefficacia immediata del Protocollo.

9. Conclusioni

Alla luce di quanto si è argomentato in questo capitolo devono trarsi alcune conclusioni preliminari.

L'inclusione dei diritti sociali nel testo della Carta dei diritti fondamentali non sembra garantire a questi la priorità, rispetto agli altri diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione, posto che "al massimo, consente ai diritti sociali di porre limiti (proporzionati e giustificati da ragioni imperative di interesse generale) alle libertà economiche"³⁵³.

Al riguardo, si è messo in luce che nella Carta di Nizza "ad un sì alto enunciato non corrisponde ancora, per i diritti sociali, un livello di protezione comparabile con la tutela che l'ordinamento europeo fornisce ai diritti economici e di libertà"³⁵⁴.

Sembra pertanto che, allo stato attuale, non possa affermarsi superato il rischio di un "bilanciamento sbilanciato"³⁵⁵ fra diritti sociali e libertà economiche, dato che manca "uno statuto giuridico di questi diritti che dia loro pari rilevanza, pari spazio e (almeno) pari dignità rispetto alle libertà economiche: statuto che il diritto europeo non ha (ancora) saputo mettere in piedi"³⁵⁶. In questo contesto i diritti sociali sembrano, ancora una volta, destinati a giocare "solo sulla difensiva rispetto a dinamiche economiche globali considerate irreversibili ed irresistibili"³⁵⁷. Alla luce della debolezza della soluzione normativa che si è delineata sul piano comunitario, deve rilevarsi che il maggior rischio consiste, non tanto in un bilanciamento sbilanciato fra diritti fondamentali e libertà economiche, quanto piuttosto nell'assenza di criteri normativi adeguati ad operare un bilanciamento fra gli uni e le altre.

Certamente, deve dirsi che la Carta di Nizza rappresenta un momento importante nella costruzione dell'Europa sociale, a condizione che in essa si intenda ricercare non un modello da porre in raffronto con le Costituzioni dei singoli paesi membri dell'UE ma il "denominatore comune" destinato ad operare come parametro di "armonizzazione coesiva"³⁵⁸.

È stato già osservato, e non solo in dottrina, come la distinzione tra norme-principio e norme-

³⁵³ In questo senso G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *RIDL*, 2009, II, 975

³⁵⁴ R. Greco, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, cit., 522.

³⁵⁵ M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, cit., 20.

³⁵⁶ M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, cit., 23.

³⁵⁷ R. Greco, *Il modello sociale della Carta di Nizza*, cit., 523 che al riguardo richiama la posizione di P. Ridola (*La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in P. Costanzo (a cura di), *La Carta europea dei diritti*, Genova, 2002, 22 ss) secondo cui i diritti sociali assumono la veste di clausole di protezione. Sul rapporto fra dinamiche globali e diritto del lavoro, v. il recente contributo di F. Amato, *La tutela dei diritti fondamentali sociali e del lavoro nella globalizzazione dell'economia*, in *RDSS*, 2006, 581 ss.

³⁵⁸ R. Del Punta, *I diritti sociali come diritti fondamentali*, cit., 345.

diritti sia suscettibile di determinare non poche difficoltà in sede applicativa. Se è verosimile ritenere che i diritti di solidarietà enucleati dalla Carta — nella più gran parte dei casi, e come del resto tutti i diritti fondamentali — saranno impiegati come norme di raffronto, non è affatto escluso che essi, all'occorrenza in combinazione con elementi giuridici tratti dal diritto interno o dal diritto dell'Unione, possano fondare anche pretese autonome, come riconosciuto, ad esempio, nel caso Mangold, con riguardo al principio di non discriminazione in base all'età. Per effetto della Carta, infatti, l'Unione, come pure gli Stati membri, hanno assunto l'obbligo di promuovere i diritti e i principi in essa contenuti, pertanto, sia sotto il profilo della tutela dei diritti enunciati, sia sotto quello della garanzia dei principi, essi hanno un obbligo positivo.

Come si è più volte ribadito non è, tuttavia, sufficiente che i diritti sociali siano inclusi in un *bill of right*, affinché la loro garanzia, sul piano dell'Unione, possa dirsi raggiunta. Difatti, restano gli Stati membri i depositari della implementazione reale dei diritti sociali, posto che il riparto di competenze tra Stati e Unione, non può essere superato dalle previsioni della Carta. Alla luce di ciò deve sostenersi che l'effettiva giustiziabilità dei diritti sociali in ambito dell'Unione, rimane vincolata alla volontà politica degli Stati e non sembra potersi affermare che l'impiego ispiratore e propulsivo della Carta, da parte della giurisprudenza, nel più ampio e flessibile quadro dei principi generali, risulti rafforzato a beneficio dell'omogeneità applicativa delle garanzie sociali fondamentali nell'ordinamento dell'Unione.

In considerazione di ciò deve certamente ammettersi che il Trattato di Lisbona ha valorizzato la struttura sociale europea attraverso: a) le disposizioni generali del TUE con riferimento ai valori che “infiltrano” gli obiettivi dell'Unione; b) i diritti contenuti nella Carta di Nizza; c) dai principi generali ‘classici’ del diritto dell'Unione Europea; d) i diritti umani contenuti nella Cedu nel momento in cui si perfezionerà l'adesione formale della UE alla Convenzione europea; e) le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri.

Tale valorizzazione della dimensione sociale dell'Unione non è, tuttavia, del tutto completa in ragione di alcuni elementi ancora irrisolti.

In particolare i punti deboli dell'Europa sociale rimangono: un approccio regolativo alla dimensione sociale di tipo sempre più *soft* (il metodo del coordinamento); la permanenza di alcuni *deficit* di competenze; la mancata indicazione di criteri di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche e la compresenza (irrisolta in mancanza di un adeguato bilanciamento giudiziale) delle due nozioni di economia sociale e di economia di mercato.

CAPITOLO III

I DIRITTI SOCIALI TRA CEDU e UE

“En définitive, le droit européen des droits de l’homme du XXI siècle est un réseau complexe de systèmes de droit qui se recourent. Bien qu’ils aient leur propre logique interne, ils ne peuvent faire abstraction les uns des autres.”¹

1. Introduzione - 2. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza Cedu - 3. Interpretazione evolutiva e diritti sociali nella giurisprudenza di Strasburgo - 3.1 Il margine di apprezzamento statale in riferimento ai diritti sociali - 4. La giurisprudenza di Strasburgo in materia sociale - 4.1 Diritti sociali e rispetto della vita privata - 4.1.1 Un bell’esempio di tecnica interpretativa: il diritto alla casa - 4.2 Salute ed educazione - 4.3 La tutela dei diritti riguardanti il lavoro e le libertà sindacali – 5. I rapporti tra l’Unione europea e la Cedu – 6. L’adesione dell’Ue alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali – 7. La giurisprudenza di Strasburgo in merito alle violazioni del diritto convenzionale da parte degli Stati membri dell’UE – 8. Quando Lussemburgo guarda a Strasburgo: convergenze e divergenze – 9. Tra Carta dei diritti fondamentali dell’Ue e Cedu: quale posto per i diritti sociali? – 10. Adesione e diritti sociali: quali futuro? - 10.1 Cenerentola e i diritti sociali

1. Introduzione

Ai fini della valutazione del livello concreto di tutela dei diritti sociali all’interno dell’ordinamento dell’Unione europea, si deve tenere conto, non solo della legislazione e della giurisprudenza comunitaria in materia, ma anche, dei diritti nazionali degli Stati membri in quanto ricettori e partecipi del dialogo con la normativa sovranazionale.

In questo quadro deve però tenersi presente, anche, un altro fattore determinante: il diritto del Consiglio d’Europa, diritto al quale tutti gli Stati membri dell’Unione sono vincolati.

¹ F. Tulkens, *Discours prononcé à l’occasion du Séminaire “Cinquante ans de la Cour européenne des droits de l’homme vus par les autres cours internationales”*, Strasbourg 30 janvier 2009; reperibile sul sito <http://echr.coe.int/NR/rdonlyres/91A29245-7B15-48F9-8701-9712F4249AD2/0/2009SeminarFrancoiseTulkens.pdf>

Difatti, nel dialogo *multilevel* che si è instaurato tra le Corti europee, a partire dal secondo dopoguerra, lo strumento dedicato ai diritti dell'uomo dal Consiglio d'Europa, la Cedu, è stata e continua ad essere, una delle fonti imprescindibili per l'esegesi e l'interpretazione dei diritti fondamentali. Pertanto, è necessario che anche l'analisi della giurisprudenza di Strasburgo sia affrontata, con riferimento alla ricostruzione dei diritti sociali europei, al fine di valutare quali influenze e quali problematiche sorgono con riferimento, proprio, all'ordinamento dell'Unione.

Occorre premettere che la Convenzione Europea per la Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali² non contiene un elenco di diritti sociali, economici o culturali³. Tuttavia, da un dato momento in poi, la Corte EDU ha cominciato ad interpretare estensivamente il dettato della Convenzione e dei suoi Protocolli, con lo scopo di garantire una protezione globale ai diritti fondamentali, ricostruendo interpretativamente anche la tutela di taluni diritti sociali⁴.

Come è noto, infatti, la Cedu codifica esclusivamente un catalogo di diritti civili e politici, e non è stata adottata con lo scopo di proteggere quelli economici sociali e culturali⁵; tuttavia, a partire dagli anni settanta, la Corte di Strasburgo ha sviluppato il cosiddetto “approccio integrato” nella tutela dei diritti umani, approccio che prevede l'abolizione della stretta distinzione tra diritti civili e politici da un lato, e quelli economico-sociali dall'altro⁶. La Corte EDU ha così sviluppato una nutrita giurisprudenza in materia di diritto alla salute, alla casa, all'educazione, ai benefici sociali e ad alcuni aspetti collegati alla tutela del lavoro, con conseguenze anche notevoli per gli Stati parte per quanto riguarda gli stanziamenti finanziari⁷, imposti per soddisfare gli standard richiesti.

² La Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (Cedu), è stata firmata a Roma nel 1950. Attualmente, tutti gli Stati membri dell'UE sono anche segnatari della Convenzione, stante il fatto che l'adesione alla Cedu è un requisito essenziale per l'ingresso nell'Unione. La Convenzione si compone di 59 articoli e 14 Protocolli addizionali, originariamente adottata con lo scopo di tutelare i diritti civili e politici ad oggi, attraverso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, essa comprende e tutela anche i diritti sociali nonché i cosiddetti “nuovi diritti”. La Corte Edu è competente a giudicare delle violazioni della Convenzione commesse dagli Stati parte, nei confronti dei propri cittadini e può essere adita solo una volta che siano esauriti tutti i ricorsi interni.

³ C. Russo, *La justiciabilité des droits économiques et sociaux*, in *The protection of human rights in Europe: 1992*, Dordrecht, Martinus Nijhoff, 1994, p. 207-235.

⁴ P.-H. Paulet, *Quel rôle pour la Cour dans le développement d'un système de protection des droits sociaux ?*, in *Les droits sociaux et la CEDH : actes du colloque du Concours Habeas Corpus / APIDH* (ed.), Sarrebruck, Editions universitaires européennes, 2010, p. 19-27.

⁵ Lo strumento dedicato alla tutela di questi diritti in sede di Consiglio d'Europa è la Carta Sociale Europea, sulla quale si veda infra par. 9.

⁶ L'espressione “approccio integrato” è stata utilizzata per la prima volta da Martin Scheinin nel saggio *Social rights as Human rights*, in *Nordisk Administrativt Tidsskrift*, 3/1994, p. 181 e ss. e più recentemente riaffermato dallo stesso autore in *Economic and social rights as legal rights*, in Asbjørn Eide e altri (ed.) *Economic, social and cultural rights a textbook*, Martinus Nijhoff, 2 ed. 2001, p. 29.

⁷ Cfr. J. -P. Costa, *La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits sociaux*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 21e année, n° 82 (1er avril 2010), p. [207]-216

A partire dal caso *Airey*⁸ la giurisprudenza di Strasburgo comincia ad affermare l'inesistenza di una "water-tight division" tra diritti civili e politici e quelli sociali ed economici.

Nella ricostruzione dottrinale internazionale, si è soliti individuare i diritti sociali come una triade di doveri statali⁹, ricostruendoli alla stregua di un'obbligazione "to avoid depriving", "to protect from deprivation" and "to aid the deprived" o, secondo un'espressione più recente, un' obbligazione da parte dello Stato di rispettare, proteggere e implementare tali diritti¹⁰. Tale ricostruzione tricotomica è stata introdotta per superare la classica dicotomia tra diritti negativi e positivi, solitamente associata ai diritti civili e politici da un lato e i diritti sociali dall'altro. Questa tricotomia suggerisce l'idea di una gradazione di doveri in capo alla Stato, per una effettiva implementazione dei diritti sociali: da quelli di mero rispetto e quindi a costo zero, passando per un incremento dell'attivismo statale e dei costi connessi, nel momento della protezione, fino al suo punto massimo nel momento del *fulfil*¹¹. La teoria tricotomica postula, infatti che, anche con riferimento ai diritti sociali, sia possibile individuare alcuni diritti direttamente giustiziabili, ed in particolare, quelli connessi alla sfera del rispettare. I diritti che rientrano nella categoria del proteggere sarebbero, invece, astrattamente giustiziabili, ma la valutazione circa la loro garanzia deve essere condotta caso per caso. Infine, i diritti della sfera del *fulfill* non sarebbero direttamente giustiziabili, perchè determinerebbero una pretesa dell'individuo nei confronti dello Stato che potrà essere soddisfatta solo nel momento di una azione statale. Secondo questa teoria sarebbe, dunque, da rifiutarsi una visione dualistica, positivo/negativo, giustiziabile/non giustiziabile dei diritti sociali, graduando invece la tutela rispetto alle concrete circostanze del caso di specie.

In generale il linguaggio della Corte EDU, pur non accogliendo la visione tricotomica e riferendosi ancora alla nozione dicotomica di negativo/ positivo, al fine di individuare i diritti che necessitano o meno dell'intervento statale per il loro godimento, sembra piuttosto, sfumare la distinzione, e spesso, nel ragionamento della Corte si coglie come queste due categorie possano essere strettamente interrelate¹². Le difficoltà maggiori nell'opera interpretativa del testo convenzionale non riguardano, tuttavia, la possibilità di categorizzare i

⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo *Airey v. Irlanda*, ric. N. 6289/73 del 9 ottobre 1979 par. 80. Il medesimo concetto è stato successivamente riaffermato nella sentenza *Budina v. Russia*, ric. N. 68029/01, del 25 ottobre 2005.

⁹ In questo senso, a partire dagli anni Ottanta, si esprime H. Shue, *Basic rights: subsistence, affluence and US foreign policy*, Princeton university Press, 1996, 2 ed. p. 52.

¹⁰ Si veda il diritto al cibo come diritto umano in UN doc. E7CN.4/Sub.2/23 del 7 luglio 1987.

¹¹ Cfr. Asbjørn Eide in *Realization of social and economic rights in the minimum threshold approach*, in *Human rights Law Journal*, 1989 vol. 10, n. 1-2 p. 37.

¹² In tal senso si vedano le sentenze della Corte Edu *Lopez Ostra v. Spagna*, ric. N. 16798/90 del 19 dicembre 1994, par. 51; *Keegan v. Irlanda*, ric. N. 342/94 del 26 maggio 1994 par. 49; *Piebnik v. Croazia*, 4 marzo 2004, par. 64-65, e soprattutto *Stjerna v. Finlandia*, ric. N. 18131/91 del 18 marzo 1991, Concurring Opinion giudice Wildhaber, del 25 novembre 1994, dove è ben evidenziato il legame tra la tematica qui trattata e il margine di apprezzamento statale.

diritti secondo uno schema o l'altro ma, piuttosto, quello di precisare i contenuti di quei diritti che per loro definizione sono più vaghi e nonostante ciò comportano una maggior spesa in termini monetari per i budgets statali.

Ciò che appare dalle analisi della giurisprudenza di Strasburgo è che la Corte certamente rifiuta la classica distinzione tra diritti civili e politici da un lato e diritti economici e sociali dall'altro, sostenendo la loro unitarietà¹³ ricomprendendo, attraverso un'analisi globale, anche i diritti sociali nella propria sfera di tutela¹⁴. Tuttavia, benchè la Corte di Strasburgo ricavi interpretativamente una tutela reale anche per alcuni diritti sociali, in questa materia continua a sostenere l'esistenza di un'ampia autonomia degli Stati in merito all'effettivo dovere di implementazione di tali diritti. È da rilevare che il margine di apprezzamento lasciato agli Stati in materia di politica sociale ed economica sia più ampio di quanto non sia in altre materie¹⁵. Questo dato non esclude che la Corte operi, nella valutazione rispetto ai diritti sociali, un bilanciamento tra organizzazione nazionale del *welfare* e principi di correttezza, equo trattamento e dignità dell'individuo, così come ricavabili dalla sua giurisprudenza, tuttavia, essa sostiene che sia possibile offrire una tutela dei diritti sociali solo laddove essi siano già implementati dal diritto nazionale, escludendo la possibilità di una loro valutazione astratta, come invece accade spesso in materia di diritti civili e politici. Il limite maggiore alla garanzia dei diritti sociali in ambito Cedu rimane, infatti, l'incompetenza *ratione materie* della Corte a giudicare dei ricorsi fondati direttamente su diritti sociali non espressamente previsti nella Convenzione¹⁶; infatti “les juges n'ont certes pas consacré les droit sociaux, mais ils ont assuré une meilleure protection sociale de facon indirecte, en appliquant des droit civiles dans le domaine soocial. Ils ont ainsi utilisé la technique [...] de la protection par ricochet”¹⁷.

¹³ E. Palmer, *Protecting socio-economic rights through the European Convention on Human Rights: trends and developments in the European Court of Human Rights*, in *Erasmus law review*, vol. 2, issue 4 (2009), p. [397]-425.

¹⁴ Sempre in *Airey v. Irlanda* così come riproposta in *Budina v. Russia* (citare).

¹⁵ Cfr. J. Kenny, *European Convention on Human rights and social welfare*, in *European Human Rights Law Review*, n. 5/2010 p. 495

¹⁶ Praticamente tutti i ricorsi individuali diretti, stante il fatto che l'unico diritto sociale espressamente previsto dalla Convenzione sia il diritto all'educazione così come disciplinato dall'art. 2 Protocollo 1.

¹⁷ Cfr. J- F. Renucci, *Traité de droit européen des droits de l'homme*, L. G. D. J. 2007, p. 489.

2. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza Cedu

Come si è detto, in materia di diritti sociali la Corte EDU ammette l'esistenza di un ampio margine di apprezzamento statale in riferimento, particolarmente, alle modalità di implementazione degli stessi da parte degli Stati.

La prima applicazione della teoria del margine di apprezzamento nella giurisprudenza della Corte EDU si è avuta con l'interpretazione dell'art. 15¹⁸ (stato di emergenza/guerra), formulata nel caso *Lawless*. Tale norma prevede una clausola di deroga, l'unica espressa della Cedu, che consente agli Stati membri di sospendere la protezione di alcuni diritti, così come previsti dalla Convenzione, in caso di guerra o di grave pericolo per la vita della nazione. L'interpretazione di tale ultimo inciso ha portato la Corte ad elaborare un test per valutare se, quando, e in quale misura la dichiarazione dello Stato di trovarsi in situazione di emergenza possa essere compatibile con la sospensione della garanzia dei diritti dell'uomo.

Stante il riconoscimento, in capo agli Stati, di un margine di apprezzamento in merito alle circostanze concrete nel loro accadimento, soprattutto in considerazione del fatto che le sentenze della Corte si situano a posteriori rispetto all'accadimento dei fatti e considerando il fatto che lo Stato è “better placed”¹⁹ rispetto alla situazione di emergenza, la Corte di Strasburgo ritiene che si debba anzitutto verificare l'esistenza stessa del fattore guerra²⁰ o del pericolo per la vita della nazione, al fine di ammettere la deroga.

In secondo luogo, essa valuta se le misure adottate dalla Stato possano considerarsi strettamente necessarie per far fronte alla situazione; e per fare ciò è necessario verificare la ragionevolezza della decisione e la conformità dei mezzi adottati, nel senso di una loro proporzionalità rispetto ai parametri fissati dal disposto convenzionale.

¹⁸ Articolo 15 - Deroga in caso di stato di urgenza.

In caso di guerra o in caso di altro pericolo pubblico che minacci la vita della nazione, ogni Alta Parte Contraente può prendere misure in deroga agli obblighi previsti dalla presente Convenzione, nella stretta misura in cui la situazione lo richieda e a condizione che tali misure non siano in contraddizione con gli altri obblighi derivanti dal diritto internazionale.

¹⁹ Nel caso *Ireland v. United Kingdom*, del 18 gennaio 1978, la Corte afferma che “it falls in the first place to each contracting state, with its responsibility for the life of its nation, to determine whether that life is threatened by a public emergency and, if so, how far it is necessary to go in attempting to overcome the emergency. By reason of their direct and continuous contact with the pressing needs of the moment, the national authorities are in principle in a better position than an international judge to decide both on the presence of such an emergency and on the nature and scope of derogation necessary to avert it. In this matter art. 15 par.1 leaves those authorities a wide margin of appreciation”, cfr.par. 50..

²⁰ La Corte non interpreta la nozione di guerra nel senso tecnico internazionale (nel senso della sua sussistenza unicamente laddove lo stato di guerra sia formalmente dichiarato), ma riconosce che in questa nozione possa comprendersi un qualsiasi materiale svolgersi di ostilità. E pertanto una minaccia alla vita della nazione sussiste quando “an exceptional situation of crisis or emergency eich affects the whole population and constitutes a threat to the organised life of the community of which the state is composed”, in tal senso decisione *Lawless Caspar.v. Irlanda*, ric. N. 332/57, del 13 aprile 1960, par. 28.

La Corte di Strasburgo ha, nel tempo, esteso l'uso della teoria del margine di apprezzamento anche all'interpretazione dell'articolo 14 e degli articoli 8, 9, 10 e 11²¹ della Convenzione.

Con riferimento all'art. 14, la sentenza resa nel caso *Linguistico belga*²², precisa come sia possibile riscontrare, all'interno della Convenzione, talune disposizioni contenenti obblighi precisi e pertanto chiaramente inderogabili, ed altre, definite generali, la cui applicazione necessariamente coinvolge un certo margine di apprezzamento, trattandosi di definizioni che attengono più strettamente a scelte di valori operate dalle società dei singoli Stati.

Con riferimento in particolare alla tutela dei valori definiti negli art. 8-11 Cedu, la Corte esamina, espressamente, se le deroghe disposte ai secondi commi dei medesimi articoli, possano essere compatibili con il sistema definito dalla Convenzione stessa. In queste ipotesi il test, come elaborato nei casi *Sunday Times*²³ e *Little red Schoolbook*²⁴, si articola su tre parametri: l'esistenza di una prescrizione normativa²⁵ dell'ordinamento nazionale che prevede la deroga, il perseguimento di fini legittimi ed infine, la necessità di tale provvedimento.

Particolarmente problematica, risulta la definizione di necessità: secondo la Corte essa, infatti, deve essere valutata con riferimento alle specifiche circostanze del caso di specie e non solamente quella ritenuta "strictly necessary"²⁶. Tuttavia, specifica che, questa necessità, deve risultare da un *besoin social impératif* per una società democratica²⁷. Infatti, secondo la Corte la necessità dei mezzi adottati non va interpretata nel senso di una loro indispensabilità, ma nel senso dell'esistenza di un bisogno sociale pressante, idoneo a reputare ragionevoli ed utili allo scopo perseguito i mezzi adoperati. La limitazione dello standard di protezione in questi

²¹ Articolo 14 - Divieto di discriminazione. Articolo 8 - Diritto al rispetto della vita privata e familiare. Articolo 9 - Libertà di pensiero, di coscienza e di religione. Articolo 10 - Libertà d'espressione. Articolo 11 - Libertà di riunione e associazione .

²² Cfr. decisione, *Belgian Linguistic*, ric. N. 21/68 del 23 luglio 1968, in materia di certi aspetti della legge belga sull'uso della lingua nell'educazione..

²³ *Sunday Times v. Regno Unito*, ric. N. 1/1979, EhRR 245.

²⁴ Caso *Handyside v. Regno Unito*, ric. N. 5493/72 del 7 dicembre 1976.

²⁵ La Corte offre una definizione autonoma alla nozione di legge nel contesto della Convenzione, definizione che ricomprende la *common law*, si vedano in questo senso i paragrafi 46 e ss. della decisione *Sunday Times*. Interpretata in questo senso, la legge non deve necessariamente avere origine parlamentare, infatti essa può anche essere non scritta e derivare da normative secondarie, sia di creazione legislativa che giurisprudenziale, infatti "si sbaglierebbe a forzare la differenza tra paesi di common law e quelli continentali, la legge scritta (statute law) è importante naturalmente per i primi. Viceversa la giurisprudenza gioca tradizionalmente un ruolo considerabile nei secondi, al punto tale che dei settori interi del diritto positivo sono il risultato, in larga misura, delle decisioni delle corti e dei tribunali. La Corte l'ha del resto presa in considerazione in più di un'occasione per tali paesi (...). Se la trascurasse, la corte non minerebbe le basi dei sistemi giuridici continentali non meno di quanto la sua sentenza *Sunday Times* avrebbe scalfato alla base quello del Regno Unito se avesse escluso la common law dalla nozione di legge", in decisione *Kruslin v. Francia*, ric. N. 11801/85 del 24 aprile 1990, par. 29.

²⁶ Si veda l'evoluzione del concetto da "strictly necessary" a "reasonable necessary" nei casi *Lawless* 1 luglio 1961, *Irlanda c. Regno unito* e *Linguistico Belga* (citare).

²⁷ Il concetto di democrazia, così come individuato dalla giurisprudenza Edu presuppone "pluralismo, tolleranza ed apertura mentale" (caso *Handyside* citato), e per lo Stato, un dovere di neutralità rispetto all'esercizio delle libertà di espressione, religione, associazione ecc..

casi, deve tenere conto di esigenze “such as demands of that pluralism, tolerance and broadmindedness without which there is no democratic society”²⁸.

In queste ipotesi la Corte, riconoscendo il carattere sussidiario della Convenzione rispetto alle scelte dei singoli Stati, decide di sostenere (a volte incoraggiando²⁹), le differenti espressioni di percezione dei valori adottate dai diversi Stati parte, sempre ove il livello di protezione scelto, rientri nell'ambito di quelli compatibili con una società democratica.

In questo senso, il margine di apprezzamento statale risulta inversamente proporzionale rispetto all'esistenza di una nozione comune europea del diritto. La Corte pertanto, è tenuta a rispettare la valutazione statale circa il bilanciamento di taluni diritti di rango costituzionale, limitandosi a verificare il rispetto da parte dello Stato di uno standard minimo di protezione, condivisibile dalla più parte delle società democratiche europee.

La dottrina del margine di apprezzamento rappresenta, pertanto, il riconoscimento da parte della giurisprudenza della Corte EDU dell'esistenza di una sfera più o meno ampia di discrezionalità concessa allo Stato nella determinazione del livello di protezione di interessi collettivi; tale livello, che non è fissato in maniera uniforme dalla Convenzione, lascia libero ciascuno Stato parte di procedere ad una autonoma determinazione, con il limite dato dal rispetto dei principi di una società democratica³⁰. In sostanza, se la dottrina del margine di apprezzamento serve ad individuare l'ampiezza della sfera di discrezionalità concessa allo Stato nella determinazione dei fini concreti della propria azione, il successivo giudizio di proporzionalità (sulla proporzionalità dei mezzi impiegati) serve a determinare la legittimità degli strumenti atti a realizzarli. Infatti, la Corte sottolinea che è necessario un controllo di proporzionalità per l'individuazione del nesso di rispondenza tra la realizzazione degli interessi pubblici e il sacrificio imposto al diritto del singolo, dovendosi pertanto verificare che i mezzi adoperati siano “a measure [that] must be both appropriate for achieving its aims and not disproportionate thereto”³¹.

²⁸ Si vedano in tal senso, i casi *Handyside (citato)*, par. 49; *Lingens v. Austria*, ric. N. 9815/82 del 8 luglio 1986, par. 41; *Open Door v. Irlanda*, ric. N. 14234/88 del 29 ottobre 1988, par. 71 e *Müller v. Svizzera*, ric. N. 10737/84, par. 33.

²⁹ Si pensi alla tematica della necessaria mutabilità dei valori nelle società. Molto spesso l'evoluzione della giurisprudenza in materia di diritti sociali si è fondata sul dialogo interno tra giudici della Corte. Spesso nelle motivazioni delle sentenze e, in particolare, nelle opinioni dissenzienti i giudici, pur non ammettendo la tutelabilità *tout court* del diritto in questione, hanno fornito ampie ricostruzioni della portata e delle diverse interpretazioni offerte dalle giurisprudenze nazionali, contribuendo a preparare il terreno per successivi mutamenti di giurisprudenza. In tal senso Lawson R., *The monitoring of fundamental rights in the Union as a contribution to the European Legal Space: The role of the Court of Human Rights*, REFGOV-FR-7, working Paper Leach, P (2005), *Taking a case to the European Court of Human Rights*, 2ed. Oxford University Press, Oxford 2006.

³⁰ In questo senso, E. Cannizzaro, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Giuffrè 2000, qui p. 68.

³¹ In questo senso la sentenza *James and Others v. Regno Unito*, ric. N. 8793/79 del 21 febbraio 1984.

La misura deve, quindi, risultare non sproporzionata, nel senso di *reasonable*, in relazione al fine perseguito. Il test di proporzionalità è, in queste ipotesi, unico, poiché il giudizio rispetto ai mezzi adoperati viene assorbito dalla valutazione della ragionevolezza della deroga nel contesto di una società democratica.

La dottrina del margine di apprezzamento statale, come ricostruita, descrive, di fatto, l'ampiezza della discrezionalità statale, rispetto alla scelta di valorizzazione di taluni diritti rispetto ad altri, scelta considerata lecita laddove rispettosa degli standard minimi indicati dalla Cedu.

Si tornerà nel prosieguo su questo tema, quando si prenderà in considerazione l'adesione dell'Unione alla Convenzione.

Appare infatti evidente, come la dottrina del margine di apprezzamento statale dovrà essere rimodulata rispetto alle caratteristiche tipiche del sistema Unione, che Stato non è, al momento della adesione di questa alla Cedu. A questo proposito ci si interroga rispetto alla ampiezza del margine di apprezzamento statale che la Corte di Strasburgo potrà accordare all'Unione, particolarmente in materia di garanzia dei diritti sociali.

Posta la carenza di competenze comunitarie in materia di politica sociale, con la conseguente prevalenza delle libertà economiche, intese quali "bisogni imperativi di interesse dell'Unione", nel bilanciamento operato dalla Corte di Giustizia in relazione ai diritti sociali, è doveroso chiedersi se questo *status quo*, sarà giudicato come rientrante nell'ambito di discrezionalità concesso all'Unione, in virtù della teoria del margine di apprezzamento, nei giudizi instaurati davanti alla Corte di Strasburgo, ovvero se la Corte lo reputerà censurabile.

Queste considerazioni appaiono, infatti, fondamentali rispetto ad una valutazione circa il livello di giustiziabilità dei diritti sociali, che l'ordinamento dell'Unione potrà assumere in futuro. L'adesione di questa alla Cedu potrebbe, infatti, essere l'occasione per una maggiore coordinazione del sistema *multilevel* di protezione anche con riferimento ai diritti sociali, sulla scia di quanto già accaduto in materia di diritti civili e politici da una lato, e delle libertà economiche dall'altro.

3. Interpretazione evolutiva e diritti sociali nella giurisprudenza di Strasburgo

Come detto, la Corte di Strasburgo, attraverso un'interpretazione ampia ed evolutiva del testo convenzionale è giunta ad accordare tutela, ancorchè parziale, a talune categorie di diritti sociali.

I principi sui quali si è basata questa interpretazione estensiva dei disposti convenzionali sono essenzialmente tre: l'indivisibilità dei diritti umani, la non discriminazione e l'interpretazione evolutiva ed eteronoma delle norme³². Le prime applicazioni di questi principi si sono avute in materia di interpretazione dell'art. 6 Cedu, rubricato equo processo. In particolare, il principio di indivisibilità dei diritti umani viene utilizzato per la prima volta già nella sentenza *Airey*, per sostenere che l'obbligo degli Stati membri di provvedere alla difesa d'ufficio, così come ricavato ex art. 6, non si estende solo all'ambito dei giudizi penali ma anche a quello dei giudizi civili ed amministrativi. L'art. 6³³, inizialmente riferito esclusivamente ai diritti civili, nel senso di una sua applicazione solo in presenza di obbligazioni derivanti da contenziosi su diritti civili o politici, è stato progressivamente esteso al campo del *social welfare* con l'interpretazione fornita nella sentenza *Feldbrugge v. Netherlands* del 1986, e poi con la sentenza *Salesi v. Italia* del 1998. In questi casi la richiesta di un'indennità per incapacità al lavoro, viene interpretata dalla Corte come diritto economico individuale³⁴, direttamente invocabile dal cittadino nei confronti dello Stato. Poiché l'articolo 6 prescrive che i cittadini debbano poter avere la possibilità di ricorrere ad un giudice precostituito per legge,

³² L'articolo 6 in materia di equo processo fa esplicito riferimento esclusivamente ai diritti civili, tuttavia, la nozione di diritto civile ha nell'ambito della Convenzione un autonomo significato, esso si riferiva inizialmente solo ai diritti discendenti dalla legislazione privatistica ma successivamente è stato esteso anche all'ambito del *social welfare*. Cfr. il prosieguo di questo capitolo.

³³ Infatti l'art. 6 prevede che:

1 Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti. La sentenza deve essere resa pubblicamente, ma l'accesso alla sala d'udienza può essere vietato alla stampa e al pubblico durante tutto o parte del processo nell'interesse della morale, dell'ordine pubblico o della sicurezza nazionale in una società democratica, quando lo esigono gli interessi dei minori o la protezione della vita privata delle parti in causa, o, nella misura giudicata strettamente necessaria dal tribunale, quando in circostanze speciali la pubblicità possa portare pregiudizio agli interessi della giustizia.

2 Ogni persona accusata di un reato è presunta innocente fino a quando la sua colpevolezza non sia stata legalmente accertata.

3 In particolare, ogni accusato ha diritto di: a essere informato, nel più breve tempo possibile, in una lingua a lui comprensibile e in modo dettagliato, della natura e dei motivi dell'accusa formulata a suo carico; b disporre del tempo e delle facilitazioni necessarie a preparare la sua difesa; c difendersi personalmente o avere l'assistenza di un difensore di sua scelta e, se non ha i mezzi per retribuire un difensore, poter essere assistito gratuitamente da un avvocato d'ufficio, quando lo esigono gli interessi della giustizia.

³⁴ In questo senso anche le decisioni *Deumeland v. Germania*, ric. N. 9384/81 del 29 maggio 1986, *Schuler-Zraggen v. Svizzera*, ric. N. 14518/89 del 24 giugno 1993 e *Mennito v. Italia*, ric. N. 33804/96 del 5 ottobre 2002.

indipendente ed imparziale, qualificare la prestazione sociale come diritto economico individuale, equivale ad ammettere l'obbligo di garantire, in questa materia, processi che abbiano le medesime caratteristiche di quelli rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 6 Cedu.

Nella maggior parte degli Stati parte, invece, le dispute riguardanti materie sociali sono generalmente devolute ad organi che non soddisfano i criteri dell'art. 6, dovendosi, pertanto, considerare questi organi, giurisdizioni speciali, ai sensi della giurisprudenza EDU³⁵. La Corte di Strasburgo sostiene, infatti, che essere titolari di una pretesa sociale, come un'indennità o un sussidio, determini la sussistenza di un vero e proprio diritto economico nei confronti dello Stato e che, anche questo tipo di pretese, debba essere giudicato secondo i canoni dell'equo processo, così come stabiliti dall'art. 6, sia che la pretesa sia di natura contributiva sia che non lo sia.

Definire la pretesa sociale come un diritto economico, evolvendo la nozione di diritto civile, nel senso di una sua autonomia rispetto all'esistenza di un'obbligazione contrattuale, comporta, con un effetto domino, l'ampliamento della definizione dell'ambito di applicazione dell'art. 14 e dell'art. 1 Prot.1, inerenti la non discriminazione e il pacifico godimento della proprietà.

Inizialmente, solo i benefici sociali derivanti dal pagamento di un'assicurazione erano ritenuti dalla Corte rientranti nell'ambito della tutela prevista dal combinato disposto di tali articoli, poiché solo essi generavano un diritto di proprietà ai sensi di quanto disposto dall'art. 1 Prot. 1. Nella sentenza *Stec v. UK* del 2006, tuttavia, la Corte amplia nuovamente la propria interpretazione ed estende la tutela, anche, a quei benefici non di derivazione contributiva. Infatti, secondo i giudici, in un sistema coerente, quale quello della Convenzione, dal momento che l'art. 6 si applica anche ai benefici di natura non contributiva, esso dovrà estendersi anche all'interpretazione dell'art. 1 Prot.1. Difatti, si argomenta che, benché la Convenzione non obblighi gli Stati a prevedere determinati sussidi sociali, qualora tali tipi di contribuzioni siano disciplinate dai sistemi di previdenza sociale nazionali, queste non possano essere erogate sulla base di criteri discriminatori, ai sensi dell'art. 14 Cedu. Ciò nonostante, il margine di apprezzamento statale in questa materia rimane rilevante, in particolar modo in tema di pensioni; nel caso *Runkee & Withe v. UK* del 2007, alla luce del fatto che “any welfare system, to be workable, may have to use broad categorisations to distinguish between differnt groups in need...” la Corte sostiene, una certa libertà degli Stati,

³⁵ Come si è già argomentato nel primo capitolo di questo lavoro, gli Stati membri della Convenzione prevedono differenti modelli giurisdizionali e di ricorso per la garanzia dei diritti sociali. A questo proposito si rinvia alla nota... cap. 1, p. .

nell'approntare i propri regimi sociali, in particolar modo sotto il profilo dei gruppi sociali a cui rivolgersi³⁶, escludendo una violazione dell'art. 14. Secondo la Corte non sarebbe, pertanto, possibile riscontrare una violazione dell'art. 1 Prot. 1, laddove il ricorrente non soddisfi le condizioni d'accesso previste dalla legislazione nazionale per l'erogazione delle pensioni³⁷. La stessa giurisprudenza ammette, tuttavia, delle eccezioni a tale interpretazione; nel recente caso *Moskal v. Polonia* del 2010, ad esempio, lo Stato è stato condannato per aver chiesto il rimborso di una pensione già pagata, poiché disposta sulla base di necessità venute poi a dichiararsi inesistenti. In questo caso la Corte ha restretto molto il margine di apprezzamento, riconoscendo una vera e propria lesione di un diritto di proprietà, a tutti gli effetti costituito.

Poiché la tutela offerta dai diritti sociali viene ricavata sulla scorta delle previsioni in materia di diritti civili e politici, spesso (o nella quasi totalità dei casi) in combinazione con l'art. 14, a livello di principio, la Corte ha sostenuto che anche l'art. 3³⁸ possa essere violato dalle disposizioni statali riguardanti il *welfare*, laddove la negazione dei sussidi (di malattia, disoccupazione, disabilità, vecchiaia ecc.) comporti come risultato la condanna per il cittadino ad una vita di stenti e miseria, che possa considerarsi alla stregua di un trattamento disumano e degradante. Ciò nonostante, ad oggi, la Corte di Strasburgo non ha ancora riconosciuto alcun caso in cui possa ritenersi violato l'art. 3, in relazione alla negazione delle prestazioni di benefici sociali. Difatti, l'evoluzione giurisprudenziale non è ancora giunta a riconoscere il diritto ad una vita dignitosa, nei termini di un obbligo, in capo allo Stato, di mantenimento dei soggetti più deboli, così da potersi riscontrare delle situazioni concrete di trattamenti disumani e degradanti³⁹. Benchè in principio, una totale mancanza o insufficienza di pensioni o altri benefici sociali, possa costituire una violazione dell'art. 3⁴⁰, attualmente la Corte non si è ancora spinta fino al riconoscimento di un obbligo statale alla garanzia di un reddito minimo⁴¹, dimostrando le lacune del metodo evolutivo di interpretazione.

³⁶ In altri casi la Corte, al contrario, sostiene che la differenza di trattamento sia oggettivamente ingiustificata, in tal senso si vedano i casi *Andrejeva v. Lituania*, ric. N. 8777/79 del 18 febbraio 2009, e *Luczak v. Polonia*, ric. N. 77782/10 del 27 novembre 2007.

³⁷ Cfr. decisioni *Rasmussen v. Danimarca*, ric. N. 55707/00 del 28 novembre 2009, e *Aalto v. Finlandia*, 2010.

³⁸ Articolo 3, in materia di divieto di tortura e di trattamenti disumani e degradanti.

³⁹ Si veda in questo senso il caso *Pancenکو v. Lituania*, ric. N. 40772/98.

⁴⁰ Cfr. *Budina v. Russia* (cit.), dove la locuzione “a wholly insufficient amount of social welfare” ancora, non trova una definizione univoca.

⁴¹ Per il dibattito dottrinale in materia di reddito garantito come diritto fondamentale tra molti si vedano B. Ackerman *La giustizia sociale nello Stato liberale*, Bologna, Il Mulino, 1984, pag. 402, U. Beck, *Conditio humana. Il rischio nell'età globale*, Bari, Laterza, 2007, 12, Y. Vanderborght, *Il reddito minimo universale*, Milano, Università Bocconi, 2006, C. Del Bo *Un reddito per tutti*, Pavia, Ibis, 2004, S. Sciarra, *Is flexicurity a European policy?* (a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone, *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni e politiche*, Roma, Ediesse, 2009, e Blchiz D., *Poverty and Fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights*, Oxford University Press, Oxford 2007.

Il secondo meta principio che la Corte di Strasburgo utilizza per ricavare interpretativamente una tutela convenzionale dei diritti sociali è, come detto, la non discriminazione. La Convenzione lo prevede all'art. 14⁴², come principio generale, disponendo che esso debba essere applicato in riferimento a tutti i diritti in essa contenuti⁴³. Pertanto, attraverso la lettura in combinato dell'art. 14 con gli altri articoli della Convenzione, la Corte accorda tutela ad una serie di situazioni che rientrano nell'ambito della garanzia dei diritti sociali. In particolare, come si dimostrerà in seguito, l'analisi congiunta dell'art. 8 in relazione all'art. 14 conduce la Corte a tutelare fattispecie che singolarmente non rientrerebbero nel campo di applicazione della Convenzione e che, per tale tramite, al contrario, possono trovare soddisfazione: come ad esempio il diritto alla privacy, quello alla personalità, il diritto ad un ambiente sano ed altri.

Sotto questo profilo, la Corte di Strasburgo dimostra una singolare capacità di interpretazione evolutiva del dettato convenzionale, nonché una straordinaria capacità recettiva nei confronti di fonti eteronome in materia di diritti umani.

Particolarmente in materia di interpretazione evolutiva della Convenzione, la Corte sostiene che, al fine di rendere effettive le garanzie offerte dalla Cedu, sia necessario dare ad esse un'interpretazione che sia coerente con il quadro attuale di riferimento, tenendo presente l'evoluzione economica, giuridica e sociale degli Stati europei. In questo senso essa si

Si sottolinea qui, come queste argomentazioni potrebbero trovare terreno fertile, anche sul fronte dell'Unione, laddove si interpretassero i riferimenti del Trattato di Lisbona ad un livello di vita sostenibile, nel senso di ammettere il diritto all'abitazione come diritto fondamentale dell'individuo per il pieno sviluppo della propria esistenza. In un'ottica di adesione questi potrebbero difatti, divenire, temi di un fertile confronto in un'ottica *multilevel* di giurisdizioni.

⁴² L'art. 14 recita che: Il godimento dei diritti e delle libertà riconosciuti nella presente Convenzione deve essere assicurato senza nessuna discriminazione, in particolare quelle fondate sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o quelle di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita o ogni altra condizione.

⁴³ Il protocollo 14, entrato in vigore il 1 giugno 2010, dopo l'ultima ratifica da parte della Duma Russa è stato emanato al fine di rendere più efficace il funzionamento della Corte europea dei Diritti dell'Uomo. Il Protocollo n. 14 della Convenzione ha introdotto come principali modifiche: che le decisioni di ammissibilità della Corte Edu siano prese da un singolo giudice, assistito da relatori extra-giudiziari; per i ricorsi che appartengono ad una serie derivante dalla stessa carenza strutturale a livello nazionale, la proposta sia dichiarata ammissibile e giudicata da una commissione di tre giudici; nonché dei nuovi criteri di ammissibilità per i ricorsi. Nella prospettiva di permettere alla Corte una maggiore flessibilità, è stato aggiunto un nuovo requisito di ammissibilità (oltre alle condizioni già esistenti, quali l'aver già percorso i diversi gradi di giudizio nazionali, o il limite temporale di sei mesi). Grazie a questo requisito, la Corte può dichiarare inammissibili le istanze nel caso in cui il richiedente non abbia subito uno svantaggio significativo, purché il "rispetto dei diritti umani" non richieda che la Corte si faccia pienamente carico del ricorso e ne esamini il merito. Tuttavia, per evitare che ai ricorrenti venga negata una tutela giuridica per il pregiudizio subito, per quanto minimo questo sia, la Corte non potrà rigettare un ricorso su tali basi, se lo Stato chiamato in causa non ne prevede una tutela. Sulla base del Protocollo, il Comitato dei Ministri, ha inoltre, sulla base di una decisione presa a maggioranza dei due terzi, maggiori poteri per avviare un'azione giudiziaria davanti alla Corte in caso di inottemperanza alla sentenza da parte di uno Stato. Il Comitato dei Ministri ha anche il nuovo potere di chiedere alla Corte l'interpretazione di una sentenza. Questa facoltà è destinata ad assistere il Comitato dei Ministri nel suo compito di supervisione dell'attuazione delle sentenze, in particolare nel determinare quali misure siano necessarie per ottemperare ad una sentenza.

propone di interpretare i diritti, così come percepiti nelle differenti società europee, anche nell'ottica di ricercare, soprattutto con riferimento ai cosiddetti diritti nuovissimi o di ultima generazione, l'esistenza di un consenso di tipo europeo⁴⁴.

La tematica del consenso è un punto centrale nelle argomentazioni della Corte a sostegno di tesi particolarmente innovatrici, che difficilmente trovano supporto nel dettato convenzionale. Conscia dei limiti entro i quali essa può esprimersi, tenendo presente che, soprattutto in materia sociale, il margine di apprezzamento statale è più ampio rispetto ad altre materie, la Corte di Strasburgo ha innovato la propria giurisprudenza ricercando nei diritti nazionali interpretazioni a sostegno dei propri giudizi novativi, con la consapevolezza che, quanto più la società europea abbia sviluppato un consenso su determinate fattispecie, tanto più le proprie sentenze troveranno seguito e, soprattutto, applicazione.

L'interpretazione evolutiva del testo Convenzionale trae, quindi, spunto dallo studio del consenso e dell'evoluzione del diritto degli Stati parte, ed è integrata attraverso l'utilizzo di testi internazionali di tutela dei diritti umani⁴⁵. Infatti, "lorsqu'elle définit le sens des termes et des notions figurant dans le texte de la Convention, elle peut et doit tenir compte des éléments de droit international autres que la Convention, des interprétations faites de ces éléments par les organes compétents et de la pratique des états européens reflétant leurs valeurs communes...dans ce contexte, il n'est pas nécessaire que l'état défendeur ait ratifié l'ensemble des instruments applicables dans le domaine précis dont relève l'affaire concernée. Il suffit à la Cour que les instruments internationaux pertinents dénotent une évolution continue...et attestent, sur un point précis, une communauté de vue dans les sociétés modernes⁴⁶". È molto interessante notare come la Corte utilizzi gli strumenti internazionali come parametro di riferimento in merito al riconoscimento di taluni diritti, a prescindere che lo Stato parte sia firmatario o meno dello strumento scelto, nel senso di valorizzare la loro capacità ricognitiva piuttosto che l'effettiva vincolatività. Infatti, l'opera interpretativa della Corte europea dei

⁴⁴ Per tutte si veda la sentenza della Grande Camera, *Demir et Baykara v. Turchia*, ric. N. 34503/92 del 12 novembre 2008.

⁴⁵ Le dimensioni di questo lavoro non consentono di dar conto di tutto questo complesso sistema di Convenzioni (se ne contano circa 200), che da solo giustificerebbe una ponderosa trattazione. Ci limiteremo pertanto ad indicare le materie che costituiscono oggetto degli strumenti giuridici convenzionali adottati dal Consiglio d'Europa: si tratta dell'ambiente, dell'arbitrato, dell'assistenza giudiziaria in materia penale, dell'assistenza sociale e medica, della biomedicina, della protezione dei diritti sociali, del cinema, della circolazione delle persone, delle collettività locali e regionali, della cooperazione giuridica in materia civile, penale, amministrativa e fiscale ed in altre aree, della lotta alla corruzione ed alla criminalità informatica, della cultura, dei diritti umani, del diritto audiovisivo, del diritto civile, del diritto commerciale, del diritto di famiglia e dei minori, del diritto finanziario, del diritto internazionale generale, dell'esecuzione delle sanzioni, dell'extradizione, dell'insegnamento superiore, dei lavoratori migranti, del lavoro alla pari delle minoranze, della cittadinanza, della prevenzione della tortura, dei procedimenti giurisdizionali, della proprietà intellettuale, della protezione degli animali, della protezione dei dati, della protezione delle vittime dei reati, della protezione sociale degli agricoltori, di responsabilità civile, di rifugiati, di sanità pubblica, di sicurezza sociale, di sport, di terrorismo, di testamenti, di trasmissione delle procedure giurisdizionali.

⁴⁶ Ancora il caso *Demir et Baykara* (cit.) par. 85 e 86.

diritti dell'uomo è volta a forgiare una concezione globale dei diritti contemplati nel testo convenzionale, affermando che tra le categorie di diritti non esiste un compartimento stagno (cloison étanche), “giacché se è vero che la Cedu protegge essenzialmente diritti di carattere civile e politico, alcuni di essi hanno necessariamente, perché siano concretamente assicurati, delle propaggini di ordine economico e sociale”⁴⁷ e, a tale scopo, la ricostruzione viene, pertanto, effettuata sulla base dell'analisi dei sistemi internazionale, nazionale e comunitario di protezione dei diritti dell'uomo, al fine di una verifica degli sviluppi in tema di diritti fondamentali di stampo globale.

Da quello che si è detto, emerge come la giurisprudenza EDU sia una giurisprudenza in costante mutamento, se da un lato questo può essere salutato come una garanzia per tutelare in maniera sempre “aggiornata” i diritti che, pur non essendo ricompresi nel catalogo convenzionale meritano tuttavia una protezione, dall'altro si deve ricordare che non sempre la Corte ha fatto ricorso a tali tecniche interpretative con successo, particolarmente in ambiti “sensibili” delle legislazioni nazionali. È dunque necessario verificare caso per caso, ed in relazione ai diversi diritti tutelati dalla Cedu quale sia la posizione della Corte, e in che modo essa arriva ad accordare tutela anche ai diritti sociali che non sono espressamente enunciati nella Convenzione. Tale analisi deve essere condotta tenendo presente la teoria del margine di apprezzamento statale, al fine di individuare quale siano in concreto le tutele che al singolo vengono accordate in ambito sociale, da parte della Corte di Strasburgo.

3.1 Il margine di apprezzamento statale in riferimento ai diritti sociali

Ad una prima analisi si può rilevare che, il margine di apprezzamento statale sia uno spazio di libertà di manovra concesso agli Stati parte della Convenzione, rispetto alla tutela dei diritti umani, laddove esistano esigenze rilevanti, motivate e giustificate, tali per cui la compressione dei diritti fondamentali risulti secondaria rispetto all'interesse generale statale che si vuole difendere.

La teoria del margine di apprezzamento serve, dunque, a risolvere le ipotesi di conflitto in cui il diritto tutelato dalla Cedu deve essere modulato rispetto alla garanzia di interessi statali concorrenti. La Convenzione non essendo, tuttavia, un corpus cristallizzato ma continuamente modellato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, deve essere “letto alla luce delle

⁴⁷ Cfr. sentenza *Airey v. Irlanda*, (cit.) paragrafo 26.

concezioni prevalenti ai nostri giorni negli ordinamenti democratici”⁴⁸. Partendo dal presupposto che, responsabili dell'eventuale violazione convenzionale siano gli Stati membri, in quanto parti della Convenzione e quindi unici responsabili di fronte ad essa, è tuttavia riconosciuto loro un privilegio rispetto alla valutazione del caso concreto in cui sia necessario limitare il godimento di taluni diritti. Un secondo fattore determinante è la portata del diritto convenzionale, la Convenzione soggiace, infatti, al principio di sussidiarietà che può essere ricavato dalla lettura del suo art. 1, il quale riconosce un ampio grado di autonomia agli Stati contraenti in ordine alle modalità di incorporazione della Convenzione e alla sua collocazione nel sistema delle fonti, riconoscendo l'ordinamento statale quale luogo primario per la protezione dei diritti fondamentali; questo carattere sussidiario è confermato dall'obbligo di previo esperimento dei ricorsi interni, disciplinato dall'art. 35 par. 1 e nella cosiddetta “clausola di salvaguardia” contenuta all'art. 53, che sancisce l'obbligo di non interpretare le disposizioni convenzionali in modo da limitare o pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali già tutelati da leggi statali o da accordi internazionali. Pertanto, il margine di apprezzamento statale deve essere letto nella sua “funzione di raccordo fra la Convenzione e le norme nazionali, [il quale] contribuisce a determinare i limiti all'attuazione della Cedu, con particolare riferimento alle ipotesi di incompatibilità tra i diritti individuali da essa riconosciuti e quelli protetti a livello nazionale ma non coperti dalla Convenzione, stanti le profonde differenze socioculturali riscontrabili nei diversi ordinamenti statali”⁴⁹.

La dottrina del margine di apprezzamento così come sviluppata dalla Corte di Strasburgo ha dunque, lo si ripete, quale prima finalità quella di garantire una uniforme applicazione delle Convenzione, quanto meno come standard minimo di tutela, in tutti quei casi in cui l'interpretazione e la tutela dei diritti umani diverge maggiormente tra i diversi Stati membri. Data la natura sussidiaria della Convenzione, certa dottrina⁵⁰ ha sostenuto che la teoria del margine sia “the natural product”⁵¹ della distribuzione di poteri tra gli Stati parte e gli organi di Strasburgo. Difatti, la giurisprudenza EDU ha esteso nel tempo, l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento, dall'ambito originario relativo all'interpretazione

⁴⁸Così sentenza *Von Der Musselle v. Belgio*, ric. N. 8919/80 del 23 novembre 1983 par. 37.

⁴⁹ Si veda P. Pustorino, *Articolo 53 (commento)* in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 200, p. 747.

⁵⁰ Tra gli altri si veda R. St. J. Macdonal, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the Euroean Court of uman Rigts*, in *International law at the time of its codification: Essay in honour of Roberto Ago*, Giuffrè 1987 qui p. 123.

⁵¹ Cfr. P. Mahoney, *Judicial activism and judicial self-restraint in the European Court of Human Rights: two sides of the same coins*, 11/1990 *Human Rights law Journal*, p. 81

dell'art. 15, a tutti i diritti della Convenzione, fatta eccezione per quattro che sono considerati come non derogabili in qualsiasi circostanza⁵².

Con riguardo ai diritti sociali, i quali non essendo espressamente previsti dalla Convenzione vengono ricavati interpretativamente dagli art. 6 e 8-11 Cedu, il margine di apprezzamento statale deve essere valutato rispetto alle clausole predisposte nei secondi commi di tali articoli, posto che questi prevedono al primo comma l'enunciazione del diritto ed al secondo le ragioni imperative che possono limitarlo. Tali clausole dispongono, come osservato, i parametri entro i quali e rispetto ai quali gli Stati membri possono limitare l'esercizio dei diritti sanciti ai primi commi degli stessi articoli. In particolare, essi prevedono un triplo grado di valutazione: anzitutto la limitazione deve essere prevista dalla legge; benchè la nozione di legge ai fini della Convenzione sia più ampia di quella tradizionale, comprendendo anche norme di tipo regolamentare e la *common law*, essa deve tuttavia essere caratterizzata dalla sua sottoposizione alla *rule of law*, e cioè deve poter essere sottoposta al vaglio di un tribunale indipendente. Inoltre, la legge nazionale deve essere accessibile per i cittadini e formulata con sufficiente precisione⁵³. In secondo luogo, la limitazione deve perseguire un fine legittimo: la Convenzione prevede espressamente che tale fine possa essere l'interesse per la sicurezza della nazione, la sicurezza pubblica, l'interesse economico generale, la prevenzione di disordini o crimini, la protezione della salute pubblica, la protezione della morale, o la tutela dei diritti e delle libertà altrui. In terzo luogo, la limitazione deve essere necessaria in una società democratica e ciò significa che deve sussistere un "pressing social need for the interference"⁵⁴, la cui valutazione dipenderà da quanto la misura risulti proporzionata. Il canone della proporzionalità, non espressamente richiamato dalla Convenzione, si desume dalla sua giurisprudenza⁵⁵. Tuttavia, la definizione che si ricava da quest'ultima non è univoca, nel senso che la sola indicazione chiaramente fornita è che debba esistere una ragionevole relazione tra un particolare obiettivo che si vuole raggiungere e, i mezzi utilizzati per tale fine⁵⁶.

⁵² I diritti non derogabili sono quello alla vita (art. 2), la proibizione di torture (art. 3), la proibizione della schiavitù e lavori forzati (art. 4) e la libertà dalla legge ex post facto (art. 7).

⁵³ Nel caso *Silver e altri v. UK*, ric. N. 5947/72 del 11 ottobre 1983, la Corte ha dettato i canoni per la definizione di legge sostenendo che "First the interference must have some basis in domestic law. Second the law must be adequately accessible: the citizen must be able to have an indication that is adequate, in the circumstances, of the legal rules applicable to a given case. Third, a norm cannot be regarded as law unless it is formulated with sufficient precision to enable the citizen to regulate his conduct: he must be able - if need be with appropriate advice - to foresee, to a degree that is reasonable in the circumstances, the consequences which a given action may entail..." , par. 86-88.

⁵⁴ Cfr. sentenza *Dudgeon v. UK*, del 23 settembre 1981 An. 45, par. 51

⁵⁵ Si vedano ad esempio i casi *Handyside* (cit.) par. 49, e *Leander v. Svezia* del 36 marzo 1987 An. 116, par. 58.

⁵⁶ Si veda per tutte la sentenza *Laskey, Jaggard e Brown* (cit.), nella quale la Corte ha affermato, tra l'altro, che la nozione di necessità implica un'ingerenza fondata su una prevalente necessità sociale e segnatamente proporzionata allo scopo legittimo perseguito; per pronunciarsi sulla necessità di una ingerenza, la Corte tiene

Gli Stati membri hanno, dunque, un margine d'apprezzamento rispetto alla determinazione di ciò che è necessario nella loro società, il quale non è valutabile a priori e si assottiglia laddove le misure adottate ledono particolari aspetti salienti del diritto in questione⁵⁷, posto il fatto che sugli Stati grava l'obbligo di assicurare il godimento dei diritti previsti dal I capo della Convenzione, a norma di quanto disposto dal suo art. 1. Inoltre, il margine di apprezzamento è inferiore anche laddove vi sia un ampio consenso in Europa circa la definizione della tutela da accordare a certi diritti⁵⁸, nonché quando il contenuto del fine perseguito sia oggettivamente accertabile⁵⁹.

Il margine di apprezzamento statale è, invece, maggiore laddove la decisione di limitare il godimento di un diritto si fondi su questioni di sicurezza nazionale⁶⁰, di politica sociale ed economica⁶¹, di etica o di morale⁶² e di pianificazione economica generale⁶³.

In ogni caso lo Stato deve operare un equo bilanciamento tra l'interesse generale e quello individuale, ed è proprio in relazione a tale bilanciamento che lo Stato ha un certo margine di apprezzamento. Infatti, la Corte di Strasburgo sostiene che, con riguardo alle clausole limitative degli artt. 8-11, esse devono essere “narrowly interpreted, and that the necessity for any restriction must be convincingly established”⁶⁴.

Se quindi il margine di apprezzamento si riferisce alla discrezionalità accordata, entro i limiti sopra esposti, agli Stati per limitare il godimento dei diritti prescritti dalla Convenzione,

conto del potere discrezionale che deve essere lasciato alle autorità nazionali (...). La decisione di queste ultime è sottoposta al controllo della Corte, che ne verificherà la conformità con i requisiti della Convenzione. L'estensione del potere discrezionale non è la medesima per tutti i casi, ma varia in funzione del contesto. Fra gli elementi pertinenti vi sono la natura del diritto convenzionale in causa, la sua importanza per l'individuo e il genere di attività in oggetto

⁵⁷ Per fare un esempio, nel caso della tutela della vita privata (art. 8), tale margine è particolarmente stretto in tutti quei casi in cui la normativa nazionale pone dei limiti all'esercizio dei diritti riguardanti la sfera della sessualità.

⁵⁸ Vedere, sentenze *Norris v. Irlanda*, ric. N. 10581/83 del 23 ottobre 1988, par. 46 e *Evans v. UK*, del 27 aprile 2007, par. 71

⁵⁹ Cfr. sentenza *Sunday Times* (cit.) par. 59.

⁶⁰ Vedere, sentenza *Klass*, ric. N. 5029/77 del 6 settembre 1978, par. 48-49, *Leander*, (cit.), par. 59

⁶¹ In questo senso, sentenze *Connors v. UK*, ric. N. 66746/01 del 27 maggio 2004, par. 82 e *Hatton v. UK*, ric. N. 36022/97 del 2 ottobre 2001, par. 97, dove la Grande Camera ha sostenuto che “in matters of general policy, on which opinions within a democratic society may reasonably differ widely, the role of the domestic policy maker should be given special weight”.

⁶² Cfr. sentenze *Handyside* par. 48, *Dudgeon* par. 52 e *Evans* 2007 par. 77 (citati).

⁶³ Cfr. sentenze *Connors* (cit.) par. 82, e *Buckley v. UK*, ric. N. 20348/92 del 25 settembre 1996, par. 75.

⁶⁴ Cfr. sentenze *Funke v. Francia*, ric. N. 10828/84 del 25 febbraio 1993, par. 55.

tuttavia tale discrezionalità deve essere valutata in relazione al principio di proporzionalità⁶⁵ al fine di assicurare l'individuo da illegittime restrizioni da parte dello Stato⁶⁶.

Il principio di proporzionalità⁶⁷ opera, pertanto, in maniera inversamente proporzionale rispetto al margine di apprezzamento, infatti, tanto più sarà severo il test di proporzionalità tanto meno sarà ampio il margine di apprezzamento statale.

In particolare il margine di apprezzamento viene ad assumere maggiore rilievo in quattro ambiti: considerazioni sulla morale, situazioni riguardanti la sicurezza nazionale e la prevenzione del crimine, ambiti in cui esiste un debole consenso europeo ed, infine, ambiti in cui lo Stato ha l'obbligo di rispettare delle obbligazioni positive. Con riguardo alle situazioni in cui vengono in rilievo considerazioni riguardanti la morale, gli organi di Strasburgo accordano un ampio margine d'apprezzamento agli Stati per la definizione di questioni riguardanti la cultura, la morale e la religione, rifiutando in questi casi di applicare sia il metodo comparativo che quello evolutivo⁶⁸. Anche le questioni riguardanti la tutela della sicurezza nazionale e la protezione contro il crimine, sono ambiti in cui il margine di apprezzamento statale è considerato più ampio, posto che la buona fede riconosciuta agli Stati, nella scelta delle restrizioni al godimento di taluni diritti, accorda loro un beneficio del dubbio più ampio, circa la prova della necessità di tali azioni, con il limite di una adeguata ed effettiva garanzia contro gli abusi.

Il terzo ambito di discrezionalità statale si ha laddove non esista un consenso europeo consolidato, in questo senso, quando la maggior parte degli Stati membri possiede una posizione comune rispetto alla valutazione di un dato diritto, la minoranza degli altri verrà ad essere esclusa, viceversa la discrezionalità statale potrà essere più ampia.

Infine, il margine di apprezzamento statale è considerato maggiore laddove esistano degli obblighi positivi per gli Stati al fine di garantire il godimento di determinati diritti ai cittadini. In tali casi, infatti, è necessario operare un bilanciamento che tenga in considerazione l'azione concreta degli Stati e le questioni riguardanti l'allocazione delle risorse finanziarie, tenendo presente l'efficienza funzionale e il rispetto delle scelte democratiche dei singoli Stati.

⁶⁵ Per una esaustiva disamina del principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte EDU si veda, M. Eissen, *The principle of proportionality in the case-law of the European Court of Human Rights*, in Macdonald, Petzold e Matscher (ed.) *The european system for the protection of Human rights*, M. Nijhoff, Dordrecht, 1993 cap. 7.

⁶⁶ Y. Arai-Takahashi, *The margin of appreciation doctrine and th principle of propotionality in the Jurisprudence of the ECHR*, Itersentia, 2002

⁶⁷ Vedi tra i molti J. McBride, *Proportionality and the European Convention on Human rights*, in E. Ellis, *The principle of proportionality*, in *The Laws of Europe*, Hart Oxford, 1999 p. 23.

⁶⁸ La classica formulazione di tale applicazione della teoria del margine di apprezzamento statale, si ritrova nel caso *Handyside v. UK*, già citato.

Come si è già detto, la teoria del margine di apprezzamento prevede l'esperimento, anche, un test di proporzionalità; tale test è però, meno rigoroso rispetto a quello operato dalla Corte di Giustizia⁶⁹, infatti esso è strettamente connesso al cosiddetto test di sufficienza: se non vi è una ragione sufficiente che giustifichi l'adozione di una misura restrittiva, allora il principio di proporzionalità non è rispettato⁷⁰, viceversa quando il test di sufficienza è rispettato gli organi di Strasburgo considereranno come superato anche il test di proporzionalità⁷¹. Secondo questa giurisprudenza, il test di proporzionalità non è superato anche in tutti i casi in cui esiste una soluzione alternativa meno restrittiva dei dritti dei singoli, che poteva essere adottata per raggiungere il medesimo fine⁷².

Vi è un ulteriore elemento da tenere presente con riferimento a questo test di proporzionalità: la Corte Edu fa spesso ricorso all'uso della interpretazione evolutiva, nel senso di monitorare l'evoluzione che l'interpretazione dei diritti umani ha negli Stati parte, al fine di superare l'iniziale interpretazione dei diritti così come ricavabile dai lavori preparatori, con l'evidente scopo di rendere la propria giurisprudenza più in linea con l'evoluzione delle società europee⁷³.

Si deve qui porre in rilievo che in alcuni ambiti il margine di apprezzamento statale gode di un'ampiezza elevata soprattutto quando sono in gioco interessi socio-economici della nazione, laddove la Corte riconosce un ampio grado di discrezionalità alle autorità statali. Il giudizio della Corte in questi casi deve tenere in considerazione svariati fattori, tra cui le conseguenze nel medio e lungo periodo, tuttavia, essa raramente rileva, in questi ambiti, delle violazioni alla Convenzione, proprio richiamando il principio del margine di apprezzamento e sottolineando come gli Stati siano liberi, entro certi limiti, di valutare se interessi socio-economici nazionali siano prevalenti rispetto agli interessi dei singoli⁷⁴. In questi casi spetta,

⁶⁹ Tra le innumerevoli sentenze in materia si vedano: Corte Giust., causa C-182/84, *Miro*, in Raccolta, 1985 3731 e ss., punto 14; Corte Giust., causa, *Fedesa*, C-331/88, in Raccolta p. I 4023 ss., punto 13 e 5 maggio 1998, *Regno Unito c. Commissione*, C – 180/96, in Raccolta p. I-2265 ss., punto 96; *Tempelman e.a.c. Directeur van de Rijksdienst voor de keuring van Vee en Vlees*, C -96/2003 e C- 97/2003; conclusioni dell'Avv. Tizzano nel caso *ABNA Ltd e al. C. Secretary of State for Health e al.*, C 453/03, C-11/04 e C-12/04; Osservazioni dell'Avv. generale Tesauro nella causa C-68/89, *Commissione c. Paesi Bassi*, in Raccolta, 1991, I-2637 ss.; Corte Giust., C-155/73.

⁷⁰ Cfr. sentenza Corte Edu *Dudgeon v. Uk* (cit.), par. 61

⁷¹ In questo senso si vedano le sentenze della Corte Edu *Buckley v. Uk*, par. 84 e *Laskey, Jaggard e Brown v. UK*, par. 49, già citate.

⁷² Cfr. sentenze Corte Edu, *Campbell e Fell v. UK*, ric. N. 7819/77 del 28 giugno 1982, par. 144 e *Campbell v. UK*, ric. N. 1358/88 del 25 marzo 1992, par. 52-53.

⁷³ Un esempio di evoluzione della morale e costume delle società europee può ritrovarsi nel mutamento storico del significato del concetto di “figlio illegittimo” dagli anni 50 ad oggi; laddove la Corte riconosce che al giorno d'oggi i figli nati fuori dal matrimonio debbano essere considerati alla stregua di quelli definiti legittimi, stante l'evoluzione del sistema famiglia nelle società europee. In questo senso cfr. sentenza *Marckx v. Belgio*, ric. N. 6833/74 del 13 giugno 1979, par. 41.

⁷⁴ A tal proposito esiste una nutrita giurisprudenza in materia di espropriazione forzata da parte delle autorità nazionali. La Corte in questi casi raramente ha rilevato la violazione dell'art. 1 prot. 1, proprio sul rilievo che il margine di apprezzamento statale in questi casi sia maggiore e non possa essere sindacato attraverso i

infatti, alle autorità nazionali valutare se esiste una proporzionalità tra la misura adottata per fini comuni e la lesione del diritto del singolo, secondo la Corte infatti “in determining whether a fair balance exists...the state enjoys a wide margin of appreciation with regard both to choosing the means of enforcement and to ascertaining whether the consequences of enforcement are justified in the general interest for the purpose of achieving the object of the law in question”⁷⁵.

Al contrario, invece, il margine di apprezzamento è sensibilmente ristretto in tutti quegli ambiti in cui opera il principio di non discriminazione ex art. 14, dato che esso deve essere valutato “in assessing whether and to what extent differences in otherwise similar situations justify a different treatment in law...the scope of the margin of appreciation will vary according to the circumstances, the subject-matter and its background”⁷⁶.

Il principio di proporzionalità, così come formulato dalla giurisprudenza di Strasburgo, appare dunque ambivalente, da un lato infatti indica un equo bilanciamento tra i diritti individuali e l'interesse pubblico dall'altro, invece, individua una relazione razionale tra la misura adottata, compresa la sua severità e durata, e l'obiettivo pubblico che si vuole raggiungere⁷⁷, rilevando come strumento correttivo e restrittivo del margine di apprezzamento statale.

La particolarità del giudizio di proporzionalità risiede nel fatto che nei giudizi della Corte esso è riferito alla concretezza della vicenda, e quindi la proporzionalità deve essere valutata nei confronti di una vicenda concreta. Pertanto, la giurisprudenza della Corte di Strasburgo va letta nel senso di una *common law* con particolare attenzione al precedente, ma anche, con particolare attenzione al caso concreto, potendosi avere soluzioni differenti proprio a causa delle differenze concrete dei casi di specie.

Come è stato efficacemente scritto⁷⁸, la necessità di tutelare i diritti fondamentali come universali e interdipendenti ed al contempo di preservare le particolarità nazionali, nonché i diversi contesti storici che caratterizzano ciascuno Stato contraente, ha condotto la Corte ad assumere un atteggiamento deferente nei confronti degli Stati, riconoscendo a questi ultimi un'ampia discrezionalità in ordine alla scelta delle modalità concrete di attuazione di determinati diritti, in particolare per i diritti contenuti negli articoli 8-11 letti in combinato

medesimi strumenti utilizzati in altri casi. Si vedano in questo senso le sentenze *Spadea e Scalabrino v. Italia*, ric. N. 12868/87 del 28 settembre 1995, par. 29 e 40, *Mellacher e altri v. Austria*, ric. N. 10522/83 del 19 dicembre 1989 par. 45, *The national & provincial building society, The Leeds permanent building society and the Yorkshire building society v. UK*, ric. M. 21319/93, 21449/93, 21675/93 del 1997, par. 81 e 82.

⁷⁵ Cfr. sentenza della Corte Edu *AGOSI v. UK*, ric. N. 9118(80) dle 24 ottobre 1986, par. 52.

⁷⁶ Cfr. sentenza *Rasmussen v. Danimarca* (cit.) par. 40.

⁷⁷ In questo senso F. Matscher, *Methods of interpretation of the convention*, in Macdonald, Matscher e Petzold, *The European system for the protection of human rights*, M. Nijoff, Dordrecht, 1993 p.79.

⁷⁸ In questo senso H. C. Yourow, *The margin of appreciation doctrine in the dynamics of the European Human rights jurisprudence*, Kluwer Law International, The Hague, London, Boston, 1996, p.13 ss..

disposto con l'art. 14, soprattutto in riferimento alle eventuali restrizioni da apportare agli stessi, in conformità a quanto previsto in generale dalla stessa Convenzione.

4. La giurisprudenza di Strasburgo in materia sociale

Come si è già osservato, le prime applicazioni della Convenzione alla materia sociale si sono avute per il tramite dell'applicazione dell'art. 6 in materia di equo processo, a situazioni soggettive in cui ad essere in gioco non erano più, solo, pretese economiche di tipo civilistico ma bensì, pretese economiche di derivazione sociale nei confronti dello Stato⁷⁹.

Dagli anni Novanta in poi, la Corte sostiene che anche le controversie in materia di lavoro rientrano nella categoria delle “*contestations sur les droits et obligations à caractère civil*”⁸⁰, con conseguente applicazione dell'art. 6 par. 1, in particolare nell'ambito della valutazione circa la necessità di una durata ragionevole dei processi⁸¹.

Nella sua ricostruzione la Corte, attraverso il principio di autonomia⁸², tende ad attribuire ai diritti ed alle libertà garantiti il significato che emerge dal contesto della Convenzione e non da quello dei singoli ordinamenti nazionali, in coerenza con l'esigenza di elaborare un diritto europeo comune in materia. Il principio di autonomia ha trovato la sua prima applicazione proprio in riferimento all'interpretazione della nozione di “diritti ed obblighi di carattere civile” di cui all'articolo 6 par.1 della Convenzione, permettendo alla Corte di sostenere che “la nozione di diritti ed obblighi di carattere civile non deve interpretarsi con un semplice riferimento al diritto interno dello Stato convenuto, [perché] l'art. 6 par. 1 si applica indipendentemente dalla qualità delle parti e dalla natura della legge che regola la controversia e dall'autorità competente a deciderla».

⁷⁹ Cfr. A. Müller, *Limitations to and derogations from economic, social and cultural rights*, in *Human Rights Law Review*, vol. 9, no. 4 (2009), p. [557]-601.

⁸⁰ Cfr. sentenza della Corte Edu *Obermeier v. Germania*, ric. N. 11761/85 del 28 giugno 1990.

⁸¹ In questo senso si esprimono anche le sentenze *Delgado v. Francia*, ric. N. 38437/97 del 14 novembre 2008, e *Vallar v. Francia*, ric. N. 42406/98 del 4 ottobre 2007.

⁸² Il principio di autonomia, il cui contro altare è rappresentato dalla teoria del margine di apprezzamento, rappresenta un presidio della indipendenza della qualificazione e della portata delle norme della Convenzione rispetto agli atti interni nazionali. A tal riguardo *Editorial comments. Relations between international courts and community courts: Mutual deference or subordination?*, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 584-585.

Nonostante tale autonomia di interpretazione, parte della dottrina ha sottolineato che «la giurisprudenza sui diritti umani (della Corte di giustizia) è la parte meno autonoma dell'ordinamento sopranazionale. In nessun altro settore, infatti, la Corte di giustizia fa richiamo in modo così incisivo agli ordinamenti giuridici nazionali e al diritto internazionale», così Von Bogdandy A., *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1333.

Date queste premesse, la Corte sostiene che la necessità di un giudice imparziale, anche qualora il diritto interno preveda una giurisdizione speciale, per composizione e funzionamento dell'organo giudicante, debba garantirsi nelle controversie in materia di lavoro. Nel caso *Ab Kurt Kellerman v. Svezia*⁸³, si sono stabiliti i criteri per la valutazione di imparzialità del giudice del lavoro, e si è evidenziato come il requisito dell'imparzialità, derivi dall'obbligo di prevedere che la materia del lavoro sia demandata, non ai giudici civili ma, piuttosto, a giudici ordinari, nel senso di una loro precostituzione *ex lege* sul modello degli altri organi di giurisdizione ordinaria, con la necessità di garantire una giurisdizione di appello anche in tale materia⁸⁴. Grazie all'ampia interpretazione data dalla Corte di Strasburgo alla nozione “diritti e obbligazioni civili” contenuta nell'art. 6, il diritto ad un processo equo e pubblico deve applicarsi, quindi, anche al diritto del lavoro quando, tra le parti, intercorrono rapporti di diritto privato⁸⁵, tra i quali rientrano, secondo la giurisprudenza, le controversie in materia sociale riguardanti “l'octroi de prestations⁸⁶” e “le versement de cotisations⁸⁷”. Questa giurisprudenza sostiene, in buona sostanza, che le regole processuali di trasparenza, garanzia e imparzialità, debbano applicarsi anche alla materia delle prestazioni lavorativa, la cui garanzia deve risultare equivalente a quella accordata in materia civile.

Da queste prime applicazioni la Corte di Strasburgo ricava una complessa e articolata tutela del lavoro che si fonda di volta in volta sull'art. 6, sull'art. 14 e sull'art. 8, riconoscendo al lavoratore la garanzia di un equo giudizio in materia di dispute riguardanti il rapporto di lavoro, di trattamenti non discriminatori e più in generale del lavoro stesso inteso quale “prolungamento della vita sociale”⁸⁸ dell'individuo.

Naturalmente, la giurisprudenza di Strasburgo deve essere valutata caso per caso, non potendosi automaticamente estendere tali decisioni ad ogni ambito della materia del diritto del lavoro. Tuttavia, sempre più spesso la Corte si è ritenuta competente a giudicare di situazioni che coinvolgono il diritto al lavoro del singolo. È interessante notare, come tale tutela sia inserita nell'ottica di una garanzia più generale dei diritti individuali, che pone al centro l'individuo in quanto tale, la cui dignità -valore supremo nell'ottica convenzionale - deve trovare effettiva garanzia in ogni ambito della sua esistenza, nella convinzione che questa tutela integrata, possa ottenersi solo con una visione di reciprocità tra diritti civili-politici e sociali, essendo gli uni indispensabili all'esercizio degli altri. In quest'ottica la Corte ha

⁸³ Sentenza *Ab Kurt Kellerman v. Svezia*, ric. N. 4157/98 del 26 ottobre 2004.

⁸⁴ Si veda sentenza *Compte Van Leuven et Mayer v. Belgio*, ric. N. 6878/75 e 7238/75 entrambe del 10 febbraio 1983.

⁸⁵ Sentenza *Obermeier v. Austria*, (cit.).

⁸⁶ Sentenza *Feldbrugge v. Olanda*, (cit.).

⁸⁷ Sentenza *Schouten e Meldrum v. Olanda*, ric. N. 19005/91 del 9 dicembre 1994.

⁸⁸ In questo senso J.-P. Marguénaud e J. Mouly, *Le droit de gagner sa vie par le travail devant la CEDH*, Dalloz. 2006, p. 477.

utilizzato anche l'art. 1 Prot. 1 in combinato congiunto con l'art. 14 come fondamento per la tutela di alcuni diritti quali le pensioni⁸⁹ e i sussidi di emergenza⁹⁰, sostenendo che “dès lors qu'un Etat contractant met en place une législation prévoyant le versement automatique d'une prestation sociale, cette législation doit être considérée comme engendrant un intérêt patrimonial relevant du champ d'application de l'article 1 Protocole n.1 pour les personnes remplissant ses conditions”⁹¹.

Per verificare come operi questo principio di tutela integrata, nel prosieguo, si analizzerà la giurisprudenza EDU in riferimento a diversi diritti inseriti nel catalogo convenzionale, al fine di valutare in concreto come la Corte arrivi ad accordare tutela ai diritti sociali per il tramite di diritti che vengono storicamente definiti come civili. È infatti, possibile ricostruire una, seppur parziale e frammentaria, tutela dei diritti sociali convenzionali attraverso l'*escursus* della giurisprudenza sviluppatasi intorno agli articoli 8 sul rispetto della vita privata, 9 sulla libertà di pensiero coscienza e religione,¹⁰ sulla libertà di espressione e, 11 sulla libertà di riunione e associazione.

4.1 Diritti sociali e rispetto della vita privata

Uno degli ambiti in cui la Corte di Strasburgo ha maggiormente adoperato l'interpretazione evolutiva, al fine di ricomprendere una serie di diritti non esplicitamente previsti dalla Convenzione, è senza dubbio l'art. 8 in materia di rispetto alla vita privata. Posta la voluta genericità della norma in commento⁹², la Corte l'ha utilizzata quale clausola generale atta a ricomprendere specifici diritti e, particolarmente, alcuni tra i cosiddetti diritti nuovissimi.

⁸⁹Sentenza *Walker v. Regno Unito*, ric. N. 37212/91 del 22 agosto 2006.

⁹⁰Sentenza *Gaygusuz v. Austria* (cit.).

⁹¹sentenza *Stec e altri v. Regno Unito*, ric. N. 65731/01 del 6 luglio 2005.

⁹² L'articolo 8 recita:

1 Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza.

2 Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui.

La definizione del diritto al rispetto della vita privata non è, infatti, univoca nella giurisprudenza di Strasburgo⁹³, questo è considerato “a broad term not susceptible to exhaustive definition”⁹⁴, il quale ricomprende diversi aspetti della vita privata tra cui “activities statements about the nature of the interest”⁹⁵, il “right to establish and develop relationships with other human beings and the outside world”⁹⁶, “a zone of interaction of a person with others, even in public context”⁹⁷, “physical and psychological integrity of a person”⁹⁸, il diritto “to personal development”⁹⁹ e il diritto “to establish details of their identity as individual human beings”¹⁰⁰. Così come interpretato dalla giurisprudenza di Strasburgo esso incorpora, pertanto, vari aspetti della vita privata, da quelli più tradizionali, come il rispetto per la privacy fino al diritto a vivere in un ambiente sano o quello di cambiare nome.

Si è soliti affermare che a tale articolo corrispondo cinque libertà¹⁰¹: tre negative (libertà dalle interferenze fisiche e psicologiche, libertà rispetto all'assunzione di informazioni nei nostri confronti e libertà da gravi forme di inquinamento), e due positive (libertà di scegliere la propria identità e libertà di vivere la vita secondo le proprie scelte).

L'art. 8, così come gli altri diritti che la Corte interpreta in “senso sociale”, si articola in due commi, il primo dei quali enuncia la libertà tutelata (obbligazione negativa) ed, il secondo, le limitazioni che ad essa possono essere imposte dallo Stato (obbligazione positiva), nonché le caratteristiche che tali limitazioni debbono avere al fine di superare il test circa l'applicazione del margine di apprezzamento.

Rispetto alle previsioni dell'art. 8 lo Stato, dunque, non ha solo l'obbligo di astenersi dall'interferire con la vita privata dell'individuo (obbligazione negativa) ma ha anche quello (positivo) di garantire tale diritto, prevedendo misure che scongiurino un'interferenza nel godimento da parte dello Stato e di soggetti terzi¹⁰².

⁹³ Cfr. N.A Moreham, *The right to respect for private life in the European Convention on Human Rights : a re-examination*, in *European Human Rights Law Review*, issue 1 (2008), p. [44]-79.

⁹⁴ Cfr. Sentenza *Peck v. UK*, ric. N. 44647/98, par. 57

⁹⁵ Sentenze *Niemietz* 1992, par. 29, *Rotaru v. Romania*, 2000 par. 43 e *Amann v. Svizzera* 2000, par. 65

⁹⁶ Ancora sentenza *Peck* (cit.), par. 57

⁹⁷ Cfr. sentenze *Peck* (cit.), par. 57 e *Hannover v. Germania*, ric. N. 59320/00 del 2005, par. 50

⁹⁸ Sentenze *Pretty v. UK*, ric. N. 2346/02, del 24 aprile 2002, par. 61

⁹⁹ Sentenze *Peck* (cit.), par. 57 e *X v. Islanda*, ric. N. 6825/74 del 18 maggio 1976, par. 87.

¹⁰⁰ Sentenza *Goodwin v. UK*, ric. N. 28957/95 del 11 luglio 2002, par. 90.

¹⁰¹ Tale distinzione è stata articolata dalla dottrina ma non è utilizzata dalla Corte. Per questi argomenti Montesquieu S. Cotta, *Montesquieu e la libertà politica*, in D. Felice (a cura di), *Leggere l'Esprit des Lois. Stato, società e storia nel pensiero di Montesquieu*, Napoli, Liguori Editore, 1998, pp. 103-135.

¹⁰² M. V. Pérez Asinari, *Défis du droit à la protection de la vie privée: perspectives du droit européen et nord-américain. Challenges of privacy and data protection law: perspectives of European and North American law*, (ed.) Bruxelles, Bruylant, 2008.

Il primo aspetto della tutela della vita privata riguarda la libertà rispetto ad assalti fisici e sessuali, sia sotto l'aspetto prettamente fisico che sotto quello psicologico¹⁰³. Fuori dall'ambito dell'art. 3 un'ingerenza dello Stato e delle sue autorità rispetto ad offese o umiliazioni rientra in questo ambito¹⁰⁴, sia che l'offesa possa essere definita fisica sia che questa sia solo psicologica¹⁰⁵.

Anche le perquisizioni domiciliari, così come quelle alla corrispondenza¹⁰⁶, possono rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 8.1, andando oltre la violazione del mero rispetto della dimora, o della vita familiare, o combinandosi con esse¹⁰⁷, configurandosi come vero e proprio diritto alla privacy. Inoltre, la violazione, in alcuni casi, può riguardare anche il luogo dove il soggetto svolge la propria attività professionale. Con rispetto al tema delle perquisizioni il dettato dell'art. 8.2 deve infatti essere interpretato nel senso che, pur lasciando un certo margine di libertà allo Stato, soprattutto laddove le perquisizioni siano finalizzate all'acquisizione di prove fisiche per l'accertamento di reati, tuttavia le misure devono essere proporzionate, nel senso di prevedere delle garanzie nei confronti di abusi e, rispetto al caso concreto, proporzionate al fine perseguito. Secondo la Corte infatti "...the severity of the offence in connection with which the search and seizure was effected, the manner and the circumstances in which the order had been issued, in particular further evidence available at that time, the content and the scope of the order, having notably regard to the nature of the premises searched and the safeguards taken in order to confine the impact of the measure to reasonable bounds, and the extent of possible repercussions on the reputation of the person affected by the search"¹⁰⁸. In particolare, il fatto che la polizia operi senza malizia non è elemento che da solo possa evitare la condanna dello Stato. Anche la sorveglianza attraverso intercettazioni uditive e/o visive e/o telematiche può, difatti, interferire con l'integrità fisica e psichica del soggetto¹⁰⁹. Nel caso delle intercettazioni la Corte è giunta a condannare lo Stato anche in casi in cui la legislazione nazionale prevedeva l'utilizzo di tali strumenti, sostenendo

¹⁰³ J. Marshall, *A right to personal autonomy at the European Court of Human Rights*, in *European Human Rights Law Review*, issue 3 (2008), p. [337]-356.

¹⁰⁴ Si veda ad esempio *YF v. Turchia*, ric. N. 24209/94 del 22 luglio 2004, in caso di cure mediche imposte o *Bensaid v. UK*, ric. N. 44599/98 del 6 febbraio 2001, dove la Corte afferma che anche la salute mentale e psichica dell'individuo rientra nella nozione di rispetto della vita privata.

¹⁰⁵ Tra le tante cfr. sentenza *Storck v. Germania*, ric. N. 61603/00 del 16 giugno 2006, *Worwa v. Polonia*, ric. N. 26624/95 del 27 novembre 2003, *Glass v. UK*, ric. N. 61827700 del 9 marzo 2004, *Wainwright v. UK*, ric. N. 12350/04 del 26 settembre 2006, *X e Y v. Olanda*, ric. N. 8978/89 del 26 marzo 1985, e *MC v. Bulgaria*, ric. N. 39272/08 del 4 dicembre 2005.

¹⁰⁶ Cfr. sentenza *Funke v. Francia* (cit.).

¹⁰⁷ La Corte spesso rileva l'esistenza di più fattispecie di violazione proprio in relazione alle perquisizioni del domicilio, in questo senso *Belgin v. Turchia* del 2003, *Dulas v. Turchia*, ric. N. 25801/94 del 30 gennaio 2011, e *Moldova Metropolitan church of Bessarabia e altri v. Romania*, ric. N. 45701/99 del 13 dicembre 2001.

¹⁰⁸ In questo senso sentenza *Buck* (cit.), par. 45

¹⁰⁹ H. Matsopoulou, *La surveillance par géolocalisation à l'épreuve de la Convention européenne des droits de l'homme : Cour européenne des droits de l'homme* (5^e sect.), 2 settembre 2010 : note in *Recueil Dalloz*, 187^e année, n° 10 (10 mars 2011), p. 724-726.

che “the mere existence of the legislation itself, there is involved, for all those whom the legislation could be applied, a menace of surveillance”¹¹⁰. Anche la video sorveglianza può violare l'art. 8.1, ad esempio quella nelle celle o nelle aree visita delle carceri¹¹¹, come pure la video sorveglianza di aree pubbliche quando questa sia finalizzata allo scopo di rendere pubblico il contenuto del video¹¹². In casi come questi, nell'applicazione dell'art. 8.2, la Corte riconosce che “the existence of some legislation granting powers of secret surveillance...is under exceptional conditions, necessary in a democratic society in the interests of national security and/or for the prevention of disorder and crime”¹¹³. Ma ciò, solo laddove, esse siano previste dalla legge, senza discrezionalità rispetto alle autorità incaricate della sorveglianza - tenendo presente che la legge deve indicare le condizioni e i soggetti incaricati, nonché il fatto che la decisione debba essere sempre valutata da un giudice indipendente¹¹⁴ - e conoscibili dai cittadini, nei limiti del rispetto delle esigenze di investigazione, prevedendo adeguate ed effettive garanzie rispetto agli abusi, nel senso che “all the circumstances of the case, such as the nature, scope and duration of the possible measures, the ground required for ordering such measures, the authorities competent to permit, carry out and supervise such measures, and the kind of remedy provided by the national law”¹¹⁵, debbono essere tenute in conto.

Anche la pubblicazione di immagini, rientra nell'ambito della tutela della vita privata sia come obbligo negativo dello Stato di non diffondere immagini di privati cittadini sia, come obbligo positivo di impedire tale diffusione a terzi. Nel caso di pubblicazione di fotografie riguardanti soggetti pubblici, la linea di confine appare, invece, decisamente più sfumata e, la Corte sembra accogliere una via intermedia secondo la quale, vi è violazione della vita privata laddove le fotografie non contribuiscono ad un dibattito di generale interesse, e ritraggono il soggetto durante la propria vita privata e non in occasione di pubbliche uscite dove esercita funzioni ufficiali¹¹⁶. Nel caso dei personaggi politici la Corte afferma infatti che “a fundamental distinction needs to be made between reporting facts -even controversial ones – capable of contributing to a debate in a democratic society relating to politicians in the exercise of their functions, for example, and reporting details of the private life of an individual who, moreover, does not exercise official functions. While in the former case the

¹¹⁰ Cfr. Sentenze *Klass* (cit.), par. 41 e *Malone* (cit.), par. 64.

¹¹¹ Sentenza della Corte Edu *Allan*, 48539/99 del 5 novembre 2003.

¹¹² Al contrario, essere fotografati durante un sit-in dal fotografo di un giornale che in seguito pubblicherà le immagini non può essere considerata una lesione dell'art. 8.1, sempre Sentenza della Corte Edu *Allan* (cit.).

¹¹³ Sentenza *Klass* (cit.), par. 48.

¹¹⁴ Sentenza *Kopp* (cit.), par. 73-75

¹¹⁵ Ancora sentenza *Klass* (cit.), par. 50.

¹¹⁶ J. Hedigan, *The princess, the press and privacy : observations on Caroline von Hannover v. Germany*, in *Liber amicorum Lucius Wildhaber : human rights, Strasbourg views*, in *Droits de l'homme, regards de Strasbourg* / eds. Lucius Caflisch ... [et al.]. - Kehl ; Strasbourg ; Arlington, Va. : N.P. Engel, 2007. - p. 193-205.

press exercises its vital role of “watchdog” in a democracy by contributing to imparting informations and ideas on matters of public interest...it does not do so in the latter case. Similarly although the public has a right to be informed, which...in certain special circumstances, can even extend to aspects of the private life of public figures, particularly where politicians are concerned... The situation here does not come within the sphere of any political or public debate....”¹¹⁷. Così, anche le intercettazioni telefoniche dei politici possono essere rese pubbliche solo laddove esse concernano un contenuto politico o si riferiscano ad accuse penali connesse con il loro ruolo pubblico¹¹⁸.

Il secondo aspetto di tutela della vita privata, concerne il diritto di essere garantiti contro ingiustificati accessi alle proprie informazioni personali. La Corte riconosce che il diritto alla privacy debba essere garantito in particolare nei casi di raccolta dati in banche dati , intercettazione di corrispondenza, nonché lettura di materiale personale¹¹⁹.

La terza categoria riconducibile alla vita privata è, invece, costituita dalla protezione dall'inquinamento dell'ambiente in cui si vive. Benchè nella Convenzione non sia previsto esplicitamente un diritto ad un ambiente sano, la Corte ha affermato che “severe enviromental pollution may affect individuals' weel-being and prevent them from enjoying their homes in such a way as to affect their private and family life adversely, without, however, seriously endangering their health”¹²⁰. La responsabilità dello Stato in questo caso è duplice, da un lato, infatti, esso ha l'obbligo di non causare direttamente l'inquinamento e dall'altra, può essere responsabile per non aver regolamentato l'inquinamento da parte dei privati¹²¹.

Da questa giurisprudenza emerge come l'interpretazione evolutiva rispetto al diritto alla vita privata, conduca la Corte di Strasburgo ad accordare tutela a diritti quali quello alla privacy, alla tutela dei dati personali ed all'ambiente.

Questi diritti che, come già argomentato, vengono definiti nuovi o nuovissimi (nel senso che sono diritti il cui valore fondamentale è stato riconosciuto solo nel corso del secolo appena trascorso), trovano, invece, specifica collocazione nella Carta dei diritti fondamentali, agli articoli 8 e 37. Questo dato, se da un lato riconferma la capacità innovativa e di ricognizione di questo strumento, dall'altro mostra come i due strumenti di tutela dei diritti umani in Europa, si muovano verso direttrici comuni.

¹¹⁷ Sentenza *Von Hannover* (cit.), par. 63-64.

¹¹⁸ Sentenza *Craxi*, ric. N. 25337/94 del 17 luglio 2004, par. 65.

¹¹⁹ Si vedano sentenze *Taylor-Sabori v. UK*, ric. N. 47114/99 del 22 ottobre 2002, *Smith e Grady v. UK*, ric. N. 33985/96, 33986/96 del 25 luglio 2000, *Yankov v. Bulgaria*, ric. N. 39084/97 del 11 dicembre 2003, *PG e JH v. Uk*, ric. N. 44787/98 del 25 settembre 2001, e *Copland v. UK*, ric. N. 61617/00 del 3 aprile 2007.

¹²⁰ Sentenza *Lopez Ostra v. Spagna*, eic. N. 16798/90 del 9 dicembre 1994, par. 96, *Guerra e altri v. Italia*, ric. N. 14967/89 del 12 febbraio 1998, par. 60, *Hatton* (cit.) par. 96 e *Taskin v. Germania*, ric. N. 56132/00 del 23 luglio 2006, par. 113.

¹²¹ Sentenza *Hatton v. UK* già citata.

Sotto questo profilo sembra, quindi, corretto argomentare che i due ordinamenti presentino una sostanziale omogeneità di vedute nella scelta dei valori da tutelare; in vista di un'adesione questo potrebbe portare ad un maggiore sviluppo delle due giurisprudenze in un'ottica di un maggiore coordinamento e di definizione di standard comuni. Il fatto che la Carta di Nizza dedichi due disposizioni specifiche alla tutela di questi diritti sembra, infatti, giocare a favore dell'instaurarsi di un dialogo virtuoso tra le due giurisdizioni (dovendosi in questo caso leggere la Carta come il logico sviluppo rispetto alla Cedu), con conseguente tendenza ad un ampliamento degli ambiti di tutela ed una maggiore attenzione alla garanzia di questi diritti anche da parte della Corte di Strasburgo, che, in caso di adesione, dovrebbe escludere l'applicazione di un ampio margine di apprezzamento in materia, nei confronti dell'Ue, posto appunto la definizione di tali diritti all'interno del *bill of rights* costituzionale dell'Unione.

Sotto il profilo delle libertà negative, la Corte di Strasburgo sostiene che sia possibile fondare sulla lettura dell'art. 8, anche la tutela delle libertà di autodeterminazione e quella di scegliere liberamente il proprio sviluppo e la propria identità¹²².

In questi ambiti rientrano fattispecie diverse come quelle, ad esempio, di ottenere informazioni sui propri genitori o la propria infanzia¹²³, scegliere l'orientamento sessuale o cambiare nome. La Corte afferma, ad esempio, l'obbligo per gli Stati membri di riconoscere il cambiamento di genere nei registri ufficiali quando questo sia avvenuto di fatto¹²⁴, nonché di eliminare tutte le discriminazioni fondate sulle scelte personali del singolo.

L'ultimo aspetto che riguarda la tutela della vita privata riguarda, infine, l'autonomia personale in quanto “the very essence of the Convention is respect or human dignity and human freedom”¹²⁵. In questo senso, pertanto, la Convenzione tutela i rapporti interpersonali anche sessuali come mezzo per lo sviluppo della personalità. Sono dunque vietate tutte le normative che condannino penalmente l'omosessualità¹²⁶, o che discriminino gli omosessuali¹²⁷, ed in questi casi il margine di apprezzamento statale è pressochè nullo e, fino

¹²² Ad esempio la Corte riconosce come parte integrante della propria identità etnica la scelta dei gypsy di abitare in roulotte e di qui allevare la propria famiglia si veda in tal senso la sentenza *Chapman v. Uk*, ric. N. 27238/95 del 18 gennaio 2001.

¹²³ Sul diritto delle persone cresciute in affidamento ad accedere ai file dei servizi sociali che li riguardano si vedano sentenze *Gaskin v. UK*, ric. N. 10454/83 del 7 luglio 1989 e *Mikulic v. Croazia*, ric. N. 52176/99 del 7 febbraio 2002. Ancora sull'obbligo per gli Stati di riconoscere i test di paternità o del DNA *Shofman v. Russia*, del 2007 e *Znamenskaya v. Russia*. Ric. N. 77785/01 del 2 giugno 2007.

¹²⁴ Sentenza *I v. Uk* del 2003

¹²⁵ Sentenza *Pretty v. Uk* (cit.), par. 65

¹²⁶ Cfr. sentenze *Dungeon* (cit.), *ADT v. UK*, ric. N. 35765/ 97 del 31 luglio 2001, *Modison v. Cipro*, del 1993, su questo tema si vedano i commenti Jean-Pierre Marguénaud, *Le droit des homosexuels de pouvoir adopter trouve sa limite caricaturale dans l'intérêt des enfants*, in Adeline Gouttenoire, *La réponse de la CEDH à la question de l'adoption par un parent homosexuel*.

¹²⁷ Il Regno Unito è Stato condannato per aver licenziato dalle forze armate individui per la loro omosessualità *Lustig-Prean e Beckett v. UK*, ric. N. 31417/96 e 32377/96 del 25 luglio 2000.

ad oggi, gli Stati membri non sono riusciti a fornire una “objective and reasonable justification” a tali discriminazioni; l'unica area che invece rimane di esclusivo apprezzamento statale sono le questioni riguardanti l'adozione per le coppie omosessuali¹²⁸ e, il riconoscimento delle nozze tra persone dello stesso sesso. Dalla lettura integrata della Cedu la Corte ricava, infine, il principio dell'autonomia nelle scelte riguardanti la propria salute e le cure mediche: ciò significa tutela contro le cure forzate, informazione sui rischi per la salute, accesso alle cure mediche. In quest'ultimo caso rientrano il diritto della donna di scegliere se abortire o meno e di poterlo fare, nel caso, in un ambiente adatto e sotto sorveglianza medica, nonché l'eutanasia, ma in questi casi il margine di apprezzamento statale è più elevato, posto che la tutela della vita in se è uno dei diritti fondamentali tutelati dalla stessa Cedu¹²⁹.

Sul piano comunitario appare, al contrario, più difficile rintracciare nel testo della Carta un vero e proprio diritto allo sviluppo personale. Benchè dal tenore di alcune disposizioni della Carta sia possibile argomentare che essa tuteli la libertà personale di autodeterminazione (si vedano in questo senso gli art. 1 – dignità, l'art. 9 – diritto al matrimonio e di formare una famiglia, l' art. 14 – non discriminazione, l'art. 15 – libertà nella scelta dell'occupazione ecc.), tuttavia manca nella Carta un diritto specifico che garantisca il diritto alla personalità (con tutti i suoi corollari).

Tale tipo di scelta, certamente obbligata, se si pensa agli ampi dibattiti in seno all'Europa circa, ad esempio, i diritti degli omosessuali, rischia tuttavia di sminuire la portata delle garanzie offerte della Cedu in quest'ambito. Infatti, sempre in un'ottica di adesione, appare chiaro come questo rimarrà un ambito in cui il margine d'apprezzamento dell'Ue, potrà essere maggiore, con conseguente impossibilità di fissare standard al rialzo, in un ambito quanto mai sensibile quale questo¹³⁰, posto l'inesistenza di indicazioni chiare nel testo della Carta.

Come si vede la giurisprudenza della Corte di Strasburgo, in certi ambiti, sembra essere più sviluppata rispetto alla stessa Carta di Nizza. Il fatto che il *bill of rights* dell'Unione non incorpori esplicitamente i diritti legati allo sviluppo della personalità, diritti il cui

¹²⁸ Sentenza *Fretté v. Francia*, ric. N. 36515/97 del 26 febbraio 2004, dove la Corte ha sottolineato come in questa materia non vi sia un consenso in Europa e pertanto sia lasciato agli Stati un ampio margine di apprezzamento. Non è invece stata provata la necessità della misura per la protezione della famiglia tradizionale da una legge austriaca che impediva la successione tra coppie omosessuali *Karner v. Austria* (cit.).

¹²⁹ Sentenze *Brüggegan e Scheuten* (cit.), e *Pretty* (cit.).

¹³⁰ Naturalmente il discorso che si sta conducendo non implica che la Carta lasci spazi per condotte discriminatorie rispetto allo sviluppo della personalità individuale, la cui tutela viene garantita dall'applicazione del principio di non discriminazione (per cui, ad esempio, sempre in materia di diritti degli omosessuali, sono certamente vietate tutte quelle normative che discriminano la persona sulla base del proprio orientamento sessuale, ad esempio in materia di assunzione, licenziamento o di congedi ecc.). Tuttavia, l'applicazione del principio di non discriminazione non è sufficiente a garantire, ad esempio, il riconoscimento indiscusso delle unioni tra omosessuali, l'adozione per le coppie gay ecc.. Questa prospettiva non sembra essere superata neppure dalla Carta che sostanzialmente evita di prendere posizione su tematiche così complesse.

riconoscimento ha un ampio effetto a cascata sulla corrispondente capacità di garantire a determinate categorie di soggetti una serie di benefit sociali¹³¹, rischia di creare dei vuoti di tutela, posto che il principio di non discriminazione da solo, non è in grado di assicurare determinati benefici e/o prestazioni sociali.

In un'ottica di *cross fertilisation*¹³² di ordinamenti, sarebbe auspicabile che il dialogo tra le Corti seguisse percorsi interpretativi al rialzo, come in effetti è accaduto in taluni ambiti specifici¹³³, laddove la Corte di Strasburgo ha applicato la stessa Carta di Nizza per garantire ambiti di tutela non coperti dal testo convenzionale, utilizzandola come strumento interpretativo della Convenzione, in quanto documento più moderno e maggiormente espressivo dell'humus sociale e culturale congiunturale.

Ciò che rimane dubbio è quale possa essere l'integrazione tra la Carta e la Cedu in quegli ambiti in cui la tutela offerta dalla Carta di Nizza risulti ridotta rispetto a quella definita dalla Cedu e dalla sua giurisprudenza.¹³⁴

4.1.1 Un bell'esempio di tecnica interpretativa: il diritto alla casa

Fuori dai casi sopra descritti, il combinato congiunto tra art. 14 e art. 8, permette alla Corte di Strasburgo di effettuare, talvolta, anche ardite ricostruzioni interpretative, quale

¹³¹ Si pensi in questo senso alle ricadute che ha in termini di garanzia delle prestazioni legate al matrimonio o alla coppia di fatto, il riconoscimento o meno dello status della coppia omosessuale, in ordine a pensioni di anzianità, assicurazioni malattia ecc., tematiche di grande attualità sia in seno agli Stati Membri che alla stessa Unione.

¹³² Scheelck L., *Solvins Europe's binary human rights puzzle*, op. cit, qui p. 37.

¹³³ Nella sentenza Goodwin, il giudice europeo ha deciso di condannare per la prima volta il Regno Unito per la lesione dell'articolo 12 della Cedu, relativo al diritto di sposarsi e fondare una famiglia, fornendo una nuova interpretazione della norma in parola, principalmente ispirata alla giurisprudenza della Corte comunitaria e alla Carta di Nizza. Infatti il Giudice di Strasburgo ha rivoluzionato la sua precedente visione in materia, giungendo ad affermare che «il criterio del sesso biologico quale discriminante per il godimento del diritto a sposarsi sta gradatamente perdendo terreno» (punto 100), richiamando a sostegno della propria conclusione non solo la sentenza P. v. S della Corte di giustizia ma anche l'articolo 9 della Carta di Nizza di portata più ampia rispetto al tenore testuale dell'articolo 12 Cedu in quanto privo di esplicito riferimento al sesso dei potenziali coniugi. Sul piano comunitario la Corte di Giustizia ha utilizzato la stessa giurisprudenza Goodwin, qualche anno più tardi, nel caso K. B. (cit.) ove, per la prima volta, si è addentrata a sindacare nel merito la legislazione nazionale britannica sul matrimonio, ritenendo applicabile il divieto di discriminazione di cui all'articolo 141 TCE non solo al godimento diretto dei diritti garantiti dal trattato, ma anche ai loro presupposti: nel caso di specie al matrimonio fra due transessuali, requisito necessario «a che uno di essi possa godere di un elemento della retribuzione dell'altro». L'intervento della Corte di giustizia a tutela dei diritti fondamentali nel caso in questione è risultato alquanto peculiare dal momento che il Regno Unito con la misura controversa in materia di pensioni di irreversibilità non stava né applicando disposizioni comunitarie in materia di diritti fondamentali, né tanto implementando un atto comunitario. Il giudice di Lussemburgo, accettando la giurisdizione e decidendo a favore dell'interessato, sembra aver agito *ultra vires* rispetto alle competenze attribuitegli dal trattato, ampliando la propria sfera di cognizione «ben oltre il naturale confronto tra la normativa nazionale e quella comunitaria»

¹³⁴ Si vedano in proposito ampiamente i paragrafi 6 e 7 del III capitolo del presente lavoro.

quella operata in materia di diritto alla casa, inteso non come diritto al rispetto della propria dimora, esplicitamente tutelato dall'art. 8, ma diritto ad avere una casa in quanto elemento necessario per lo sviluppo dell'individuo¹³⁵.

Benchè non sia possibile ricavare un'espressa previsione in termini di diritto alla casa, la Corte ha sostenuto che alcuni aspetti di tale diritto trovano esplicito fondamento nella Cedu. L'art. 8 in combinato disposto con l'art. 1 Prot. 1, garantisce il godimento della casa di cui si è in possesso, da interferenze esterne sia statali che di terzi. Tuttavia, il limite di tali disposizioni consiste nell'offrire tutela solo nel caso in cui un individuo possieda una casa, mentre nulla indica rispetto un obbligo statale a provvedere affinché tutti gli individui abbiano una casa. Nonostante ciò, la Corte ha ritenuto che vi siano ipotesi in cui lo Stato abbia l'obbligo di fornire ai propri cittadini una sistemazione (intesa come luogo in cui vivere) adeguata. Un esempio è fornito dal caso *Mazari v. Italia*, in cui il sig. Mazari una persona disabile, lamentava la violazione dell'art. 8 Cedu poiché, a seguito dell'esproprio della propria casa, gli era stato offerto un appartamento del quale egli poteva difficilmente usufruire a causa della sua disabilità. Pur non condannando lo Stato per violazione dell'art. 8, la Corte sottolinea che benchè tale articolo non garantisca il diritto ad ottenere una casa da parte delle autorità, il rifiuto delle autorità a provvedere assistenza nei confronti di un soggetto che soffra di gravi patologie può, in certe circostanze, assumere rilievo sotto il profilo dell'art. 8, a causa dell'impatto di tale rifiuto sulla vita privata dell'individuo¹³⁶.

Ad oggi, la Corte ha applicato l'art. 8 nel senso qui descritto molto raramente¹³⁷, e solamente in circostanze concrete in cui vi era un effettiva lesione del diritto alla casa; questo perché da un lato riconosce agli Stati un ampio margine d'apprezzamento in materia dall'altro, perché non è possibile oggi riscontrare in Europa un consenso circa il diritto alla casa, inteso come obbligazione positiva gravante sullo Stato¹³⁸. Secondo la Corte infatti, "it is important to recall that article 8 does not in terms recognise a right to be provided by a home. Nor does any of the jurisprudence of the Court acknowledge such a right. While it is clearly desirable that every human being have a place where he or she can live in dignity and which he or she can

¹³⁵ P. Lambert, *Le droit au logement dans la Convention européenne des droits de l'homme, Le droit au logement: vers la reconnaissance d'un droit fondamental de l'être humain*, Actes du colloque du 19 octobre 2007 / organisé par l'Institut des droits de l'homme du barreau de Bruxelles; en partenariat avec l'Institut des droits de l'homme du barreau de Paris ... [et al.]. - Bruxelles : Bruylant : Nemesis, 2009. - p. [13]-20.

¹³⁶ Sentenza *Mazari v. Italia*, decisione di ammissibilità (cit.).

¹³⁷ Sentenza *Gillow v. Regno Unito*, ric. N. 90631/80 del 24 novembre 1986, in cui però il richiedente aveva costruito una casa che a seguito per una successione di licenze di residenza gli era stata confiscata ed assegnata ad altri. Per cui in questo caso il diritto alla casa non è *tout court* ma trova fondamento nel fatto che il sig. Gillow aveva costruito e risieduto nella casa di cui aveva perso poi il materiale possesso.

¹³⁸ K. Garcia, *Le droit au logement décent et le respect de la vie familiale: Cour européenne des Droits de l'Homme (5e section), Wallova et Walla c. République tchèque du 26 octobre 2006*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme*, 18e année, n° 72 (1er oct. 2007), p. [1121]-1135.

call home, there are unfortunately in the contracting states many persons who have no home. Whether the state provides funds to enable everyone to have a home is a matter for political not judicial decision”¹³⁹.

Pertanto, essa sostiene che un'obbligazione nei confronti dello Stato, affinché esso si adoperi per l'implementazione del diritto alla casa, non esiste e, può essere suggerita solamente in specifiche circostanze e con molte cautele, quando si tratti di tutelare gruppi particolarmente vulnerabili di individui. Ciò, tuttavia, non toglie che l'interpretazione data all'art. 8 dalla Corte possa in futuro mutare, fino a prevedere una vera e propria obbligazione positiva nei confronti degli Stati in materia di diritto alla casa.

È infatti già possibile rintracciare, come accennato, tracce del riconoscimento di tale diritto nella giurisprudenza in materia di non discriminazione in combinato congiunto con l'art. 8. Un esempio in questo senso si ritrova nella sentenza *Karner v. Austria*¹⁴⁰, in questo caso il divieto di discriminazione viene interpretato congiuntamente all'art. 8 in materia di rispetto della vita familiare giungendo alla conclusione che “the aim of protecting the family in the traditional sense is rather abstract and a broad variety of concrete measures may be used to implement it. In cases in which the margin of appreciation afforded by member states is narrow, as the position where there is a difference in treatment based on sex or sexual orientation, the principle of proportionality does not merely require that the measure chosen is in principle suited for realising the aim sought. It must also be shown that it was necessary to exclude persons living in homosexual relationships from the scope of [the national law], in order to achieve that aim. The Court cannot see that the government had advanced any arguments that would allow of such conclusion”. Nel caso concreto il diritto alla casa viene riconosciuto non in quanto tale, ma come effetto di una norma discriminatoria sul piano dell'orientamento sessuale, e quindi, solo in via indiretta e con valenza per il caso di specie.

Naturalmente, la garanzia del diritto alla casa in riferimento all'art. 8 Cedu, si caratterizza, oggi, per una tutela mediata e non diretta, che si attiva quando esistono delle ingerenze statali o di terzi nel godimento dei diritti protetti dall'art. 8 e dell'articolo 1 Prot. 1. Nonostante ciò, è possibile ammettere che tale giurisprudenza possa evolversi in una direzione più garantista del diritto alla casa *tout court*, infatti è la stessa Corte a suggerire tale possibile evoluzione nel momento in cui sostiene che “it is likely that this rather marginal test [of arbitresness or unreasonableness aggiunta nostra] is influenced, on the one hand, by the broad concept of economic-well-being of the country' as a ground of restriction invoked in

¹³⁹ Così in sentenza *Chapman v. Regno Unito*, (cit.), par. 99.

¹⁴⁰ La sentenza riguarda una coppia omosessuale. Alla morte di uno dei due partner all'altro veniva negato di succedere nell'affitto dell'appartamento, in cui i due vivevano, sulla base di una norma che escludeva tale possibilità per le coppie omosessuali, con lo scopo preciso di tutelare la famiglia, (cit.).

this particular case, and on the other hand by the social right nature of the right at issue: the right to home. Interference in this matter could easily lead to the Court into the thicket of judging upon social and economic issue of housing policies. The absence of a clear emergency situation on the part of the applicant may also explain and justify this approach in this particular case”¹⁴¹.

Da quanto emerge si può affermare che, attualmente, la Corte di Strasburgo non riconosca un autonomo diritto alla casa, inteso come obbligo nei confronti dello Stato a prevedere politiche di *housing* ampie che coinvolgano l'intera cittadinanza. È evidente come in questo ambito, il margine di apprezzamento statale sia molto ampio, e la Corte intervenga in modo sanzionatorio solo laddove il diritto alla casa venga violato dalle autorità nazionali in riferimento al possesso del singolo¹⁴²; in particolare il margine è più ampio laddove il diritto alla casa si incarni in pretese rispetto ad un obbligo statale di fornire risorse adeguate ai cittadini affinché possano godere del diritto alla casa. Tuttavia, emerge una chiara intenzione della Corte di poter rinnovare la sua giurisprudenza in materia, in un futuro non troppo lontano, nel senso sopra descritto.

La ricostruzione del diritto alla casa che offre la Corte di Strasburgo appare, infatti, fortemente influenzata dal disposto dell'articolo 31 della Carta sociale europea rivisitata¹⁴³, la quale - così come la Convenzione Internazionale sull'eliminazione delle discriminazioni razziali (art. 5(e)(3)) - riconosce in capo agli Stati parte, l'obbligo di adottare le misure necessarie al fine di garantire l'effettività di tale diritto.

In una serie di recenti pronunce del Comitato dei diritti sociali¹⁴⁴, su reclami collettivi proposti da parte di minoranze Rom, in tutta Europa, il tema della tutela del diritto alla casa è tornato a far parlare di sé. Il Comitato ha, di fatto, rilevato la violazione del diritto alla casa in combinato con il principio di non discriminazione, in una serie di ipotesi, ritenendo che: l'insufficienza di aree di sosta per gli accampamenti, la loro scarsa qualità, e lo sgombero dei

¹⁴¹ Si veda A. W. Heringa e L. Zwaak, in P. van Dijk e alt. (eds.) *Theory and practice of the European Convention on Human Rights*, 4 ed Intersentia, 2006 p. 725.

¹⁴² Esiste, infatti un'ampia giurisprudenza in materia di risarcimento/ indennizzo in caso di espropriazioni forzate per impellenti bisogni statali, nonché in materia di rilascio di immobili illegalmente ritenuti dagli affittuari, tuttavia il diritto che qui si prende in considerazione esula da queste fattispecie, perchè più ampio e generale. In ogni caso per il tema di cui sopra si vedano *Mellacher e altri v. Austria*, 19 dicembre 1989, *James e altri v. Regno Unito*, 21 febbraio 1986, *Scollo v. Italia*, 28 settembre 1995, immobiliare *Saffi v. Italia*, 28 luglio 1999, *Lunari v. Italia* 11 gennaio 2011, *Pincová e Pinc v. Repubblica Ceca*, 5 novembre 2002, *Schrimer v. Polonia* del 21 dicembre 2004, e *Antonio Siena v. Italia*, 11 marzo 2004.

¹⁴³ Per garantire l'effettivo esercizio del diritto all'abitazione, le Parti s'impegnano a prendere misure destinate:

- 1 a favorire l'accesso ad un'abitazione di livello sufficiente;
- 2 a prevenire e ridurre lo status di "senza tetto" in vista di eliminarlo gradualmente;
- 3 a rendere il costo dell'abitazione accessibile alle persone che non dispongono di risorse sufficienti.

¹⁴⁴ Il Comitato europeo dei diritti sociali, è l'organo del Consiglio d'Europa composto da 15 esperti indipendenti incaricato di monitorare l'applicazione della Carta sociale europea all'interno degli Stati membri.

Rom dai siti occupati illegalmente, siano lesivi del diritto della famiglia ad una tutela sociale giuridica ed economica (art. 16 CSE)¹⁴⁵ delle minoranze Rom. Allo stesso modo, il Comitato ha ritenuto che la legislazione bulgara in materia di polizze assicurative, violi il diritto dei Rom ad una adeguata assistenza finanziaria e medica (art. 13,1 CSE)¹⁴⁶, nonché sia lesiva dei diritti connessi al godimento dei benefit sociali¹⁴⁷. Ancora, nel recente caso *COHERE v. Italia* il Comitato ha sostenuto che la politica italiana nei confronti di Rom e Sinti violi il diritto alla casa (art. 31 CSE), nonché il diritto alla protezione contro la povertà e l'esclusione sociale (art. 30 CSE)¹⁴⁸.

Come si è già argomentato, il dibattito odierno sul tema è molto vivo, tuttavia, appare impossibile ricavare delle indicazioni vincolanti (né a livello regionale né tantomeno internazionale) nel senso di un effettivo obbligo in capo agli Stati di prevedere normative che, di fatto, assicurino non solo l'effettività del diritto alla casa, ma in sostanza anche la sua giustiziabilità in sede giudiziaria.

In riferimento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, si deve sottolineare che il diritto alla casa è escluso dal catalogo. E ciò, se da un lato può sorprendere, stante la presenza di tale diritto nel Patto Internazionale dei diritti sociali economici e culturali, di cui sono parte tutti gli Stati membri, dall'altro appare significativo, posto che l'unico catalogo europeo che lo prevede, la CSE (art. 16 e CSE rivisitata art. 31) non è stata ratificata da tutti gli Stati membri. Questo dato dimostra, ancora una volta, la riluttanza degli Stati membri a vincolarsi a norme sovranazionali in materia di diritti sociali e pone come interrogativo quale possa essere l'effettivo apporto della giurisprudenza di Strasburgo in materia sociale sull'ordinamento europeo.

Anche in questo caso si pone la questione se in caso di adesione l'applicazione della teoria del margine di apprezzamento potrà condurre a sviluppi positivi, nel senso di un rafforzamento del diritto alla casa, inteso come diritto positivo, anche in seno all'UE, stante anche il disposto dell'art. 34. 3 della Carta che sancisce il diritto all'assistenza abitativa per coloro che non dispongono di risorse insufficienti, ovvero se la Corte si limiterà ad accordare all'Unione la possibilità di derogare a queste previsioni sulla scorta delle limitazioni imposte dal diritto comunitario¹⁴⁹.

¹⁴⁵ Si vedano le decisioni del Comitato Europeo dei diritti sociali: *European Roma Rights Center v. Grecia*, ric. N. 15/2003; *European Roma Rights Center v. Bulgaria*, ric. N. 31/2005; *European Roma Rights Center v. France*, ric. N. 51/2008; *International Center for the Legal Protection on Human Rights v. Grecia*, ric. N. 49/2008.

¹⁴⁶ Decisione del Comitato Europeo dei diritti sociali *European Roma Rights Center v. Bulgaria*, ric. N. 46/2007.

¹⁴⁷ Decisione del Comitato Europeo dei diritti sociali *European Roma Rights Center v. Bulgaria*, ric. N. 48/2008.

¹⁴⁸ Decisione del Comitato Europeo dei diritti sociali *Centre on Housing and Eviction v. Italia*, ric. N. 58/2009.

¹⁴⁹ Attualmente, sembra che la Commissione europea, più che patrocinare politiche per il diritto alla casa, si

4.2 Salute ed educazione

Il diritto alla salute è un diritto fondamentale precondizionale¹⁵⁰ all'esercizio di altri diritti sia sociali ed economici che civili e politici. Esiste, infatti, una strettissima relazione tra il diritto alla vita e quello alla salute¹⁵¹, nonché tra questo diritto e il divieto di trattamenti disumani e degradanti, e quello alla vita privata¹⁵².

La Cedu non tutela espressamente il diritto alla salute, ma esso viene interpretativamente dedotto da altre previsioni della Convenzione. L'art. 2 (diritto alla vita) è servito spesso alla Corte per valutare misure statali proprio con rispetto al diritto alla salute¹⁵³, sostenendo l'esistenza di “ a positive obligation therefore require state to make regulations compelling hospital, whether public or private, to adopt appropriate measures for the protection of their patients' lives. They also require an effective independent judicial system to be set up so that the cause of death of patients in the care of the medical profession, whether in the public or the private sector, can be determined and those responsible made accountable”¹⁵⁴. Nel caso *Collelli*, la Corte evidenzia, come l'interpretazione estensiva dell'art. 6 possa, in determinate circostanze, ricomprendere alcuni aspetti del diritto alla salute. Infatti l'art. 6 è spesso utilizzato in casi di risarcimento per negligenza medica¹⁵⁵, contaminazioni di HIV a causa di trasfusioni¹⁵⁶ o esposizione a radiazioni nocive¹⁵⁷. Inoltre anche il diritto all'assicurazione medica¹⁵⁸ e il diritto alle pensioni di invalidità o disabilità¹⁵⁹ sono stati riconosciuti come diritti civili ai sensi dell'art. 6, così come interpretato estensivamente.

concentra su aspetti più direttamente collegati con le questioni di mercato collegate all'alloggio. Sono infatti state emanate, direttive sulle costruzioni, sulle assicurazioni degli immobili, sui bandi di gara per l'appalto a ditte di costruzione, sui sistemi di tassazione degli immobili, sugli investimenti del fondo per lo sviluppo regionale (FESR) e della Banca europea degli investimenti (BEI), sulle pianificazioni urbanistiche, ecc.

Una recente iniziativa di taglio maggiormente propositivo è invece quella che si inserisce tra le strategie della politica di coesione dell'UE che, tramite i fondi strutturali, mira a sostenere lo sviluppo e la rivitalizzazione delle città europee. Il gruppo inter-servizi “sviluppo urbano” della Commissione europea ha messo a punto, per esempio, una guida aggiornata per illustrare le iniziative nel campo delle politiche urbane. Nessuno di questi interventi, peraltro, riguarda, in alcun modo, la tutela positiva del diritto alla casa. Momentaneamente, dunque, il diritto alla casa nei suoi aspetti positivi (cioè di prestazione sociale) non ha avuto e non ha particolare attuazione a livello europeo.

¹⁵⁰ Cfr. B. Toebes, *The right to health as a human right in international law*, Intersentia, Hart 1999.

¹⁵¹ L'accesso alle cure mediche preventive, all'acqua potabile all'igiene ambientale e industriale, la previsione di vaccini e il controllo delle epidemie sono fattori che determinano da un lato la qualità della vita e dall'altro combattono i rischi di esclusione sociale.

¹⁵² Si pensi in questi casi ai detenuti o ai pazienti degli istituti mentali.

¹⁵³ Si vedano sentenze della Corte Edu *Powell and Rayner v. UK*, ric. N. 9310/81 del 21 febbraio 1990, e *Erikson v. Italia* ric. N. 37900/97 del 1999.

¹⁵⁴ Sentenza *Calvelli e altri v. Italia*, ric. N. 32967/96 del 17 gennaio 1996, par. 49.

¹⁵⁵ Sentenza *H v. Francia*, ric. N. 10073/82 del 24 ottobre 1989.

¹⁵⁶ Sentenza *X v. Francia*, ric. 18020/91 del 31 marzo 1992.

¹⁵⁷ Sentenza *Burdov v. Russia*, ric. N. 33509/04 del 15 gennaio 2009.

¹⁵⁸ Sentenza *Feldbrügge v. Olanda*, (cit.).

Il diritto ad un ambiente sano viene, invece, ricostruito dalla Corte sulla scorta dell'art. 8, come corollario del diritto alla salute, inteso come obbligo per lo Stato di adottare le misure adeguate per la salvaguardia di coloro che si trovano sotto la sua giurisdizione¹⁶⁰. Il diritto alla salute è invocato anche per la tutela di persone sottoposte a restrizione della libertà personale a seguito di condanna penale. In questi casi la Corte sostiene che gli istituti di detenzione debbono garantire condizioni igienico sanitarie adeguate, nonché debba essere possibile usufruire delle cure mediche anche all'interno di tali strutture¹⁶¹, cure che devono essere adeguate anche se, ammette la Corte, esse possano non essere “at the same level as in the best medical institutions”. Il diritto alla salute nelle strutture di detenzione, è in certi casi correlato al divieto previsto dall'art 3, infatti, condizioni igienico-sanitarie minime o inesistenti possono essere qualificate alla stregua di trattamenti disumani o degradanti¹⁶², ed in questi casi la Corte sostiene che “the lack of resources cannot in principle justify prison conditions which are so poor as to reach the threshold of treatment contrary to art. 3”¹⁶³.

Come si osserva, la tutela della salute nell'ordinamento Cedu non è globale, non esiste dunque un diritto alla salute generale e direttamente invocabile nei confronti dello Stato. Tuttavia la Corte riconosce che in tutti quei casi in cui lo Stato è responsabile dei propri cittadini, esso deve garantire loro condizioni igienico-sanitarie adeguate alla difesa del bene salute, bene supremo in quanto preconditione al godimento degli altri diritti convenzionali.

Pertanto, sembra potersi affermare, senza troppe difficoltà, che la futura adesione dell'Unione alla Cedu garantirà uno sviluppo armonioso delle giurisprudenze di Lussemburgo e Strasburgo in questi ambiti.

Al contrario degli altri diritti sociali fino qui analizzati, il diritto all'educazione trova esplicito accoglimento nel testo Convenzionale nell'art. 2 Protocollo 1, il quale dispone un diritto primario all'educazione dell'individuo, ed uno secondario a che tale educazione, quando di competenza statale, sia garantita nel rispetto delle convinzioni ideologiche e filosofiche dei genitori¹⁶⁴. Così come il diritto alla salute, anche il diritto all'educazione è trasversale rispetto agli altri diritti della Convenzione. L'importanza del diritto all'educazione quale diritto trasversale è sintetizzata nella ricostruzione fornita dalla Corte Suprema

¹⁵⁹ Sentenza *Francesco Lombardo v. Italia*, ric. N. 11519/85 del 26 novembre 1992, *Massa v. Italia*, ric. N. 14399/88 del 24 agosto 1993, e *Paskhalidis e altri v. Grecia*, ric. N. 20416/92 e 22857/93 del 19 marzo 1997.

¹⁶⁰ Sentenza *L.B.C. v. UK*, (cit.), par. 40

¹⁶¹ Cfr sentenza *Khudobin v. Russia*, ric. N. 59696/00 del 26 ottobre 2006, par. 93.

¹⁶² Sentenza *Kalashnikov v. Russia*, ric. N. 47095/99 del 17 luglio 2002, dove il detenuto era ospitato in una cella mal areata, infestata di pulci e accanto a persone malate di sifilide e tubercolosi.

¹⁶³ Convenzione Internazionale sui diritti civili e politici, Commento generale n. 21, *Humane treatment of persons deprived of liberty* (art. 10): 10/04/92 par. 4

¹⁶⁴ Art. 2 Prot.1: Il diritto all'istruzione non può essere rifiutato a nessuno. Lo Stato, nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche.

americana: “today, education is perhaps the most important function of state and local governments. Compulsory school attendance laws and the great expenditures for education both demonstrate our recognition of the importance of education to our democratic society. It is required in the performance of our most basic public responsibilities, even service in the armed forces. It is the very foundation of good citizenship. Today it is a principal instrument in awakening the child to cultural values, in preparing him for later professional training, and in helping him to adjust normally to his environment. In these days, it is doubtful that any child may reasonably be expected to succeed in life if he is denied the opportunity of an education. Such an opportunity, where the state has undertaken to provide it, is a right which must be made available to all on equal terms”¹⁶⁵. L'obbligo scolastico, infatti, adempie, nelle società moderne, a diverse finalità: garantire l'educazione dei cittadini, favorire il loro sviluppo come individui, evitare lo sfruttamento lavorativo dei ragazzi. Nella nostra società ad una migliore educazione corrispondono maggiori possibilità lavorative e conseguenze anche sul piano della sicurezza sociale e delle pensioni di anzianità, nonché rispetto alla qualità della vita e della salute¹⁶⁶. Esiste, inoltre, uno stretto legame tra l'educazione e la partecipazione attiva dei cittadini al processo democratico, e quindi alla possibilità di poter concretamente e correttamente fruire dei diritti civili e politici, quali quelli di voto (attivo e passivo) nonché quelli connessi alla sfera associativa. Il diritto all'educazione, come espressamente formulato dall'art. 2 del Protocollo 1 della Convenzione¹⁶⁷, è un diritto essenzialmente negativo che non dispone nei confronti dello Stato l'obbligo di azioni positive nell'esercizio delle competenze in materia di educazione. Affinchè tale formulazione, volutamente neutra¹⁶⁸, possa essere resa giustiziabile, deve essere letta in correlazione con gli artt. 8, 9 e 10 Cedu “which proclaim the right to everyone, including parents and children to respect for his private and family life, to freedom of thought, conscience and religion and to freedom...to receive and impart informations and ideas”¹⁶⁹.

La previsione convenzionale del primo periodo, individua quale requisito minimo, l'esistenza di un obbligo in capo allo Stato rispetto ad un dovere istituzionale di provvedere affinché ai cittadini sia garantito l'accesso alle strutture scolastiche esistenti. Nulla dice, tuttavia, circa le

¹⁶⁵ Sentenza *Brown v. Board of education*, 347 U.S. 483 (1954).

¹⁶⁶ Si pensi l'impatto sulla salute della popolazione alle campagne quali quelle contro l'HIV o sulla corretta nutrizione.

¹⁶⁷ “Nessuno può essere privato del diritto all'educazione nell'esercizio di qualsiasi funzione che prevede una relazione con l'educazione o l'insegnamento lo Stato deve rispettare il diritto dei genitori di educare ed insegnare in conformità con le loro convinzioni religiose e filosofiche”.

¹⁶⁸ Si vedano i lavori preparatori del testo dell'art. 2 nei quali ben si evidenziano le resistenze degli Stati parte ad inserire clausole determinate rispetto agli obblighi positivi. *Travaux préparatoires de l'article 2 du Protocole additionnel à la Convention européenne des Droits de l'Homme* : document d'information, Cour européenne des Droits de l'Homme. Greffe, Strasbourg : Conseil de l'Europe, 1967

¹⁶⁹ Sentenze *Kjedsen, Busk Madsen and Pedersen v. Danimarca*, ric. N. 5095/71 e 5920/72 del 7. dicembre 1976, par. 52.

modalità di implementazione del diritto stesso, lasciando dunque ai singoli Stati la possibilità di organizzare i rispettivi sistemi scolastici. Poiché, tuttavia, le norme Convenzionali devono essere interpretate alla luce delle finalità della Convenzione, la giurisprudenza ritiene che il diritto all'istruzione vada interpretato nel senso di un obbligo dello Stato a garantire un'istruzione libera da condizionamenti religiosi o filosofici¹⁷⁰, tale per cui garantisca lo sviluppo libero e indipendente dei convincimenti personali degli alunni, ricavando questa interpretazione dalla lettura combinata dal secondo paragrafo dello stesso art. 2 Prot. 1 con gli articoli 9 e 10 Cedu. Attraverso tale lettura combinata, la Corte di Strasburgo ha ammesso una duplice interpretazione della norma: positiva, nel senso di un dovere statale a garantire il diritto all'educazione, provvedendo all'istituzione di un sistema statale di istruzione, il quale può variare da Stato a Stato e da epoca ad epoca, ma deve tuttavia rispettare il contenuto minimo e la sostanza del diritto¹⁷¹; negativa, nel senso che lo Stato deve rispettare le scelte educative del singolo, così come disposto dal secondo periodo dell'art. 2 Prot. 1¹⁷² in riferimento sia ai diritti garantiti dall'art. 9 che dall'art. 10.

Le maggiori difficoltà in ordine alla effettiva giustiziabilità di tale diritto, riguardano gli obblighi positivi posti a carico dello Stato¹⁷³, i quali presuppongono l'utilizzo di risorse economiche statali e pertanto, la loro compatibilità rispetto alla sostenibilità economica di tali azioni¹⁷⁴. Proprio per tali ragioni il sistema della Convenzione non disciplina le obbligazioni positive degli Stati in materia di educazione, limitandosi a prevedere l'accesso alle strutture scolastiche esistenti, lasciando un ampio margine d'apprezzamento agli Stati, in relazione all'organizzazione dei sistemi scolastici, in materia di programmi, età dell'obbligo scolastico, attribuzione di titoli di studio ecc.. Tuttavia, anche in questo ambito, l'evoluzione giurisprudenziale ha segnato notevoli progressi, soprattutto con riguardo all'effettività dell'accesso all'istruzione per i singoli. L'originaria cautela della Corte è ben riflessa in uno dei primi casi in materia di educazione sottoposti alla sua giurisdizione: la sentenza *Linguistico Belga*¹⁷⁵ affronta la questione della garanzia ad un'istruzione conforme alla lingua madre parlata dagli alunni. Benchè la Corte riconosca che “the right to education would be meaningless if it did not imply in favour of its beneficiaries, the right to be educated in the

¹⁷⁰ L. Wildhaber *Right to education and parental rights*, in *The European system for the protection of human rights*, in Macdonald, R.St.J. (ed.) ; Matscher, F. (ed.) ; Petzold, H. (ed.).- Dordrecht - Boston - London : Nijhoff, 1993.- p. 531-551.

¹⁷¹ Cfr. caso *Linguistico belga* (cit.), par. 5.

¹⁷² Si veda in questo senso la censura mossa dalla Corte nel caso *Cipro v. Turchia*, ric. N. 25718/94 del 10 maggio 2001, rispetto all'inesistenza di un insegnamento superiore in lingua greca nei territori di Cipro nord,

¹⁷³ M. Nowak, *The right to education : its meaning, significance and limitations*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights* 4, 1991, p.418-425

¹⁷⁴ G. Van Bueren, *Education : Whose right is it anyway ?*, in *Human rights. A European perspective*. Heffernan, L. (ed.) p. 339-349 Dublin : The Round Hall Press - Irish Centre for European Law, 1994

¹⁷⁵ Cfr. caso *Belgium Linguistic*, (cit.), in cui i genitori di alunni di madre-lingua francese lamentavano l'assenza di istituti superiori di lingua francese nel territorio di residenza.

national language or in one of the national languages as the case may be”, non rileva che l'art.2 garantisca il rispetto alle scelte linguistiche dei genitori, ma solo a quelle religiose e filosofiche. Tuttavia sebbene la Corte escluda che lo Stato possa essere riconosciuto responsabile in questo senso, ammette che nel caso di specie esista una discriminazione tra i cittadini di madrelingua fiamminga e quelli di madrelingua francese, fondando su tale discriminazione la condanna del Belgio a provvedere ad un'educazione bilingue nei territori interessati¹⁷⁶. Secondo la Corte, l'art. 2 non accorda direttamente al cittadino il diritto a ricevere un'educazione nella propria lingua madre, laddove gli Stati ammettano più lingue ufficiali, tuttavia, qualora questo determini una discriminazione rispetto ad altri cittadini, lo Stato sarà tenuto ad eliminare tale discriminazione, garantendo in via mediata il diritto sancito dall'art.2¹⁷⁷.

Il mutamento definitivo di tale argomentazione dovrà attendere oltre trent'anni, con la sentenza *Cipro v. Turchia*¹⁷⁸ nella quale la Corte afferma che, l'assenza di scuole secondarie di lingua greca, dedicate ai cittadini di Cipro nord di madrelingua greca, configura di per sé, una violazione del loro diritto all'educazione. Nell'analisi dei due casi qui menzionati devono tenersi in conto alcune differenze importanti: da un lato, nel caso belga, si trattava di una mancanza di scuole di lingua francese in un territorio a maggioranza fiamminga, e quindi non su tutto il territorio nazionale, come invece accadeva nel caso cipriota, dall'altro, la maturazione del ragionamento della Corte si deve anche al trascorre del tempo, a alla sua vocazione sempre più garantista con riferimento ad obbligazioni che possono comportare spese, anche ingenti, per il budget degli Stati membri. Benchè l'evoluzione interpretativa del diritto all'educazione, abbia condotto la Corte ad alcune aperture in relazione ad obblighi positivi gravanti sugli Stati, ad oggi, il margine statale in quest'ambito rimane ancora molto ampio, ed è doveroso sottolineare come i casi sottoposti alla Corte per diretta violazione del diritto sancito dall'art. 2 Prot. 1 sono ad oggi molto pochi¹⁷⁹. Ciò che si deve tenere in conto è che il diritto all'educazione in ambito convenzionale, nasce essenzialmente come diritto negativo, in questo senso le aperture verso una tutela positiva del diritto, da parte della

¹⁷⁶ Tale disposizione ha una profonda incidenza rispetto all'obbligo positivo dello Stato Belga a provvedere all'istituzione di scuole di lingua francese, con evidenti ricadute sul piano economico. Si veda *Enhancing enforcement of economic, social, and cultural rights using indicators : a focus on the right to education in the ICESCR*, S. Kalantry, Human rights quarterly, vol. 32, no. 2, May 2010, p. [253]-310

¹⁷⁷ J. Liddy, *The case-law of the Commission as regards the right to education : Article 2 of Protocol no. 1*; Villiger, M. (ed.): *The birth of European human rights law, L'éclosion du droit européen des droits de l'homme : liber amicorum Carl Aage Norgaard*- Baden-Baden : Nomos, 1998. - Bd. 20, p. 111-116

¹⁷⁸ Sentenza *Cipro v. Turchia*, (cit.) in cui la Corte ha sostenuto che il governo turco avesse l'obbligo di garantire l'insegnamento superiore anche in lingua greca posto che le scuole inferiori si svolgevano in tale lingua sulla base della sola violazione dell'art. 2 Prot. 1.

¹⁷⁹ Sentenza *Timishev v. Russia*, ric. N. 55762/00 e 55974/00 del 13 dicembre 2000, *Sampanis e altri v. Grecia*, ric. N. 32526/05 del 6 giugno 2006, *D e H e altri v. Repubblica Ceca*, ric. N. 57325/00 del 13 novembre 2007, nei quali però il diritto all'educazione viene valutato in relazione all'art. 14 sulla non discriminazione.

giurisprudenza della Corte di Strasburgo, risultano essere più decisive nel momento in cui essa valuta le limitazioni al diritto di educazione in relazione agli altri diritti convenzionali, che vantano una giurisprudenza più consolidata e pacifica.

Uno degli ambiti in cui la Corte dimostra maggiore incisività nella tutela del diritto all'educazione è quello in cui tale diritto entra in relazione con il diritto alla libertà religiosa ed alla libertà di pensiero ed espressione. Sotto il profilo degli obblighi negativi, la giurisprudenza EDU ritiene che lo Stato abbia, nell'esercizio delle sue funzioni educative, l'obbligo di astenersi dall'imporre credenze anche indirette in luoghi in cui le persone sono soggette alla sua autorità, in particolare laddove esse sono più vulnerabili, come le scuole, gli istituti ecc., dove, appunto, si formano le coscienze dei giovani alunni¹⁸⁰.

In particolare, la Corte sostiene che in riferimento al secondo comma dell'art. 2 Prot. 1 il rispetto delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori deve concretarsi in un'educazione che garantisca un ambiente scolastico aperto ed idoneo a favorire l'inclusione piuttosto che l'esclusione; la scuola, infatti, dovrebbe essere un luogo di incontro e di confronto dei rispettivi pensieri e credi religiosi. Per questo motivo, lo Stato dovrebbe vigilare affinché gli insegnamenti vengano impartiti in modo obiettivo, critico e pluralistico, nel rispetto altresì delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori¹⁸¹. Pertanto, la scuola non dovrebbe essere il teatro di attività missionarie o di predicazione o politiche; dovrebbe essere un luogo di incontro di diverse religioni e convinzioni filosofiche, dove gli studenti possono acquisire conoscenze sui loro pensieri e sulle loro rispettive tradizioni. La seconda frase dell'articolo 2 del Prot. 1 implica che anche lo Stato, assolvendo le funzioni da lui assunte in materia di educazione e di insegnamento, deve vigilare affinché le informazioni o le conoscenze che compaiono nei programmi didattici siano diffuse in modo oggettivo, critico e pluralistico¹⁸². Gli è precluso, pertanto, di perseguire un obiettivo di indottrinamento, che possa essere considerato non rispettoso delle convinzioni religiose e filosofiche dei genitori e degli alunni; infatti, il rispetto di tali convinzioni implica sia il diritto di credere in una religione che quello di non credere in nessuna religione; essendo la libertà di credere e la libertà non di credere (la libertà negativa) entrambe protette dall'articolo 9 della

¹⁸⁰ J. Temperman, *State neutrality in public school education: an analysis of the interplay between the neutrality principle, the right to adequate education, children's right to freedom of religion or belief, parental liberties, and the position of teachers*, in *Human rights quarterly: a comparative and international journal of the social sciences, humanities, and law*, vol. 32, no. 4 (Nov. 2010), p. [865]-89

¹⁸¹ Cfr. sentenza *Lautsi v. Italia* ric. N. 30814/06 del 3 novembre 2009, par. 64.

¹⁸² Per una critica al concetto di neutralità in rapporto al diritto di libertà religiosa si veda H. Werdmölder, *Headscarves at public schools: the issues of open neutrality reconsidered*, in *Religious pluralism and human rights in Europe: where to draw the line?*, M.L.P. Loenen and J.E. Goldschmidt (editors). - Antwerpen ; Oxford: Intersentia, 2007. - p. 155-165.

Convenzione¹⁸³. Il dovere di neutralità e di imparzialità dello Stato è allora incompatibile con qualsiasi potere discrezionale sulla legittimità delle convinzioni religiose o delle modalità di espressione di queste ultime, dato che nel contesto dell'insegnamento, la neutralità dovrebbe garantire il pluralismo¹⁸⁴.

Tuttavia, posto che allo Stato è riconosciuto, in materia di educazione un ampio margine di apprezzamento, è necessario determinare il significato della nozione "deve rispettare", prevista dal 2 comma art. 2 Prot. 1 Cedu. Poiché in capo allo Stato sussiste un obbligo di rispetto nei confronti della libertà di coscienza dei propri cittadini, quando svolge la sua funzione educativa, è necessario stabilire che cosa si debba intendere per rispetto, e quali siano i limiti imposti allo Stato nella sua azione e quali, per contro, i diritti garantiti all'individuo. Per definire il bilanciamento necessario tra queste due esigenze, la Corte ha operato una prima valutazione circa l'esistenza di un consenso europeo rispetto al principio di laicità dello Stato¹⁸⁵, così come accolto nella tradizione europea, che neghi di fatto, non solo di accordare preferenza ad una data religione, ma soprattutto la possibilità di un qualsivoglia richiamo da parte delle istituzioni statali ad una tradizione religiosa nello svolgimento delle proprie funzioni pubbliche, poiché ciò significherebbe anche indirettamente un indottrinamento. La Corte valuta che, posto che lo Stato abbia in materia un margine di apprezzamento, è da verificare se tale margine non vada al di là del limite esterno individuato nel divieto di indottrinamento gravante sullo Stato, valutazione che, sottolinea, deve essere condotta in relazione al caso concreto¹⁸⁶.

La recentissima sentenza *Lautsi c. Italia*¹⁸⁷ offre lo spunto per verificare nuovamente l'applicazione della dottrina del margine di apprezzamento statale in relazione al diritto all'educazione¹⁸⁸ e alla libertà religiosa.

¹⁸³ Vedere dal punto di vista dell'articolo 11, sentenza *Young, James e Webster c. Regno Unito*, del 13 agosto 1981, par.52-57, serie A n° 44.

¹⁸⁴ Sentenza *Folgerø*, (cit.) par. 84.

¹⁸⁵ Sentenza *Dogru v. Francia*, ric. N. 27058/05 del 4 dicembre 2008, dove si sottolinea che "...il caso della regolamentazione dell'indossare simboli religiosi negli istituti di insegnamento, dove, in Europa, gli approcci su tale questione sono diversi. La regolamentazione in materia può di conseguenza variare da un Paese all'altro in funzione delle tradizioni nazionali e delle esigenze imposte dalla protezione dei diritti e delle libertà altrui ed il mantenimento dell'ordine pubblico" par. 63, e nello stesso senso sentenza *Leyla Sahin*, ric. N. 44774/98 del 29 giugno 2004, par. 108-109, e ancora *Refah Partisi (Partito della prosperità) e altri c. Turchia*, ric. N. 41340/98, 41342/92 e 41344/98 del 13 febbraio 2003, e *Karaduman c. Turchia*, ric. N. 88100/03 del 3 17 giugno 2008.

¹⁸⁶ S. Mancini, *La supervisione europea presa sul serio: la controversia sul crocifisso tra margine di apprezzamento e ruolo contro-maggioritario delle Corti*, in *Giur. Cost.*, 2009.

¹⁸⁷ Sentenza della Grande Camera, 18 marzo 2011, n. 30814/06

¹⁸⁸ L'ormai notissima vicenda del caso Lautsi prende le mosse dalla questione sollevata dalla signora Lautsi, circa il problema dell'esposizione del crocifisso nelle aule della scuola dei figli. La Sig.ra Lautsi impugnava la decisione scolastica di esporre i crocifissi in aula innanzi al tribunale amministrativo regionale per il Veneto, per la sua contrarietà agli articoli 3 e 19 della Costituzione italiana e l'articolo 9 della Convenzione. Il tribunale regionale investito della questione decideva di proporre ricorso costituzionale per verificare la compatibilità

La Corte, nel caso di specie, considera che in Italia, stante l'obbligo di esposizione nelle aule scolastiche del crocifisso, che è indubbiamente un simbolo religioso e particolarmente cattolico, non esiste, tuttavia, altro indizio di una discriminazione istituzionale nei confronti delle altre religiose o nei confronti di coloro che non professano alcuna religione. I giudici ritengono che il crocifisso sarebbe un simbolo passivo, la cui influenza sugli alunni non possa essere paragonata a quella di lezioni didattiche o partecipazione ad attività religiose¹⁸⁹, ed inoltre, che il Governo abbia provato il rispetto dello Stato nei confronti delle altre religioni, allegando che in Italia non vi sono, ad esempio, divieti circa l'uso del velo islamico e vi è rispetto per le festività religiose diverse da quelle cattoliche anche in relazione ai calendari scolastici.

La Corte ritiene quindi, in relazione alla sua giurisprudenza e a quella internazionale, che il portare simboli religiosi o esporli non sia di per sé incompatibile con il principio di laicità negli istituti scolastici né con quello della libertà religiosa, ma può esserlo a seconda delle condizioni in cui questi simboli sono portati o esposti e delle conseguenze che l'indossare/esporre un simbolo può avere. Al riguardo, la Corte afferma che spetta alle autorità nazionali, nell'ambito del margine di apprezzamento del quale godono, di vegliare sul fatto che, nel rispetto del pluralismo e della libertà altrui, la manifestazione da parte degli alunni delle loro credenze religiose all'interno degli istituti scolastici non si trasformi in un atto ostentatorio, che costituirebbe motivo di pressione e di esclusione¹⁹⁰.

Da quanto detto emerge come, benché il diritto all'educazione sia l'unico diritto sociale espressamente previsto dal testo convenzionale, la sua effettiva garanzia sia da valutarsi caso per caso, dovendosi escludere l'esistenza di obbligazioni positive a carico degli Stati, direttamente ricavabili dal dettato dell'art. 2 Protocollo 1. Tuttavia, è possibile affermare che il diritto all'educazione in relazione al diritto di libertà religiosa, sia oggi un punto fermo nella

costituzionale del principio secolarista dello Stato nei confronti degli articoli 2,3, 7,8, 19, 20 Cost. La Corte costituzionale si dichiarava tuttavia incompetente dal momento che la sollevata questione di legittimità riguardava norme di rango regolamentare prive di forza di legge. Infatti l'obbligo di esposizione del crocifisso in aula deriva da una norma nazionale, l'art. 140. contenuta nel Regio Decreto n. 4336 del 1860, che è norma di rango regolamentare oltreché precedente all'emanazione della Costituzione. La Corte Costituzionale, emetteva tale ordinanza senza deliberare sul merito, dichiarando manifestamente inammissibile la questione sollevata, poiché riguardava norme di rango regolamentare, prive di forza di legge, che di conseguenza non rientravano nella sua competenza. La procedura innanzi al tribunale amministrativo riprendeva concludendosi con il rigetto del ricorso. La motivazione adottata dal TAR riteneva che il crocifisso fosse al tempo stesso il simbolo della storia e della cultura italiane e, di conseguenza, dell'identità italiana, e il simbolo dei principi di uguaglianza, di libertà e di tolleranza come anche della laicità dello Stato, e pertanto non vi fosse un conflitto tra l'esposizione del crocifisso e il principio di laicità dello Stato italiano. La ricorrente proponeva allora ricorso contro tale decisione innanzi al Consiglio di Stato, il quale respingeva il ricorso, sostenendo che la croce era diventata uno dei valori laici della Costituzione italiana e rappresentava i valori della vita civile dello Stato italiano.

¹⁸⁹ In senso contrario si vedano le sentenze *Folgerø e atri v. Norvegia* (cit.) e *Zengin v. Turchia*, ric. N. 14481/04 del 9 ottobre 2007.

¹⁹⁰ In questo senso sentenza *Dagur v. Francia*, (cit.) par. 72.

giurisprudenza di Strasburgo, inteso come libertà dal e, nell'insegnamento religioso, in ogni sua manifestazione, libertà che deve essere garantita dallo Stato in ogni ambito delle sue funzioni educative.

Il diritto alla salute e all'educazione appaiono, dunque, i diritti sociali che maggiormente trovano riconoscimento sia in sede nazionale che sovranazionale ed internazionale.

Per diverse ragioni questi diritti sono ormai considerati come diritti pienamente giustiziabili in ogni opportuna sede, posto la loro "precondizionalità" rispetto al godimento di altri diritti (diritto alla vita, libertà di espressione, diritto di voto ecc.).

L'ordinamento dell'Unione, oltre ad aver adottato una serie di azioni e programmi in questi ambiti, li riconosce esplicitamente agli articoli 3, 10 e 14 della Carta. Il livello di protezione accolto dall'Unione rispecchia sostanzialmente quello offerto da svariati strumenti internazionali¹⁹¹; il dato sicuramente più positivo riguarda l'esplicita menzione della protezione del diritto all'istruzione contenuta all'art. 9 del Trattato di Lisbona. Certamente, come già argomentato nel capitolo precedente, il diritto all'educazione insieme a quello della formazione professionale e alla tutela della salute costituiscono ormai da due decenni parte sostanziale dei diritti legati alla sfera del lavoro e per questo tramite, ottengono nell'ordinamento comunitario un particolare protezione¹⁹².

A parere di chi scrive questi diritti, definitivamente sdoganati dall'area meramente sociale di impostazione negativa, appaiono attribuire agli individui pretese positive che possono, di volta in volta, essere fatte valere sia in sede nazionale che comunitaria ed internazionale. È pertanto sufficiente sottolineare, che in questi ambiti la sinergia tra la giurisprudenza di Lussemburgo e quella di Strasburgo, lungi dal situarsi su un terreno conflittuale, sembra, al contrario, compatta nel riconoscere una effettiva giustiziabilità a questi diritti.

4.3. La tutela dei diritti riguardanti il lavoro e le libertà sindacali

La tutela dei diritti relativi al lavoro è uno dei nodi centrali nella garanzia dei diritti fondamentali dell'uomo, tanto è vero che a partire dalla fondazione, nel 1919, dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro, (OIL) essa è stata al centro di numerosi atti

¹⁹¹ Si vedano la Dichiarazione Universale dei diritti umani, il Patto internazionale sui diritti sociali economici e culturali nonché la Cedu e i suoi Protocolli.

¹⁹² Si veda il capitolo 2 del presente lavoro.

delle organizzazioni internazionali¹⁹³. Lo stesso Consiglio d'Europa si è dotato di una Carta sociale¹⁹⁴ in cui espressamente vengono previsti e tutelati i diritti connessi alla sfera lavorativa: condizioni di retribuzione, assicurazioni di disoccupazione, formazione e ferie retribuite¹⁹⁵. Lo spirito alla base di tali documenti internazionali riposa sull'assunto che il lavoro sia una componente essenziale della vita e dello sviluppo dell'individuo ed, in quanto tale, vada tutelato. In particolare i diritti collettivi, quelli cioè di associazione sindacale, contrattazione collettiva e sciopero, hanno spesso trovato accoglimento nella categoria dei diritti civili in quanto diritti di partecipazione e sono stati perciò spesso inseriti sia nelle convenzioni riguardanti i diritti civili e politici, sia in quelle riguardanti espressamente i diritti sociali.

La Cedu non prevede, al contrario, alcun diritto relativo al lavoro, l'unica menzione che essa fa del lavoro è in negativo ed è contenuta all'art. 4, laddove è prevista la garanzia contro il lavoro forzato e la schiavitù, nonché un breve elenco di fattispecie lavorative che non rientrano nella definizione di lavoro forzato.

Tuttavia, anche in questo ambito la Corte di Strasburgo ha dato prova di grande capacità interpretativa, al fine di ammettere alcune tutele indirette al lavoro¹⁹⁶. Partendo, ancora una volta, dall'interpretazione degli articoli 6, 8, 9, 10, e 11 Cedu è giunta a dare garanzia al diritto di accesso al lavoro, alla tutela contro il licenziamento ingiustificato, al diritto alla retribuzione e alla pensione ed ai diritti sociali collettivi, seppur in ambiti tuttora circostanziati.

Molto spesso, la Corte ha utilizzato, come fonte d'ispirazione per innovare la propria giurisprudenza in materia di lavoro, le disposizioni della Carta Sociale Europea. Benchè questo strumento non abbia un'efficacia vincolante e non rientri nel campo di applicazione

¹⁹³ Tra i testi internazionali che accordano tutela ai diritti del lavoro possono ricordarsi, oltre la Carta sociale europea, il Patto internazionale sui diritti civili e politici, il Patto internazionale sui diritti economici sociali e culturali, le Convenzioni dell'Organizzazione Internazionale sul lavoro.

¹⁹⁴ Akandji-Kombé, Jean-François, *Charte sociale européenne et Convention européenne des droits de l'homme : quelles perspectives pour les 10 prochaines années ?*, in *The European Social Charter : a social constitution for Europe = La Charte sociale européenne : une constitution sociale pour l'Europe* / coord. Olivier De Schutter. - Bruxelles : Bruylant, 2010. - p. [147]-165.

¹⁹⁵ Adottata nel 1961 e riveduta nel 1996, la Carta sociale europea garantisce i diritti sociali ed economici in materia di alloggio, salute, istruzione, occupazione, circolazione delle persone, non discriminazione e tutela giuridica. Quarantatré dei quarantasette Stati membri hanno già ratificato una delle due versioni della Carta sociale europea. Nel 1995 alla Carta è Stato aggiunto un Protocollo che prevede una procedura di reclami collettivi. Detta procedura permette di ricorrere al Comitato europeo dei diritti sociali in caso di violazione della Carta. La missione del Comitato è di statuire sulla compatibilità delle situazioni nazionali con la Carta sociale europea. Nell'ambito del sistema di rapporti nazionali il Comitato adotta delle conclusioni mentre in quello della procedura dei reclami collettivi adotta delle decisioni.

¹⁹⁶ J. Sarkin, *Developing the right to work: intersecting and dialoguing human rights and economic policy*, in *Human Rights Quarterly: a comparative and international journal of the social sciences, humanities, and law*, vol. 33, no. 1 (Feb. 2011), p. [1]-42 456.

della Corte EDU, viene da essa utilizzato quale referente preferenziale nella definizione dei diritti del lavoro¹⁹⁷.

Come si è già evidenziato, attraverso un'interpretazione evolutiva dell'art. 6 la Corte ha lentamente esteso le garanzie dell'equo processo anche ai casi di controversie del lavoro tra dipendenti pubblici e lo Stato¹⁹⁸. Dal 1997 in poi, la Corte ha affermato che l'art. 6 può essere invocato nelle dispute che riguardino “a purely economic right” o “an essentially economic right”, vantato dall'individuo nei confronti dello Stato, in forza di un contratto di lavoro che non comporti questioni di discrezionalità amministrativa¹⁹⁹. Due anni più tardi, nel famoso caso *Pellegrini v. Francia*, la Corte abbandona il criterio economico della prestazione, per adottare il cosiddetto criterio funzionale²⁰⁰, al fine di applicare l'art. 6 anche alle controversie in materia di condizioni di servizio, reclutamento, carriera, e fine carriera, affermando che “the only dispute excluded from the scope of article 6 par. 1 of the Convention are those which are raised by public servant whose duties typify the specific activities of the public service in so far as the latter is acting as the depositary of public authority responsible for protecting the general interest of the State or other public authorities”²⁰¹. L'ultima evoluzione di questa tendenza si è avuta con la sentenza *Vihlo*, nella quale la Corte, sostanzialmente, ha ammesso che le uniche limitazioni all'applicazione dell'art. 6 in materia di contenzioso di lavoro nel settore pubblico, siano quelle per cui la legge nazionale non prevede un ricorso giurisdizionale, sempre che tale previsione sia valutata come giustificata. In sostanza “there can in principle be no justification for the exclusion from the guarantees of article 6 of ordinary labour disputes, such as those relating to salaries, allowance or similar entitlements, on the basis of the special nature of the relationship between the particular civil servant and the State in question”²⁰².

Sotto il profilo della garanzia dell'accesso al lavoro, la Convenzione non dispone alcuna esplicita norma che obblighi gli Stati parte a prevedere delle misure effettive per l'esercizio di tale diritto. L'omissione deliberata di tale previsione deriva dal fatto che, “great difficulty of bringing before an international Court the problem of recruitment and the

¹⁹⁷ I primi dieci articoli della Carta sociale europea sono interamente dedicati ai diritti collegati al lavoro: diritto al lavoro (art.1); diritto ad eque condizioni di lavoro (art. 2); diritto alla sicurezza e igiene sul lavoro (art.3); diritto ad un'equa retribuzione (art.4); diritto di associazione (art.5); diritto di negoziazione collettiva (art.6); tutela dei minori (art.7); tutela della maternità (art.8); diritto al *vocational training* (art.9); diritto alla formazione professionale); inoltre l'art. 19 stabilisce la tutela dei lavoratori migranti.

¹⁹⁸ J.-P. Margénaud, *Les droits européens des salariés devant la Cour EDH: une amplification de la méthode d'interprétation évolutive*, in *Les droits sociaux et la CEDH*, Actes du colloque du Concours Habeas Corpus / APIDH (ed.). - Sarrebruck : Editions universitaires européennes, 2010. - p. 28-38 .

¹⁹⁹ In questo senso si vedano le sentenze *De Santa, Lapalorcia, Abenavoli v. Italia*, ric. N. 25574/94, 25587/94, 25586/94, 25839/94 del 2 settembre 1997 e ancora *Nicodemo v. Italia* 2 settembre 1997 par. 19.

²⁰⁰ Si veda I. E. Koch, *Human rights as indivisible rights*, Nijhoff Publisher 2009, p. 230.

²⁰¹ Sentenza *Pellegrini v. Francia*, 8 dicembre 1999 par. 66.

²⁰² Sentenza *Vilho Eskelinen e altri v. Finlandia*, ric. N. 63235/00 del 19 aprile 2007, par. 62.

arrangement for selection and admission, which by their very nature differ considerably in Council of Europe member states according to national tradition and the system governing the public service”²⁰³. Tuttavia, in molti casi, la Corte ha riconosciuto che, seppure la Convenzione non tuteli il diritto a scegliere liberamente una professione, questo diritto, essendo riconosciuto da molti strumenti internazionali, quali la Carta Sociale Europea e le convenzioni OIL, debba essere garantito anche in ambito Cedu, quale corollario dei diritti sanciti dall'art. 8, al fine di superare l'antica divisione tra diritti civili e diritti sociali. Secondo questo ragionamento, infatti, la nozione di “vita privata” deve tener conto anche degli aspetti relativi alla professione di un individuo poiché “it is, after all, in the course of their working lives that the majority of people have a significant if not the greatest, opportunity of developing relationships with the outside world”²⁰⁴. È interessante notare come il ragionamento della Corte in materia di accesso al lavoro, sia un ragionamento poco giuridico e più sociologico, infatti, quello che la Corte garantisce non è in generale, come ci si potrebbe aspettare, la correttezza delle procedure di assunzione e la non discriminazione tra i lavoratori ma, caso per caso, essa valuta se l'esclusione da un determinato posto di lavoro abbia delle conseguenze negative ed irreparabili sulla vita privata del soggetto escluso. Nei casi *Thlimmenos v. Grecia*²⁰⁵, *Sidabras e Džiautas v. Lituania*²⁰⁶, la Corte riconosce il diritto al lavoro dei ricorrenti, ma tale definizione si differenzia da quella giuslavoristica della garanzia dell'accesso al lavoro, e si connota per la sua valenza ambigua, nel senso che la valutazione non è compiuta in astratto, bensì sul caso particolare e con riferimento alle ripercussioni sulla vita privata dell'individuo. In questo senso è difficile sostenere che la Cedu riconosca un autonomo diritto di accesso al lavoro, tuttavia è certo che in circostanze specifiche il diniego all'assunzione possa assumere rilievo sotto il profilo della violazione dell'art. 8, spesso in combinazione con l'art. 9 e l'art. 14²⁰⁷.

Lo stesso ragionamento vale per altri diritti relativi alla sfera lavorativa. Ad esempio, la Corte sostiene che in determinate circostanze anche il licenziamento ingiustificato possa trovare garanzia nelle previsioni della Convenzione. Ancora una volta, questa tutela non è prevista in generale ma in riferimento a categorie specifiche di soggetti, in relazione ai diritti di libertà di religione, di pensiero ed espressione nonché del rispetto della vita privata.

²⁰³ In questo senso l'opinione concorrente dei giudici Bindchelder, Robert, Pinheiro Farinha, Petetti, Walsch, Russo e Bernhardt nella sentenza *Glaserapp v. Germania*, ric. N. 9228/80 del 28 agosto 1986 e *Kosiek v. Germania*, ric. N. 9704/82 entrambe del 28 agosto 1986.

²⁰⁴ Sentenza *Niemietz v. Germania*, (cit.), par. 29.

²⁰⁵ Sentenza *Thlimmenos v. Grecia*, ric. N. 34369/97 del 6 aprile 2000.

²⁰⁶ Sentenze *Sidabras e Džiautas v. Lituania* ric. N. 55480/00 e 59330/00 del 27 luglio 2004. Entrambi questi casi si riferiscono ad esclusioni dei candidati da posti di lavoro pubblici sulla base di loro pregresse attività, illecitamente, qualificate come incompatibili con l'attività pubblica.

²⁰⁷ In questo senso si veda la sentenza *Rainys Gasparavicius v. Lituania*, ric. N. 70665/01 e 74345/01 del 7 aprile 2005.

Esiste, infatti, una nutrita giurisprudenza in ambito di tutela dal licenziamento per discriminazioni basate sul sesso, e in particolare con riferimento ai casi di discriminazione degli omosessuali²⁰⁸. Le sentenze *Lustig-Prean e Beckett* e *Smith e Grady*²⁰⁹, in tema di licenziamento dalla polizia di alcuni agenti perchè omosessuali, danno alla Corte l'occasione di sostenere che, benchè gli Stati abbiano un ampio margine di apprezzamento nell'organizzazione delle forze armate, al fine di garantire la sicurezza nazionale e l'operatività funzionale delle proprie forze armate, l'esclusione di personale sulla sola base dell'orientamento sessuale non rientra in tale margine. In questi casi la Corte non fa riferimento ai principi di non discriminazione sanciti all'art. 14 ma, sottolinea, come questi licenziamenti abbiano un impatto fortemente negativo nella vita privata di questi soggetti. Infatti, non solo il licenziamento di per sè comporta difficoltà, economiche e di ricollocamento, per l'individuo che lo subisce, ma inoltre, il motivo dell'omosessualità arreca grave pregiudizio anche in riferimento al normale svolgimento della vita sociale di questi soggetti e del discredito che ne deriva. Alcuni anni più tardi²¹⁰ la Corte, nell'affrontare casi simili, riprende questo ragionamento affermando che, a differenza di quanto sostenuto dallo Stato, “convincing and weighty reasons have not been offered [...] to justify the policy against homosexuals in the armed forces or, therefore, the consequent discharge of the applicant from those force”²¹¹, sottolineando come nel tempo la percezione dell'omosessualità sia cambiata e come l'approccio nei suoi confronti debba essere più tollerante e garantista.

La tutela contro il licenziamento ingiustificato viene ricavata dalla Corte, anche, in riferimento alla violazione dell'art. 10 e dell'art. 9 Cedu. Nel caso *Vogt v. Germania*²¹², la signora Vogt, insegnante in una scuola pubblica secondaria della Germania viene licenziata poiché appartenente al partito comunista. Tale licenziamento è sorretto da una norma nazionale che prevede l'impegno da parte dei dipendenti pubblici a mantenere e diffondere il sistema costituzionale democratico nella società. Secondo la Corte, tale previsione è di per se giustificata, in quanto, a seguito dell'esperienza nazista, la Germania si è dotata di una normativa costituzionale che si basa sul principio della “democracy capable of defending itself [...]”. Tuttavia, il licenziamento della signora Vogt non può considerarsi giustificato sulla base di tale normativa poiché da un lato, il ricollocamento della signora sarebbe

²⁰⁸ S. Besnard, *La Cour européenne des droits de l'homme et les discriminations fondées sur le sexe et l'orientation sexuelle, Les droits sociaux et la CEDH: Actes du colloque du Concours Habeas Corpus / APIDH* (ed.). - Sarrebruck : Editions universitaires européennes, 2010. - p. 39-46

²⁰⁹ Sentenze *Lustig-Prean e Beckett v. Regno Unito* e *Smith e Grady v. Regno Unito* (cite).

²¹⁰ Sentenze *Perkins e R. v. Regno Unito* e *Beck, Copp e Bazeley v. Regno Unito* (cite).

²¹¹ Ibid. par. 98 e 105.

²¹² Sentenza *Vogt v. Germania* (cit.).

pressochè impossibile, stante la scarsità di posti di insegnamento non pubblici, e dall'altro perchè le attività politiche della signora erano di tipo legale ed inoltre, la Costituzione federale non prevede l'esclusione del partito comunista, dai partiti ammessi in Germania. Sulla scorta di tali considerazioni, la Corte conclude che il licenziamento della signora Vogt sia "disproportionate to the legitimate aim pursued"²¹³ e, pertanto, debba essere censurato alla luce dell'art. 10 Cedu.

Vi sono poi dei casi in cui la Corte ammette l'illegittimità del licenziamento sulla base della violazione dell'art. 9. Nel caso *Ivanova v. Bulgaria*²¹⁴, ad esempio, la ricorrente lamentava di essere stata licenziata, dal posto di staff non insegnante di una scuola, per il fatto di appartenere ad una chiesa non riconosciuta dallo Stato bulgaro. In questo caso la Corte accerta che effettivamente il licenziamento si basa esclusivamente su tali motivi e pertanto è certamente illegittimo, in quanto viola le disposizioni in materia di rispetto religioso.

La tutela offerta dalla Corte di Strasburgo in ambito di fattispecie riconducibili alla garanzia del lavoro e del lavoratore, oltre alle casistiche rientranti nell'ambito della non discriminazione, dell'applicazione del giusto processo e del rispetto della vita privata/lavorativa, investe anche i cosiddetti diritti sociali collettivi.

La Corte, infatti, riconosce da sempre che l'art. 11 in materia di libertà di associazione, tuteli anche la libertà sindacale, come prolungamento della libertà di associazione, ed in particolare come libertà collettiva²¹⁵. Non di meno, essa interpreta tale libertà sia come positiva che come negativa: positiva nel senso di garantire effettivamente al lavoratore la possibilità di associarsi ad un sindacato, negativa, all'opposto, la non obbligatorietà di tale affiliazione. In particolar modo con riferimento ai sistemi sindacali degli Stati del nord Europa, laddove generalmente l'affiliazione al sindacato è prevista obbligatoriamente dalla legge, la Corte ha sostenuto che l'autonomia personale deve essere rispettata sia nel caso della scelta di una volontaria affiliazione sia nel caso di una scelta in senso contrario²¹⁶. Tale aspetto della libertà negativa non riguarda solamente il singolo, che va tutelato sia nel caso voglia affiliarsi, sia nel caso in cui non voglia, ma riguarda gli stessi sindacati. Nella causa *ASLEF v. Regno Unito*²¹⁷, la Corte ha, infatti, sostenuto la legittimità del rifiuto da parte del

²¹³ Sentenza *Vogt* (cit.), par. 68.

²¹⁴ *Ivanova v. Bulgaria*, ric. N. 52435/99 del 12 aprile 2007.

²¹⁵ J.-M. Béraud, *Aspect de la liberté syndicale au regard de la Convention CEDH*, in Dr. Soc. 2006, p. 1022.

²¹⁶ In questo senso si veda la sentenza *Sorensen e Rasmussen v. Danimarca* (cit.), in cui la Danimarca è stata condannata perchè ha permesso il licenziamento di alcuni lavoratori sulla base del loro rifiuto di pagare la quota d'associazione al sindacato.

²¹⁷ Sentenza *ASLEF v. Regno Unito*, ric. N. 11002/05 del 27 febbraio 2007 cfr. i commenti di J. Hendy and K.D. Ewing, *Trade Unions, Human Rights and the BNP*, [2005] 34 ILJ 197 and, by the same authors, *Submission to the Joint Committee on Human Rights on the Employment Bill 2004 and the Trade Union and Labour Relations (Consolidation) Act 1992 s.174*, April 2004, IER.

sindacato all'affiliazione di un lavoratore che sostenga idee in contraddizione palese con i valori fondamentali che il sindacato difende.

Benchè la tutela sindacale sia pacificamente ammessa dalla Corte EDU, più complesso risulta il rapporto con gli altri diritti derivanti dalle libertà sindacali; difatti, il diritto di negoziazione e quello di sciopero non hanno, inizialmente, trovato spazio nell'interpretazione dell'art. 11. Nella sentenza *Gustafsson v. Svezia* del 1996 la Corte aveva rifiutato, infatti, di accordare spazio al diritto di negoziazione collettiva in quanto non rientrante nel campo di applicazione dell'art. 11²¹⁸. Questo orientamento interpretativo ha resistito per oltre un decennio, a fronte anche di numerose opinioni dissenzienti. La svolta nel ragionamento della Corte arriva nel 2008 con tre importanti decisioni della Grande Camera²¹⁹, che mettono fine alle incertezze anteriori. In esse la Corte, sottolineando come la sua giurisprudenza anteriore debba essere rivista, nel senso di tenere conto dell'evoluzione in materia sia del diritto internazionale che di quelli nazionali, dichiara che “le droit de mener des négociations avec l'employeur est, en principe, devenu l'un des éléments essentiels du droit de fonder des syndicats...énoncé par l'article 11”, integrando pienamente il diritto di negoziazione nel dettato convenzionale. Ad ogni modo, dovendosi tener conto delle diversità dei modelli di protezione sociale degli Stati parte essi “demurent libres d'organiser leur systèmes de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut particulier aux syndicats représentatifs”²²⁰. La Corte riconosce ancora, l'esistenza di un margine d'apprezzamento statale in questa materia, tuttavia le limitazioni al diritto di negoziazione previste dal secondo comma dell'art. 11, devono essere interpretate in maniera restrittiva al fine di assicurare una protezione concreta ed effettiva al diritto in questione.

Il secondo aspetto problematico relativo alle libertà sindacali collettive, riguarda il diritto di sciopero. Benchè già in passato la Corte avesse parzialmente riconosciuto che questo diritto fosse un corollario del diritto di associazione²²¹, non si era pronunciata nel senso di affermare se l'art. 11 riconoscesse o meno il diritto di sciopero sostenendo, nella causa *Demir e Baykara v. Turchia*, che “la liste des éléments essentiels à la liberté syndicale n'est pas figée,

²¹⁸ È interessante notare come la tutela dei diritti sociali collettivi di negoziazione e sciopero sia, anche nella prima giurisprudenza EDU, difficilmente inquadrabile nell'ambito di applicazione delle norme convenzionali. Così come nel presente la Corte di Giustizia appare titubante rispetto ad un'effettiva garanzia di tali diritti, la Corte di Strasburgo ha dovuto attendere dodici anni per un suo *revival* in materia di diritto di negoziazione. Ci permettiamo di osservare che un ingresso dell'Unione alla Convenzione potrebbe oggi favorire un dialogo tra Corti anche in questo ambito; in particolare, con riferimento al diritto di sciopero, la cui tutela appare ancora incerta per entrambe le giurisdizioni, l'adesione potrebbe favorire un'occasione di lavoro congiunto tra le due Corti, attraverso un approccio *mutual learning* che possa portare a soluzioni condivise di rafforzamento delle garanzie sociali collettive sul piano sovranazionale e regionale.

²¹⁹ Sentenza *Demir e Baykara v. Turchia* (cit.).

²²⁰ Cfr. par. 153, 146 della decisione *Demir e Baykara v. Turchia* (cit.).

²²¹ In questo senso le sentenze *Unison v. Regno Unito* del 10 gennaio 2002, *OFS v. Norvegia* del 27 giugno 2002 e *Karaçay v. Turchia* del 27 marzo 2007, in cui la Corte rifiutava l'idea per cui la partecipazione ad uno sciopero potesse essere un motivo legittimo per un licenziamento.

mais qu'elle a vocation à évoluer en fonction des développements caractérisant le monde du travail”.

La sentenza *Enrji Yapi Yol Sen v. Turchia*, del 21 aprile 2009, offre quindi, alla Corte l'occasione per affermare definitivamente che il diritto di sciopero sia un corollario indissociabile del diritto all'associazione sindacale e, pertanto, trovi tutela tramite il disposto dell'art. 11. Tuttavia, tale diritto non può ancora essere considerato come assoluto, dovendosi applicare ad esso la teoria del margine di apprezzamento statale.

Certamente non è possibile affermare che la tutela del lavoro nelle sue manifestazioni di associazione sindacale e diritto di sciopero sia definitivamente ed indiscutibilmente entrata a far parte della giurisdizione della Corte Edu, tuttavia, i casi qui descritti offrono una chiara idea di come l'interpretazione della Convenzione sia sempre più improntata verso il riconoscimento esplicito di una tutela sovranazionale dei diritti sociali anche in chiave collettiva.

Come si è già argomentato nel capitolo precedente, benchè in materia di libertà sindacali la Corte di Giustizia abbia fatto riferimento alle disposizioni della Cedu e della Carta sociale europea²²², tuttavia essa si è discostata dalle decisioni sia della Corte di Strasburgo sia del Comitato europeo sui diritti sociali²²³, ammettendo di fatto la sottoposizione dei diritti sociali fondamentali alle libertà economiche fondamentali.

In un ottica di *multilevel* costituzionalizzazione delle fonti dei diritti fondamentali, questo approccio dovrebbe mutare, nel senso di ricercare un nuovo equilibrio nel bilanciamento degli interessi, anche nell'ottica di una futura adesione alla Cedu.

Stante, infatti, il riconoscimento da parte della Corte di Giustizia del proprio ruolo di garante, anche, dei diritti sociali fondamentali dovrebbe essere impossibile, una volta avvenuta l'adesione, operare un bilanciamento tanto netto tra libertà economiche e diritti sociali

²²² Si vedano ancora i casi *Viking e Laval* già commentati.

²²³ Si veda ad esempio il caso *FRD (C-504/03)* dove l'Avvocato Generale Kokott (par. 74 delle conclusioni) ha espressamente fatto riferimento alla Carta sociale europea (Sul punto molto lascia pensare che l'art. 19, n. 6, della Carta sociale preveda dei criteri più ampi rispetto alla Cedu per il ricongiungimento familiare di lavoratori migranti nello Stato di accoglienza. Nella ponderazione degli elementi non dovrebbe, almeno, essere sufficiente dedurre la possibilità di una vita familiare nello Stato di provenienza, dovendosi, piuttosto, dimostrare che ostacoli obiettivi si oppongono al ricongiungimento familiare nello Stato di accoglienza. Per il presente caso sembra essere rilevante anche il fatto che l'art. 19, n. 6, della Carta sociale, in collegamento con la definizione dei familiari da favorire contenuta nel suo allegato, si oppone alla previsione di limiti di età in relazione al ricongiungimento dei figli minori. Inoltre, il Comitato europeo per i diritti sociali, che sorveglia la realizzazione della Carta sociale, ha riconosciuto, nella sua prassi decisionale, solo periodi di attesa fino ad un anno, ed ha invece rifiutato quelli di tre o più anni. Infine, per l'interpretazione e l'applicazione della Cedu, ed in particolare del suo art. 8, la Corte eur. D.U. – nella sua giurisprudenza più recente – ha preso in considerazione alcune disposizioni della Carta sociale e la prassi decisionale del summenzionato comitato), riferimento che però è stato ignorato dalla corte di Giustizia.

collettivi, posto che questi trovano esplicito riconoscimento sia nella Cedu che nella Carta di Nizza, e pertanto, il margine di apprezzamento dovrebbe risultare minore in questo ambito.

Sembra perciò potersi argomentare che, proprio questo, appare l'ambito nel quale potrebbe aversi il maggior sviluppo nel breve periodo a seguito dell'adesione, posto che, di fatto, le garanzie ai diritti collettivi sono già esplicitamente inserite nel *bill of rights* dell'Unione, e sembra difficile che la Corte di Giustizia possa ignorare i forti segnali della giurisprudenza Edu in questa materia, con il rischio di uno scontro di giurisprudenze, difficilmente sostenibile²²⁴.

Alla luce, inoltre, dell'importanza che il dialogo con le parti sociali e la contrattazione collettiva rivestono nel Trattato di Lisbona, le disposizioni della Carta di Nizza in tema di libertà di associazione sindacale (art. 12) e di contrattazione collettiva (art. 28), pur elevando al rango di diritti fondamentali l'una e l'altra appaiono, sotto altri aspetti, o elusive o troppo generiche. L'atteggiamento minimalista dell'Unione nei confronti dei diritti collettivi, è del resto confermato proprio dal perdurante tabù, anche nel contesto del nuovo Trattato di Lisbona, della competenza dell'Unione in materia di diritto di associazione sindacale (unitamente al diritto di sciopero e alla retribuzione²²⁵), senza contare che "al centro della scena il diritto comunitario colloca l'individuo e non il collettivo, benché si tratti di diritti che per loro stessa natura trascendono i singoli lavoratori ed anzi, come si è notato, sono direttamente collegati alla sfera pubblica delle persone piuttosto che alla loro sfera privata"²²⁶.

Pertanto, ciò che ancora una volta emerge è che tali libertà, nell'ordinamento dell'Unione, oggi sono ridotte alla sola garanzia della libertà *da*, con una formula che rinvia ad una generica libertà associativa al cospetto dei poteri pubblici e privati, lasciando i suoi contenuti positivi affidati agli ordinamenti nazionali, ove si definiscono gli interventi promozionali.

L'adesione alla Cedu potrebbe, dunque, essere l'occasione per una nuova valorizzazione di tali diritti proprio in chiave collettiva, attraverso la valorizzazione della teoria del consenso europeo e del margine di apprezzamento, sulla scorta di quanto già riconosciuto dalla Corte di Strasburgo, in materia di interpretazione dell'art.11.

²²⁴ Specialmente poiché a livello interno i diritti sociali collettivi sono pacificamente tutelati da tutti gli ordinamenti statali, dalla Cedu e dai principali strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali.

²²⁵ Cfr. *European labour law and the EU Charter of Fundamental Rights*, Baden-baden, Nomos, 2006). 77 E. Ales, *Libertà e "uguaglianza solidale": il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *Diritto del Lavoro*, 2002, pag. 120.

²²⁶ V. in tal senso G. Brunelli in Bifulco-Cartabia-Celotto, *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Il Mulino Bologna 2001 pag. 106-107. Per un recente commento all'art. 28 della Carta di Nizza v. W. Chiaromonte, *Art. 28. Diritto di negoziazione e di azioni collettive*, in G. Bronzini, *La Carta di Nizza. Commentario*, Chimienti ed. 2008.

5. I rapporti tra l'Unione europea e la Cedu

Come anticipato, uno dei temi maggiormente discussi, nel momento attuale in seno all'Ue, è l'adesione di questa alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti fondamentali.

Come è noto il Trattato di Lisbona ha espressamente previsto la possibilità dell'adesione dell'Unione alla Convenzione, superando l'impasse giuridica già rivelata dalla Corte di giustizia nel parere 2/94²²⁷. D'altro lato, è stato emanato il Protocollo 14 della Cedu il quale espressamente prevede una deroga alla stessa che permette l'adesione da parte dell'Unione.

Nel prosieguo si discuterà del tema dei meccanismi previsti affinché l'adesione possa avvenire in tempi rapidi; basti qui ricordare che questa pone una serie di problemi sia tecnici - quali le procedure di ricorso alla Corte Edu per gli atti di diritto primario, la rappresentanza dell'UE di fronte alla Corte Edu e al Consiglio dei ministri d'Europa, nonché l'efficacia delle sentenze della Corte dei diritti dell'uomo nei confronti dell'UE- sia giurisprudenziali, in particolare sotto il profilo di un possibile conflitto di giurisprudenza tra le due Corti.

Il profilo che maggiormente interessa a questo studio è il rapporto che verrà ad instaurarsi tra le due giurisprudenze con particolare riguardo al tema dei diritti sociali. Se, sotto il profilo della tutela dei diritti fondamentali di prima generazione (civili e politici), la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo si rifà quasi pedissequamente alle disposizioni della Cedu, stante anche il dettato della Carta dei diritti fondamentali che ne prevede un richiamo; nel campo dei diritti sociali ed economici non è possibile effettuare tale richiamo. Da un lato, come si è argomentato, il catalogo convenzionale non comprende questi diritti e la loro tutela (ove esiste) è garantita sulla scorta dell'interpretazione evolutiva operata dalla Corte di Strasburgo, entro i limiti derivati da una tale tecnica operativa; dall'altro, la Carta dei diritti Fondamentali dell'Unione, riconoscendo l'indivisibilità delle diverse categorie di diritti fondamentali, include esplicitamente alcuni diritti sociali nel proprio dettato, conferendo alla Corte di Giustizia competenza giurisdizionale anche in questo ambito.

Questo dato porta a chiedersi se la futura adesione non rischi di ingenerare conflitti giurisprudenziali tra le due Corti, posto il fatto che esse hanno ambiti di giurisdizione distinti e solo parzialmente sovrapponibili.

²²⁷ Nel parere 2/94 reso dalla Corte di Giustizia il 28.3.1996, questa affermava la non competenza della Comunità nella materia dei diritti fondamentali, escludendo quindi la possibilità di sottoscrivere un trattato internazionale, quale è la Cedu, da parte dell'allora Comunità, per carenza di competenza appunto.

Per quanto attiene al profilo della tutela dei diritti sociali sorgono evidenti profili di problematicità che è possibile sintetizzare come segue: l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e conseguentemente dalla Carta dei diritti fondamentali conferiscono all'Unione un nuovo mandato: l'Ue non ha più solo, tra le sue finalità, la costruzione e la garanzia del mercato unico²²⁸, ma anche quello di uno sviluppo sostenibile dell'Europa in cui i diritti fondamentali giocano un ruolo portante, e tra di essi (posto che la garanzia di quelli di prima generazione è efficacemente garantita già dalla Cedu e dallo stesso diritto dell'Unione) anche i diritti sociali, particolarmente, quelli connessi alla sfera del lavoro. In questo quadro, la Carta dei diritti fondamentali attribuisce alla Corte di Giustizia la competenza a garantire la loro applicazione, pur nei limiti delle competenze attribuite all'Unione dai Trattati. La Corte di Giustizia ha, quindi, il ruolo di verificare il rispetto degli standard posti dai diritti sociali alla normativa comunitaria, sia primaria che secondaria²²⁹. Tuttavia, poiché il ruolo della Corte di Giustizia è quello di garantire un'efficace applicazione del diritto comunitario e non quello di difendere esclusivamente i diritti fondamentali, come è già accaduto, essa opererà sempre un bilanciamento tra "interessi comunitari" e "interessi individuali", con il risultato che potrebbe sacrificare i secondi a beneficio dei primi. Questo è il nodo della questione: la Corte di Giustizia non è solo giudice dei diritti umani, ma è anche giudice dell'*aquis communautaire*, stante il fatto che la giurisdizione assoluta in materia di diritti dell'uomo in Europa spetta alla Corte EDU. È pertanto possibile immaginare che le due Corti possano operare ricostruzioni differenti della portata e della garanzia dei diritti sociali, ingenerando insicurezza giuridica ed eventualmente conflitti giurisprudenziali.

Da quando l'Unione ha assunto mandato anche rispetto alla tutela dei diritti fondamentali, attraverso la giurisprudenza *Hendelgesellschaft* ed il Trattato di Amsterdam, si è assistito ad uno scollamento nel sistema di protezione dei diritti umani in Europa; di fatti fino all'entrata in vigore della Carta, che ha il medesimo valore dei Trattati, e garantisce, pertanto, ai diritti fondamentali il rango di diritto primario dell'Ue, questi entravano a far parte dell'*aquis* sotto forma di principi generali del diritto, circoscrivendo il loro operato al solo diritto derivato. Inoltre la stessa Convenzione europea è stata incorporata nell'ordinamento comunitario e

²²⁸ L'obiettivo del mercato unico è stato fin da sempre il cuore del progetto comunitario. Oggi che tale obiettivo è stato raggiunto (si veda in questo senso il preambolo del Trattato di Lisbona) l'Unione apre ad un nuovo capitolo della propria evoluzione. Si è oggi in transito tra una Unione del mercato ad un'Unione dei diritti, i cui obiettivi sono quelli di crescita economica ma anche sociale.

²²⁹ E la Corte ha già dato prova di aver assunto tale ruolo, in particolare si veda la sentenza *Laval*, cit. sopra in cui esplicitamente si afferma che il diritto di sciopero è un diritto sociale fondamentale e pertanto rientra nell'ambito di tutela offerto dalla Corte di Giustizia ai sensi dell'art. 6 TUE.

interpretata dalla Corte di Giustizia secondo il «filtro» delle esigenze di questo²³⁰, creando, di fatto, due distinte giurisdizioni dei diritti umani sul territorio europeo.

Con l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione il quadro normativo di riferimento subisce alcune modifiche. Posto che la Carta ha lo stesso valore dei Trattati, le sue disposizioni devono essere applicate a tutti i soggetti e a tutti gli atti di diritto comunitario e la Corte di Giustizia diviene competente per vigilare sulla corretta applicazione di tale strumento, da parte dell'Unione e dei suoi Stati membri.

La particolarità del meccanismo risiede nel fatto che, come rilevato, la Corte di Giustizia non essendo giudice esclusivo dei diritti fondamentali, nel vigilare sul rispetto degli standard della Carta opera sempre un bilanciamento con riferimento, *in primis*, alle quattro libertà fondamentali e poi agli obiettivi dell'Unione stessa. Ciò significa che il giudizio circa il rispetto dei diritti fondamentali non è assoluto ma relativo in riferimento alla garanzia dell'*aquis* comunitario. Questo spiega il motivo per il quale in alcune decisioni della Corte tale bilanciamento appare, per così dire sbilanciato, ovvero tende a sacrificare i diritti del singolo quando siano in gioco interessi dell'Unione, portando in taluni casi a comprimere fortemente la tutela dei diritti sociali²³¹.

Benchè, non possa affermarsi che la Corte di Strasburgo sia una giurisdizione specializzata nella tutela dei diritti sociali, si è già illustrato come, attraverso la sua giurisprudenza, alcuni di questi diritti abbiano trovato espresso riconoscimento. Quello che potrebbe accadere, soprattutto in vista della ratifica del Protocollo n. 12²³² e dell'adesione è, che in futuro, l'applicazione del principio di non discriminazione, così come accolto dalla Cedu, finisca per ammettere in tutte le aree del diritto comunitario, come per i diritti nazionali, l'equiparazione dei presupposti per l'accesso alla fruizione dei diritti sociali; i quali, a quel punto, non potrebbero essere limitati neppure attraverso la teoria del margine d'apprezzamento statale,

²³⁰ Cfr. *Editorial comments. Relations between international courts and community courts: Mutual deference or subordination?*, in *Common Market Law Review*, 2005, pp. 584-585.

Nonostante tale autonomia di interpretazione, parte della dottrina ha sottolineato che «la giurisprudenza sui diritti umani (della Corte di giustizia) è la parte meno autonoma dell'ordinamento giuridico sopranazionale. In nessun altro settore, infatti, la Corte di giustizia fa richiamo in modo così incisivo agli ordinamenti giuridici nazionali e al diritto internazionale», così A. Von Bogdandy, *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1333.

²³¹ Tra tutti si vedano sempre le sentenze *Viking e Laval* della Corte di Giustizia, già trattati nel presente lavoro.

²³² Il Protocollo addizionale n. 12 è stato firmato a Roma il 4 novembre del 2000 ed è entrato in vigore il 4 aprile 2005. Al suo articolo 1 esso incorpora il divieto generale di non discriminazione affermando che «Il godimento di ogni diritto disposto da una legge sarà garantito senza alcuna discriminazione per motivi di sesso, razza, colore, lingua, religione, opinione politica o altra opinione, origine nazionale o sociale, associazione ad una minoranza nazionale, proprietà, nascita o ogni altra condizione». Una siffatta disposizione impone pertanto che qualsiasi normativa nazionale, o comunitaria in caso di adesione, debba essere applicata senza discriminazione. Sul piano dei diritti sociali l'applicazione di questo principio potenzialmente potrebbe condurre ad un ampliamento non di poco conto della sfera di tutela garantita.

posta la differenza che esiste tra le esigenze di tutela di una società democratica – eccezione ammessa per l’operatività del margine di apprezzamento statale – e quelle della salvaguardia delle peculiarità dell’ordinamento giuridico dell’Unione – peculiarità che non dovrebbe incidere sullo standard di tutela offerto dell’ordinamento comunitario, dato che, tecnicamente, l’Unione non è uno Stato e, le esigenze di salvaguardia delle peculiarità dell’*acquis communautaire* non paiono assimilabili alle esigenze derivanti da un *besoine sociale impératif*, alla luce della giurisprudenza Edu.

Questa prospettiva, non del tutto peregrina, potrebbe tuttavia, risultare praticabile laddove la Corte di Strasburgo fosse investita di un ricorso da parte di un singolo, che lamenti la violazione di un proprio diritto sociale sulla scorta del principio di non discriminazione, ad opera di una qualsiasi norma statale di derivazione comunitaria.

In particolare, alla luce della teoria del margine di apprezzamento rimane il dubbio circa la possibilità di reinterpretare le disposizioni convenzionali, che si riferiscono all’interesse per la sicurezza della nazione, la sicurezza pubblica, l’interesse economico generale, la prevenzione di disordini o crimini, la protezione della salute pubblica, la protezione della morale, o la tutela dei diritti e delle libertà altrui, in chiave comunitaria. Parte della dottrina, appare fortemente critica in riferimento a tale prospettiva²³³, posto che il diritto convenzionale è diritto autonomo rispetto a quelli nazionali e dell’Unione ed è proprio tale autonomia che ne garantisce l’efficacia, attribuendo ai diritti ed alle libertà garantiti il significato che emerge dal contesto della Convenzione e non da quello dei singoli ordinamenti nazionali, in coerenza con l’esigenza di elaborare un diritto europeo comune in materia.

Ad ogni modo si sottolinea che, come la dottrina ha enfatizzato, anche nei casi in cui il contrasto tra le due giurisdizioni²³⁴ è stato più aperto, le due Corti si sono dimostrate

²³³ Si rinvia a P. Pustorino, *L’interpretazione della Cedu nella prassi della Commissione e della Corte di Strasburgo*, Napoli 1998 ; O. Jacot-Guillarmont, *Règles, méthodes et principes d’interprétation dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme*, in *La Convention Européenne des droits de l’homme- Commentaire article par article*, sous la direction de Louis Edmond Pettiti, Emmanuel Decaux, Pierre Henri Imbert", Parigi 1999.

²³⁴ La prassi ha registrato numerosi casi in materia, tra i molti si segnalano: sentenza 16 marzo 1988, *Society for the protection of the Unborn Children Ltd. v. Open Door Counselling Ltd.* Conclusioni Avvocato nell’ambito del caso *Grogan*, sentenza 4 ottobre 1991, *The Society for the Unborn children Ireland LTD v. Stiephen Grogan*, questione pregiudiziale, causa 59/90, in Racc. 1991 p. I-04685. Sentenza 5 ottobre 1994, *TV10 v. Commissariaat voor de Media*, questione pregiudiziale, causa C- 23/93, in Racc. I-1994, p. 4795 ss. Sentenza 11 gennaio 1994, *X.S.A. v. Paesi Bassi*, ricorso n. 21472/93, in DR 76, p. 129 ss..

Sul tema si veda K. Leanerts – E. DE Smjter, *The Charter and the role of the European Courts*, in *Maastricht Journal*, 2001, 1, pp. 92 ss. Parte della dottrina ha messo in luce il rischio di *détriement fonctionnel* tra organi giurisdizionali appartenenti a tre livelli diversi. Tale ipotesi si verificherebbe qualora i giudici nazionali, la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell’uomo fossero chiamati a pronunciarsi sulla medesima fattispecie con effetti di porta devastante sulla solidità del tessuto normativo europeo in materia di diritti fondamentali, in caso di opposte interpretazioni. Cfr. S. Douglas-Scott, *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights acquis*, in *Common Market Law Review*, 2006, Vol. 43, 3, p. 639.

consapevoli del “decisamente troppo elevato rischio di perdita di prestigio in questa eventualità, perché non cercassero di porvi rimedio”²³⁵. Così, la consapevolezza delle nefaste conseguenze di un conflitto *in eternum* tra i rispettivi orientamenti giurisprudenziali, ha invogliato le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, quantunque *geneticamente differenti*²³⁶, a promuovere l’avvio di un percorso di riavvicinamento dei due sistemi di tutela, prospettiva che si auspica, permanga anche nei rapporti futuri, una volta intervenuta l’adesione.

6. L’adesione dell’Ue alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali

Come è noto, il tema dell’adesione dell’Ue alla Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell’uomo occupa ormai da due decenni i giuristi europei.

A metà degli anni novanta, sulla scorta dell’allora art. 300 TCE la Commissione europea richiese alla Corte di Giustizia un parere circa la possibile adesione, della allora Comunità, alla Cedu.

Il celebre parere, reso dalla Corte il 28 marzo 1996, diede risposta negativa. Le ragioni di tale diniego erano sostanzialmente due: da un lato alla Comunità, allora sprovvista di personalità giuridica, non era attribuita alcuna competenza in materia di diritti umani, dall’altro “una simile modificazione del regime della protezione dei diritti umani nella Comunità, le cui implicazioni istituzionali rivestirebbero un carattere fondamentale tanto per la Comunità quanto per gli Stati Membri, presenterebbe sicuro rilievo costituzionale trascendendo i limiti di cui all’art. 235. Una simile modificazione può realizzarsi solo a mezzo di una revisione del Trattato”²³⁷.

²³⁵ M.E. GENNUSA, *La Cedu e l’Unione Europea*, op.cit. p.106.

²³⁶ G. Demuro, *I rapporti fra la Corte di giustizia delle comunità europee e la Corte europea dei diritti dell’uomo. Problemi e prospettive, relazione al Convegno su La Corte costituzionale e le Corti d’Europa*, Catanzaro, 31 maggio-1 giugno 2002; reperibile sul sito dell’Associazione dei Costituzionalisti italiani <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali/convegni/copanello020531/demuro.html> ; oppure in P. Falzea, A. Spadaro, L.Venturi (a cura di), *La Corte Costituzionale e le Corti d’Europa*, Torino 2003.

²³⁷ Tra i critici si vedano G. Tiberi, *La questione dell’adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo al vaglio della Corte di Giustizia*, in Riv. it. Dir. Pubbl. com., 1997, p.437 ss, M. De Stefano, *L’Unione europea e la convenzione di salvaguardia dei diritti dell’uomo. Ipotesi sui futuri rapporti Corte europea-Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per l’Europa?* In Riv. Internaz. Dir. Uomo, 1998, p. 59 ss., e B. Conforti, *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, in Riv. Internaz. Dir. Uomo, 2000, p. 4 ss.; e Rossi L. S., *Il parere 2/94 sull’adesione della comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, Dir. Ue, 1996 p. 843.

Sui rilievi in dottrina relativi agli aspetti problematici del parere n. 2/1994 cfr. G. Gaja, *Opinion 2/94*, in Common Market Law Review, 1996, pp.973 ss., S. O’Leary *Current topic: Accession by the European*

La volontà di aderire alla Convenzione riposava sull'assunto che, essendo la Comunità, sprovvista di un *bill of rights* proprio, l'adesione avrebbe potuto colmare il gap, crescente, in materia di diritti umani, che la giurisprudenza eroica della Corte di Lussemburgo aveva, fino ad allora, riempito, non senza dubbi circa la legittimità di codesta giurisdizione.

Tuttavia, uno degli argomenti che maggiormente era a sfavore di un'adesione era la delicata questione della inevitabile sottoposizione del diritto comunitario al vaglio della Corte Edu.

Aderire alla Convenzione significa, difatti, accettare innanzitutto la giurisdizione esclusiva e sovranazionale della Corte di Strasburgo, nell'ambito della salvaguardia dei diritti umani. Questo ha da sempre creato dubbi, stante il dettato dei Trattati che attribuiscono in via esclusiva alla Corte di giustizia la competenza in materia di interpretazione e garanzia del diritto comunitario.

Pur non volendo qui parlare di "gelosie" tra le due Corti appare evidente che, sottoporre il diritto comunitario, che non è un diritto statale, al vaglio di una Corte internazionale, esclusivamente competente in materia di diritti fondamentali, può creare delle difficoltà in ordine al riparto di competenze tra le due giurisdizioni.

La lunga gestazione della Costituzione europea e della Carta dei diritti fondamentali prima, e del Trattato di Lisbona poi, hanno, in ogni caso, visto crescere il favore verso una revisione dei Trattati nel senso di conferire all'Unione gli strumenti per aderire alla Convenzione.

Tra i motivi principali a sostegno dell'adesione vi erano l'esigenza di allineare le disposizioni della Carta a quelle contenute nella Convenzione; la necessità che la giurisprudenza delle due Corti si evolvesse al passo, creando l'opportunità di sviluppare un sistema coerente di tutela dei diritti fondamentali in tutto il continente, con la promessa di un'Europa veramente unita dalla legge e dai valori; ed infine la possibilità per l'Unione di essere rappresentata davanti la Corte di Strasburgo, con la conseguenza di un efficace controllo degli atti comunitari direttamente in capo a quest'ultima e non solo ai suoi Stati membri.

Community to the European Convention on Human Rights, The Opinion of the ECJ, in *European Human Rights Law Review*, 1996, p. 362.; O. De Schutter e Y. Lejeune, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, a propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés*, in *Chiers de droit européen*, 1996, p. 555 ; E. Pagano, *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in *Diritto dell'Unione europea*, 1996, p. 163 ss. L.S.Rossi, *Il parere 2/94 sull'adesione della Comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Il Diritto dell'unione europea*, 1996, p. 839 ss. G. Tiberi, *La questione dell'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo al vaglio della Corte di giustizia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comunit.*, 1997, pp. 437., L. Betten- N. Grief, *Eu Law and Human Rights*, London- New York, 1998, pp. 111-123; P. Wachsmann, *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue du droit eur.*, juill-sept, 1996 ; C. Zanghi, *Un'altra critica al parere n. 2/1994 della Corte sull'adesione della Comunità alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Scritti in onore di G.F. Mancini*, Milano 1998, p. 1101.

Al fine di raggiungere questi obiettivi l'art. 6 del Trattato di Lisbona è stato modificato e all'attuale par. 2 prevede, che l'Unione aderisce alla Convenzione (nel testo inglese "shall adhere"²³⁸), sottolineando che i diritti da essa tutelati fanno parte del diritto comunitario, in quanto principi generali. Alla luce di questo articolo, il ruolo che andrebbe assegnato a taluni dei diritti contenuti nella Convenzione – in virtù anche del combinato disposto degli art. 52 e 53 della carta di Nizza – dovrebbe, pertanto, permettere alla Corte di Giustizia di integrare tra i propri parametri di giudizio i restanti articoli e protocolli della Cedu, non equivalenti ai diritti riconosciuti dalla Carta, attribuendo a questi un rango normativo tendenzialmente equiparabile agli articoli della Convenzione coperti dalla Carta. Il richiamo ai principi generali nell'art. 6 TUE, rischia tuttavia, di svilire il contenuto innovativo che potrebbe discendere dalla adesione e da una lettura orientata delle clausole orizzontali della Carta, considerato che essi rivestono nella giurisprudenza un valore il più delle volte servente rispetto al diritto primario²³⁹. In dottrina vi è, tuttavia, chi sottolinea che l'adesione dovrebbe ravvivare il dialogo tra le Corti europee al fine di evitare ipotesi di scontri aperti, favorendo uno sviluppo giurisprudenziale coordinato, che si allontani dal modello dei "controlimiti" sviluppatosi in seno all'Unione²⁴⁰.

Il mandato di adesione contenuto all'art. 6 TUE dovrebbe, quindi, risolvere i problemi già sollevati dalla Corte di Giustizia nel parere 2/94, posto che il Trattato di Lisbona conferisce all'Unione esplicitamente la competenza ad aderire alla Convenzione, disponendo nel Protocollo 8 dello stesso Trattato, le modalità con cui dovrà avvenire tale adesione. Secondo quanto previsto dal Protocollo questa dovrà, anzitutto, rispettare le competenze e le caratteristiche specifiche dell'Unione, con particolare attenzione alle modalità di partecipazione dell'Ue agli organi di controllo della Convenzione, nonché i meccanismi necessari per garantire che i procedimenti avviati da Stati non membri e le singole domande siano indirizzate correttamente a seconda dei casi agli Stati membri e/o all'Unione.

²³⁸ La locuzione inglese "shall adhere" ha posto alcune perplessità in merito all'effettivo significato da attribuirsi a questa clausola posto che in inglese shall non implica un obbligo ma una possibilità. Tali dubbi appaiono fugati se si guardano le traduzioni ufficiali del Trattato che in italiano recita "l'Unione aderirà alla Convenzione...", in francese "l'Union adhère à la Convention..", in spagnolo "la Union se adherirá al Convenio..".

²³⁹ In questo senso si veda L. M. Díez-Picazo, *Le relazioni tra Unione europea e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, p. 280 e, G. Ress, *La Carta europea dei diritti fondamentali e la protezione giurisdizionale*, in V. Atripaldi e R. Miccù, *L'omogeneità costituzionale nell'unione europea*, Padova 2003, p. 376.

²⁴⁰ In questo senso C. Pinelli, *Judicial Protection of human rights in Europe and the limits of the judge-made system*, in Dir. UE, 1996, p. 1005-1006 che sottolinea come "the relationship between national judges and the European Court of Human rights can then be considered far more flexible than that between the Constitutional Courts and ECJ, in the sense that only in the latter case the Courts have built together a network where every decision takes into account the other Court's possible reaction. The success of the dialogue of national Courts with the Strasbourg Court seems to rely less on the institutionalisation of their relationship than on cultural factors of our age, frequently depicted as "the age of human right"".

Il Protocollo 8, nato per dare indicazioni di natura tecnico/giuridica in merito alle difficoltà che il processo di adesione comporterà per i due ordinamenti giuridici, appare tuttavia esiguo e non esaustivo, lasciando insolute una serie di problematiche che saranno invece al centro dei negoziati per l'adesione²⁴¹. È da ricordare che, sul versante della Convenzione, anche essa ha dovuto essere emendata al fine di prevedere esplicitamente la possibilità che anche un'organizzazione *sui generis* come l'Unione potesse aderirvi. In particolare, il protocollo 14 ha modificato l'art. 59(2) che oggi dispone che “l'Unione europea potrà accedere alla Convenzione”²⁴².

Sulla scorta di queste disposizioni sono stati avviati, a partire dal giugno 2010, i negoziati per l'adesione i quali hanno già portato alla stesura di un primo *draft* del Trattato di adesione²⁴³. Senza volersi addentrare ad analizzare il risultato del lavoro del gruppo di negoziatori è tuttavia necessario soffermarsi sulle questioni che maggiormente sono state al centro di discussione durante i negoziati, e che ancor prima hanno impegnato il Consiglio europeo per stabilire il contenuto del mandato dato alla Commissione per concludere i negoziati.

I profili di maggiore criticità rispetto ad un'efficace adesione possono essere individuati in cinque macro-problemi: anzitutto, la questione riguardante l'adesione ai protocolli della Convenzione, posto che non tutti gli Stati membri hanno ratificato tutti i protocolli della Cedu e il trattato di Lisbona nulla dispone a questo proposito²⁴⁴.

²⁴¹ La prima proposta di adesione era stata sviluppata dal Comitato dei diritti umani del Consiglio d'Europa già all'inizio del 2002 (Technical and legal issues of a possible accession EC/EU to the European Convention on Human right CDDH(2002) 010 Addendum 2), successivamente ripresa dal gruppo di esperti che hanno presentato un progetto Parlamento Europeo nel marzo del 2010 (Hearing before the European Parliament's Committee on Constitutional Affairs, 18 Marzo 2010,

www.europarl.europa.eu/activities/committees/hearingsCom.do?language=EN&body=AFCO

²⁴² Il protocollo 14 è stato ratificato da tutti gli Stati parte della Convenzione (la Russia, ultimo stato ad aver ratificato il Protocollo, lo ha fatto nel gennaio 2010) ed è entrato in vigore il 1 giugno 2010. Il testo del Protocollo del 13 maggio 2004 è reperibile al sito www.conventions.coe.int/Treaty/EN/Html/194/hatm.

Si veda inoltre la dichiarazione del Presidente della Corte Jean Paul Costa del 19 ottobre 2009 nella quale si afferma “delighted that the Lisbon agreement on the draft reform Treaty expresses the unanimous intention of the European Union Member states to proceed to that accession” in www.echr.coe.int.

²⁴³ Si ricorda che l'adesione dell'Unione alla Cedu dovrà avvenire mediante la firma di un Trattato internazionale di adesione che da un lato dovrà essere ratificato dai 47 Stati parte della Convenzione, e dall'altro dovrà rispettare la procedura prevista dall'art. 218 TFUE, pertanto con votazione all'unanimità del Consiglio, previo il parere favorevole del Parlamento, e successivamente dovrà essere trasposto nei singoli ordinamenti nazionali secondo le corrispondenti procedure interne, con possibilità di richiedere alla Corte di giustizia un parere circa il testo del Trattato (possibilità non tanto remota, posto che la Spagna ha già dichiarato di volersi avvalere di tale procedura).

Per l'aggiornamento sul draft di adesione e i lavori del comitato per l'adesione si veda il sito http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/hrpolicy/cddh-ue/cddh-ue_documents_EN.asp

²⁴⁴ Ad oggi gli unici Protocolli addizionali della Cedu che non sono stati ratificati da tutti gli Stati membri dell'Unione sono i numeri 4, 7, 12 e 13. Secondo quanto affermato dal Vice-Presidente della Commissione Vivien Reding nel suo discorso del 18 marzo 2010 sull'adesione “four of the Protocols to the Convention have not been ratified by all Member States. As a matter of fundamental rights policy, the Commission is deeply convinced that any of these Protocols may be of potential relevance as regards the exercise of the Union's powers. Certain guarantees enshrined in these Protocols are also reflected in the Charter. An accession of the EU also to these Protocols is therefore highly desirable as matter of principle. However, at the present stage,

In secondo luogo, rileva la questione della rappresentanza dell'Unione all'interno degli organi del Consiglio d'Europa, in particolare di fronte alla Corte di Strasburgo. Questo, infatti, comporta da un lato istituire un meccanismo che permetta la corretta partecipazione di un giudice dell'Unione nei giudizi che la vedono coinvolta – anche sotto il profilo interno della nomina di tale giudice – e, dall'altro, le modalità di partecipazione dell'Unione alle riunioni dei membri del Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa²⁴⁵.

In terzo luogo, si pongono delle difficoltà legate alla garanzia dei limiti posti dall'art. 344 TFUE, il quale dispone la sottomissione di tutte le controversie tra Stati membri alla giurisdizione esclusiva della Corte di Giustizia, rispetto a quanto disposto, al contrario, dall'art. 55 Cedu che prevede la sottoposizione in via esclusiva alla Corte Edu delle questioni riguardanti la violazione di un diritto convenzionale da parte di uno Stato contraente contro un altro²⁴⁶.

Ancora un altro problema riguarda il controllo della Corte di Strasburgo rispetto agli atti dell'Unione nelle materie PESC. Come è noto in tale ambito è esclusa, ex art. 275 TFUE la competenza della Corte di Giustizia, tranne che per le misure restrittive adottate nei confronti dei singoli. Posto che la giurisdizione di Strasburgo si applica a tutte le questioni che rilevano nell'ambito della giurisdizione della parte contraente, il rischio è quello di attribuire una competenza più ampia alla Corte Strasburgo rispetto a quella di Lussemburgo.

Uno dei nodi centrali è, poi, la questione della definizione del meccanismo di *co-responsibility* (o *litisconsorzio*) di fronte alla Corte Edu. Tale meccanismo, dovrebbe regolare la rappresentanza dell'Unione e degli Stati membri là dove la violazione della Convenzione derivi da un atto comunitario. La difficoltà maggiore consiste, a questo proposito, nell'esatta identificazione del soggetto autore della violazione, Stato membro o Unione, qualora si tratti di una violazione discendente da atti di diritto secondario che comportino o meno discrezionalità applicativa da parte degli Stati membri.

Si deve, inoltre, valutare il problema della possibilità di un controllo della Corte Edu nei confronti del diritto primario dell'Unione²⁴⁷, nonché la questione posta dall'esecuzione delle

Member States are still divided on the issue of an accession of the EU to the Protocols that have not been ratified by all of them. The Commission proposes therefore a two-stage approach, in the interest of a swift agreement on the negotiation directives: At the first stage, the EU should be granted the right to accede to any of the existing and future Protocols to the Convention. At a later stage, it can then be decided to which Protocols the Union will accede in addition to the Convention itself.

²⁴⁵ In questo senso, Lock T., *Eu accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg*, Eu. Law rev. 12/2010 p. 777.

²⁴⁶ In questo senso dovrebbe escludersi la possibilità per uno Stato membro (parte della Convenzione) di instaurare un giudizio di fronte alla Corte Edu nei confronti di un altro Stato membro o della stessa Unione.

²⁴⁷ Problema ben noto alla giurisprudenza fin dalla sentenza *Matthew v. Regno Unito* (cit.). La pronuncia ha assunto una peculiare rilevanza con riferimento al rapporto tra i due sistemi di tutela non solo per il merito delle conclusioni cui il Giudice di Strasburgo è pervenuto ma anche per i seguiti che ha avuto nel diritto

sentenze rese dalla Corte di Strasburgo, sia sotto il profilo della responsabilità che sotto quello dell'esecuzione vera e propria delle sentenze di condanna²⁴⁸.

Infine, si pone la questione circa il fatto che la giurisdizione dalla Corte di Giustizia trova restrizioni nel sistema di accesso ad essa, con riferimento ai limiti posti alla introduzione di un ricorso individuale (articoli 240 bis e 240 ter TFUE), che rimangono anche dopo l'ampliamento di tale facoltà per i singoli, derivante dal nuovo Trattato (articolo 230 co.4 TFUE). Quando l'adesione dell'Unione alla Convenzione sarà in opera, il ricorso diretto contro atti delle sue istituzioni potrà essere esercitato solo dopo aver esaurito le possibilità di ricorso al giudice dell'Unione²⁴⁹ (il giudice interno rispetto al sistema Cedu). A questo proposito ed in relazione ai limiti all'accesso alla Corte UE, occorre richiamare l'articolo 13 della Convenzione, che richiede che venga assicurato, in ordine a tutti i diritti elencati nella Convenzione, un ricorso efficace all'interno del sistema considerato, poichè solo in tal modo è possibile che la Corte EDU intervenga, con funzione sussidiaria, quando i ricorsi interni non abbiano sanato la violazione che il ricorrente lamenta²⁵⁰.

Al fine di promuovere il processo di adesione e di trovare soluzione alle questioni qui individuate, il 17 marzo 2010, la Commissione ha presentato le direttive di negoziato per l'adesione dell'UE alla Convenzione ed il 4 giugno 2010, i ministri europei della giustizia le hanno conferito il mandato per condurre i negoziati per loro conto; parallelamente, il 26 maggio 2010, il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa ha dato un apposito mandato al suo Comitato direttivo per i diritti umani di elaborare insieme alla Commissione lo strumento giuridico necessario per l'adesione dell'Unione europea alla Cedu²⁵¹.

dell'Unione. Su questi temi si veda A. Ruggeri, *Composizione delle norme in sistema e ruolo dei giudici a garanzia dei diritti fondamentali e nella costruzione di un ordinamento intercostituzionale*, in www.federalismi.it n. 9/2009, p. 14; D. Spielmann, *Human Rights case law in the Strasbourg and Luxembourg: conflicts, inconstituencies, and complementarities*, in P. Alston, *The Eu and human rights*, Oxford,

Clarendon Press, 1999, p. 764.

²⁴⁸ Bultrini A., *Il controllo degli atti comunitari nella giurisprudenza degli organi della Cedu*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXI, Milano, 1997 p. 279.

²⁴⁹ Ai fini dell'articolo 35 co.2 b) della Convenzione la Corte UE non potrà essere ritenuta "altra istanza internazionale di inchiesta o di risoluzione".

²⁵⁰ La Corte UE a tale proposito ha sollecitato gli Stati membri ad introdurre a livello interno procedure giudiziarie che evitino dei vuoti di tutela (Caso C-432/05, *Unibet* del 13 marzo 2007, §§ 40-42) in linea con l'articolo 47 della Carta, che per suo conto prevede il diritto ad un rimedio effettivo ed un giudizio equo.

²⁵¹ È possibile seguire i lavori del Comitato direttivo sui diritti umani del Consiglio d'Europa in [http://www.coe.int/t/e/human_rights/cddh/3._Committees/01.%20Steering%20Committee%20for%20human%20rights%20\(CDDH\)/Default_en.asp](http://www.coe.int/t/e/human_rights/cddh/3._Committees/01.%20Steering%20Committee%20for%20human%20rights%20(CDDH)/Default_en.asp)

7. La giurisprudenza di Strasburgo in merito alle violazioni del diritto convenzionale da parte degli Stati membri dell'UE

Il profilo che maggiormente interessa questo studio, tra i principali problemi connessi all'adesione dell'Unione al sistema Cedu, è rappresentato dal controllo che la Corte di Strasburgo potrà operare, una volta che questa sia avvenuta, in riferimento agli atti comunitari²⁵².

La questione, in concreto già verificatasi per gli atti di attuazione nonché quelli di mera esecuzione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, si porrà, in futuro, anche rispetto a quelli posti in essere dalle stesse Istituzioni.

Ci si vuole brevemente soffermare sulle sentenze che hanno visto la Corte di Strasburgo investita di domande di accertamento della violazione dei diritti fondamentali dei singoli, ad opera degli Stati membri, nell'applicazione del diritto dell'Unione: queste sentenze mostrano, infatti, come si sono sviluppati nel corso degli ultimi cinquant'anni i rapporti tra la Corte di Strasburgo e quella di Lussemburgo, nonché tra diritto convenzionale e quello comunitario, e permettono di enucleare i problemi che da questo rapporto possono sorgere, suggerendo eventuali ipotesi di coordinamento in vista della adesione, con particolare riferimento al tema specifico dei diritti sociali.

Si deve prendere le mosse da un'importante premessa: la Corte di Strasburgo ha affermato fin dal 1958²⁵³ che la firma di un Trattato internazionale, diverso dalla Cedu, che preveda degli obblighi per gli Stati contraenti, non pregiudica l'applicazione della Convenzione. Tale posizione è stata ribadita nella sentenza *M & Co. v. Germania*²⁵⁴ in cui la Commissione europea dei diritti umani ha affermato che “member states are responsible for all act and

²⁵² Tra i molti che hanno scritto sul tema si segnalano i contributi di Besselink L., *The European Union and the ECHR: from sovereign immunity in Bosphorus to full scrutiny under the reform treaty?*, in Borefijn I., Goldschmidt J., *Changing perceptions of sovereignty and human rights, essay in honour of Claes Flinterman*, Intersentia 2008, p. 295 ss.; Bultrini A., *La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH*, Rev. Trim. droits de l'homme, 2002 p. 5 ss; Cannizzaro E., *Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in Riv. Dir. Internaz., 2005 p. 762.

²⁵³ Sentenza *X & X v. Germania* n.342/57, decisa dalla Commissione europea dei diritti umani il 25 agosto 1987. Prima della riforma del 1998 (Protocollo 11, entrato in vigore il 1 novembre 1998) il sistema giurisdizionale di Strasburgo era imperniato su due organismi: la Commissione europea e la Corte europea. La Commissione, in particolare, eseguiva una prima “scrematura” dei ricorsi e per lo più, quando veniva depositato in cancelleria qualche ricorso coinvolgente norme comunitarie, la Commissione si pronunciava per la non ricevibilità *ratione materiae* e *personarum*, poiché riteneva che vi fosse una sostanziale equivalenza tra le garanzie dei diritti forniti dalla Convenzione di Roma e quelle assicurate dall'ordinamento comunitario. Oggi, invece, la Commissione è stata abolita e, con essa, la fase preliminare di valutazione circa la ricevibilità del ricorso.

²⁵⁴ Sentenza *M & Co. V. FRG* (cit.), in cui la società ricorrente lamentava la violazione dell'art. 6 Cedu ad opera di un provvedimento nazionale esecutivo di una sentenza di condanna della Corte di Giustizia.

omission of their domestic organs allegedly violating the Convention regardless of whether the act or omission in question is a consequence of domestic law or...of necessity to comply with international obligations”.

Questa affermazione comporta l’obbligo per gli Stati membri di rispettare il diritto convenzionale, anche quando applicano il diritto dell’Unione. Tuttavia, mentre è possibile addebitare allo Stato una violazione della Cedu, nel caso in cui questo abbia discrezionalità nell’applicazione del diritto comunitario, più arduo è farlo nel momento in cui l’atto statale sia di mera esecuzione, stante il rischio di una condanna per violazione delle norme comunitarie²⁵⁵. Tuttavia, la Commissione prosegue affermando che nel caso specifico, il trasferimento di poteri ad un’organizzazione internazionale quale la (allora) Comunità europea è rispettoso della Convenzione solo se all’interno di quella organizzazione i diritti fondamentali ricevono “*an equivalent protection*” a quella garantita dalla Cedu, giudizio di equivalenza che andrebbe effettuato non in astratto ma in relazione al caso concreto²⁵⁶.

Che cosa accade nel momento in cui la Corte di Strasburgo rileva una violazione della Convenzione da parte di uno Stato membro per un atto non discrezionale, ma di mera esecuzione del diritto dell’Unione o di esecuzione del diritto primario?²⁵⁷

La questione è, in sostanza, quella di distinguere le ipotesi di ricorso che hanno ad oggetto un atto nazionale di attuazione del diritto comunitario (distinguendosi tra atti nazionali discrezionali o vincolati), da quelle che hanno ad oggetto un atto dell’Unione vero e proprio (distinguendosi tra ricorsi esclusivamente contro l’Unione e quelli che chiamano in causa anche i suoi Stati membri).

Il primo caso²⁵⁸ in cui la Corte di Strasburgo si è occupata direttamente di un atto collegato all’ordinamento comunitario, è stato nella notissima sentenza *Mathews v. Regno Unito*²⁵⁹. Si trattava del ricorso di una cittadina di Gibilterra contro la legge britannica che non includeva i cittadini della Rocca tra i titolari del diritto di voto al parlamento europeo. La signora lamentava la violazione dell’art. 3 del Protocollo addizionale, relativo al diritto di elezioni periodiche e libere. Tuttavia, la legge censurata derivava da una decisione del Consiglio (20

²⁵⁵ Bultrini A., *Il controllo degli atti comunitari nella giurisprudenza degli organi della Cedu*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXI, Milano, 1997 p. 279.

²⁵⁶ La Commissione proseguiva poi sostenendo che “it would be contrary to the very idea of transferring powers to an international organization to hold the Member States responsible for examining, in each individual case before issuing a writ of execution for a judgement of the European Court of Justice, whether article 6 of the Convention was respected in the underlying proceedings”.

²⁵⁷ Sul tema si veda S. Sanz Caballero, *Interferencias entre el derecho comunitario y el Convenio europeo de derechos humanos*, in *Revista de derecho comunitario*, 17/2004 p. 117 ss..

²⁵⁸ Nella precedente sentenza *Cantoni v. Francia* (cit.) la Commissione aveva già affermato l’irrelevanza, ai fini del giudizio, che una norma statale impugnata risultasse identica a quella contenuta in una direttiva comunitaria.

²⁵⁹ Sentenza *Mathews v. Regno Unito*, ric. N. 24833/94 del 18 febbraio 1999.

settembre 1976), con la quale si approvava l'Atto relativo alle elezioni dei rappresentanti al Parlamento europeo, in cui si leggeva che "il Regno Unito applicherà le disposizioni del presente Atto esclusivamente con riguardo al Regno Unito". Ciò nonostante, la Corte di Strasburgo accertò la violazione condannando il Regno Unito per violazione del diritto ad elezioni libere e periodiche.

Uno dei dati più interessanti rispetto a questa sentenza, risiede nel fatto che, la decisione del Consiglio (adottata sulla base dell'art. 138 TCE), avendo carattere di diritto primario, non potesse essere soggetta alla giurisdizione della Corte di Lussemburgo; dimostrando di fatto come sia possibile il contrasto tra l'ordinamento convenzionale e quello comunitario, anche a livello di diritto primario. Questa decisione, fortemente criticata in dottrina²⁶⁰, assume infatti, che la responsabilità *ratione materiae* del Regno Unito e congiuntamente, degli altri Stati membri, discenda dalla libera sottoscrizione degli accordi impugnati, i quali, lesivi della Convenzione, non rivestono la qualità di atti ordinari della Comunità, ma di strumenti propriamente riconducibili al diritto internazionale. Il presupposto di tale soluzione, si rinviene nel fatto che – in ossequio al carattere materiale e oggettivo della tutela offerta dai giudici di Strasburgo - non vi possa essere alcuna distinzione tra legislazione europea e legislazione interna, quando ciò comporti una violazione dei diritti garantiti dalla Cedu e senza che vi sia il controllo del giudice comunitario.

Questa sentenza non risolve, tuttavia, il problema della responsabilità di uno Stato membro e quello dell'Unione e non rappresenta che un'eccezione nel panorama giurisprudenziale della Corte Edu.

La successiva evoluzione giurisprudenziale, sviluppatasi con il caso *Bosphorus*²⁶¹, dimostra come la Corte di Strasburgo non rilevi alcuna incompatibilità della propria giurisdizione nel

²⁶⁰ Si veda Conforti B., *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, Riv. Int. Dir. Uomo, 2000 p. 423 ss..

²⁶¹ Sentenza della Grande Camera del 30 giugno 2005, *Bosphorus Hava Yollari Turizm ve Ticaret AS c. Irlanda*, ricorso n. 45036/98. Il notissimo caso prende le mosse dal sequestro di un aeromobile della società Bosphorus, compagnia aerea turca, che aveva stipulato un contratto di noleggio per quattro anni di due aeromobili con la JAT, compagnia aerea di bandiera jugoslava, mentre si trovava in territorio irlandese, in applicazione dell'art. 8 del Regolamento comunitario n. 990/93 che recepiva le sanzioni imposte da una Risoluzione ONU dell'aprile 1993 a carico della Repubblica federale di Jugoslavia, Serbia e Montenegro. In particolare tale art. 8 prevedeva che gli Stati membri dell'Unione europea potessero sequestrare aeromobili la cui partecipazione di maggioranza fosse detenuta da una persona fisica o giuridica jugoslava. Secondo la Corte di Giustizia il regolamento non può essere considerato né inadeguato né sproporzionato e pertanto conferma il sequestro. I ricorrenti si appellano allora alla Corte di Strasburgo la quale tuttavia confermerà la decisione della Corte di Giustizia.

Tra i moltissimi contributi in materia si segnalano Costello C., *The Bosphorus ruling on the European Court of Human Rights: fundamental rights and blurred boundaries*, in *Europe, Human Rights Law Review*, 6(1), 2006, p. 87; Lock T., *Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights Case law on responsibility of member states of International Organizations under the European convention on human Rights*, in *Human Rights Law Review*, 10/2010, p. 529.

caso di specie²⁶², ma finisce per ammettere la non violazione dell'art. 1 del Protocollo 1, da parte dell'Irlanda, riscontrando un “fair and proportionate balance” tra il diritto di proprietà individuale e l'interesse generale alla sicurezza nazionale. Il dato interessante di questa pronuncia, risiede nell'affermazione per cui, stante il riconoscimento del principio della protezione equivalente accordato al diritto comunitario, la Corte di Strasburgo si riserva la possibilità di valutare in concreto tale equivalenza, sulla scorta del proprio ruolo di strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo, quando esso sia “manifestly deficient”. In altri termini, nel valutare la compatibilità con la Convenzione di una forma di interferenza con il diritto di proprietà, la Corte ha dato rilievo alla circostanza che la misura statale era stata adottata al fine di attuare un atto comunitario, considerando quindi che “compliance with EC law by a contracting Party constitutes a legitimate general interest objective within the meaning of Art. 1 of Protocol 1”²⁶³. È rispetto a questo interesse, quindi, che la Corte ha condotto il processo di bilanciamento previsto dall'art. 1 del primo Protocollo, concludendo che “State action taken in compliance with such legal obligation is justified as long as the relevant organisation is considered to protect fundamental rights, as regards both the substantive guarantees offered and the mechanisms controlling their observance, in a manner which can be considered at least equivalent to that for which the Convention provides”, con la ulteriore precisazione che il giudizio di “protezione equivalente deve essere soggetto a riesame alla luce dei cambiamenti successivamente intervenuti nella materia”.

La giurisprudenza della Corte Edu in tale contesto, pur con non poche oscillazioni, appare sostanzialmente caratterizzata dalla presenza di due chiavi di giudizio. Da un lato, a partire dalla sentenza *C.F.D.T.*²⁶⁴, gli organi di controllo hanno ribadito l'inammissibilità *ratione personarum* di ricorsi aventi ad oggetto atti comunitari che non necessitavano dell'attuazione o della trasposizione a livello nazionale; dall'altro lato, con la decisione resa nel caso *M. & Co.*, è stato invece chiarito che la responsabilità degli Stati per violazione della Cedu non sussiste se essi danno attuazione ad un atto comunitario senza aver, al riguardo, alcun potere discrezionale, a condizione che “all'interno di quell'organizzazione i diritti fondamentali ricevano una protezione equivalente” a quella garantita dalla Cedu.

²⁶² È interessante notare come la Corte Edu abbia in questo caso rivoluzionato la giurisprudenza anteriore relativa a ipotesi di violazione dei diritti fondamentali per applicazione di regolamenti Onu. Nei precedenti *Yusuf e Kadi* infatti né la corte di Giustizia né quella di Strasburgo avevano ammesso una possibilità di judicial review in ipotesi in cui l'origine della misura contestata derivasse da un atto delle Nazioni Unite. Cfr. *Yusuf* caso T-315/01 e *Kadi* 21 settembre 2005 T-315/01.

²⁶³ L'articolo 1 del Protocollo 1 recita: “Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale.

Le disposizioni precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di porre in vigore le leggi da essi ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende.

²⁶⁴ Sentenza *C.F.D.T v. Uk* ric. N. 8030/77 del 10 luglio 1978.

In questo modo viene fatta salva l'estraneità dell'ordinamento comunitario alla Convenzione e, al tempo stesso, si cerca di salvaguardare attraverso il principio della "protezione equivalente" una residuale operatività della Convenzione in quelle aree del diritto nazionale a più stretto contatto con il diritto comunitario. Si precisa, infatti, per la prima volta in questa occasione che, per potersi parlare di "protezione equivalente", l'organizzazione internazionale da cui promanano gli atti impugnati deve garantire in maniera equivalente alla Cedu, non soltanto i diritti fondamentali sostanziali, ma anche quelli processuali, vale a dire delle vie di ricorso giurisdizionale volte ad assicurare effettivamente il rispetto di questi ultimi.

Laddove, pertanto, si sia accertato che l'organizzazione assicuri una protezione equivalente - sostiene la Corte -, si deve presumere che l'operato delle autorità statali sia conforme alla Cedu, nella misura in cui esse si limitano a dare attuazione agli obblighi sovranazionali, ed è in questo quadro giurisprudenziale che si inserisce la sentenza relativa al caso *Bosphorus*. Se le conclusioni cui giungono la sentenza *M. & Co* e la sentenza *Bosphorus* possono considerarsi, in termini di risultato, praticamente equivalenti, diversa è la loro struttura argomentativa: mentre nella prima decisione, infatti, l'equivalenza del livello di protezione dei diritti fondamentali assicurato nell'ordinamento comunitario, ha costituito un elemento per non esercitare la giurisdizione da parte degli organi di controllo della Convenzione, nella seconda pronuncia l'accertamento dell'equivalenza viene in rilievo quale elemento di un più ampio processo di bilanciamento tra esigenze individuali ed esigenze collettive. La Corte, in altri termini, dà rilievo alla circostanza che il provvedimento statale era stato adottato al fine di attuare un atto comunitario, ed è rispetto a tale interesse che la Corte ha condotto il processo di bilanciamento previsto dall'art.1, Primo Protocollo²⁶⁵.

Una seconda ipotesi di conflitto, tra diritto dell'Unione e diritto convenzionale, è quella che può determinarsi a seguito della trasposizione (o della mancata trasposizione) di una direttiva da parte di uno Stato membro. La fattispecie è stata trattata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Dangeville v. Francia*²⁶⁶, vertente sulla mancata trasposizione di una direttiva in materia di diritto tributario, dove ha rilevato una violazione del diritto di proprietà consacrato all'art. 1 del Protocollo addizionale. Nei fatti, la ricorrente lamentava che

²⁶⁵ Sulla sentenza della Corte europea relativa al caso *Bosphorus*, in particolare, si veda: Cannizzaro, *Sulla responsabilità internazionale per condotte di Stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in Riv. dir. int., 2005, 762 ss.; Repetto, *La Corte di Strasburgo e il sindacato sugli atti comunitari: al Solange non c'è mai fine?*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it; Pacini, *Il controllo della Cedu sugli atti nazionali in funzione comunitaria*, in Giornale dir. amm., 2006, 21 ss.; Cappuccio, *Sul rapporto tra le limitazioni all'uso dei beni e la partecipazione alla Comunità europea nel "caso Bosphorus"*, in Quaderni costituzionali, 2006, 149 ss.; Romito, *Il caso Bosphorus e il principio di protezione equivalente dei diritti fondamentali tra Cedu e diritto comunitario*, in www.sudineuropa.net; Bronzini e Piccone, *La Carta di Nizza nella giurisprudenza delle Corti europee*, in I Diritti dell'uomo: cronache e battaglie, 2006, fasc. 2, 5 ss.; Sonaglioni, *Osservatorio della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in Corriere giuridico, 2005, 1587 ss.

²⁶⁶ Sentenza *Dangeville v. Francia*, ric. N. 36677/97 del 16 marzo 2002.

a seguito del mancato recepimento della direttiva, ella aveva effettuato dei pagamenti che non sarebbero stati dovuti se la direttiva fosse stata tempestivamente attuata. La Corte ha riconosciuto che l'indebito pagamento delle imposte, in quanto versate in ottemperanza di una normativa nazionale che si pone in contrasto con l'impianto normativo comunitario, fonda un diritto di credito del contribuente nei confronti dello Stato, che rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 1 del primo Protocollo addizionale alla Cedu. La Corte rileva una carenza di proporzionalità tra la compressione dei diritti proprietari della società ricorrente, da identificarsi nel diritto al rimborso di imposte versate in ottemperanza ad una norma interna contrastante con la sovraordinata normativa comunitaria, e le esigenze di interesse generale, ravvisate dalla Corte nell'applicazione del principio interno di specialità dei rimedi processuali.

Lo stesso principio è stato riaffermato nella sentenza *Cabinet Diot v. Francia*²⁶⁷, non senza sollevare dubbi circa la possibilità di un'alterazione dei requisiti previsti dal diritto comunitario affinché possa ravvisarsi una responsabilità extracontrattuale in capo agli Stati membri²⁶⁸ per violazione della normativa comunitaria.

Le sentenze fin qui presentate, avevano ad oggetto atti od omissioni degli Stati membri collegati a vario titolo con il diritto dell'Unione. Ci sono stati, tuttavia, casi in cui si è cercato di ottenere una pronuncia della Corte di Strasburgo su atti dell'Unione stessa. In questi casi si è tentato di proporre il ricorso contro tutti e ciascuno degli Stati membri appartenenti all'Unione, in base alla premessa per cui gli atti dell'Unione siano in ogni caso imputabili all'insieme degli Stati membri.

Il primo di questi tentativi si è avuto nel caso *Segi e altri v. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia; Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*²⁶⁹. La vicenda riguardava l'inclusione di una determinata organizzazione nella lista di quelle considerate terroristiche per l'Unione, inclusione considerata dai ricorrenti lesiva degli articoli 6, 10, 11 e 13 della Convenzione. La Corte di Strasburgo rigettò il ricorso, senza valutare la sussistenza della legittimazione passiva

²⁶⁷ Sentenze *Cabinet Diot* e *Gras Savoye* del 22 luglio 2003, nella specie si discuteva del mancato rimborso alle società assicurative ricorrenti delle somme da queste versate nel primo semestre del 1978 a titolo di IVA sulle operazioni afferenti l'esercizio delle attività assicurativa. Più precisamente, le ricorrenti, facendo leva sulle norme della direttiva n. 77/388/CEE del 17 maggio 1977 (c.d. Sesta Direttiva IVA) che prevedono l'applicazione del regime di esenzione IVA per le operazioni di assicurazione e riassicurazione, avevano richiesto il rimborso delle somme pagate nel menzionato arco di tempo in ottemperanza alla previsione interna francese; previsione, quest'ultima, evidentemente non conforme al dettato comunitario.

²⁶⁸ Si vedano le considerazioni di Bultrini A., *La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH*, Rev. Trim. droits de l'homme, 2002 p. 5 ss; e Cannizzaro E., *Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in Riv. Dir. Internaz., 2005 p. 762.

²⁶⁹ Sentenza *Segi e altri v. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia; Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*, ric. N. 64622/02 del 23 marzo 2002.

dell'insieme degli Stati membri e senza entrare nel merito della questione, limitandosi a constatare che i ricorrenti non coincidevano con le entità incluse nella lista, e quindi non avevano interesse al ricorso in quanto non direttamente “vittime della violazione” ai sensi dell'art. 34 della Convenzione. Un'altra pronuncia, o meglio rigetto, si è avuto nella causa gemella resa nei confronti di un'altra associazione basca che lamentava la violazione dei medesimi articoli della Cedu, da parte di due posizioni comuni adottate in ambito PESC in materia di protezione contro il terrorismo²⁷⁰. La decisione afferma il diniego di ammissibilità del caso, fondata sulla mancanza di effettiva violazione dei diritti, e sottolinea come nel caso concreto, i due ricorrenti avrebbero potuto rivolgersi alla giurisdizione comunitaria per un ricorso di annullamento, stante le aperture in materia di ricorso individuale offerte dalla sentenza *Jégo- Quéré et Cie S. A.*, del tribunale di primo grado. Le vicende successive, e cioè il diniego di ammissibilità del ricorso da parte del Tribunale di primo grado, mostrano come il principio della protezione equivalente, elaborato dalla giurisprudenza di Strasburgo, rischi di comportare nella pratica dei vuoti di tutela per il singolo, finendo per dimostrare come esistano ancora molti problemi sotto il profilo di un esauriente coordinamento delle due giurisprudenze.

L'occasione per esprimersi sulla legittimazione passiva dell'insieme degli Stati membri nei confronti di ricorsi su atti dell'Unione, si è ripresentata con la sentenza *DSR Senator Lines v. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia; Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*²⁷¹, vertente su una sanzione per violazione del diritto comunitario della concorrenza.

Nel ricorrere contro la sanzione dinanzi al Tribunale di primo grado, la società colpita presentò istanza di sospensione cautelare, sostenendo che l'applicazione della sanzione l'avrebbe condotta al fallimento immediato; l'istanza venne respinta, e contro il provvedimento di rigetto l'impresa presentò ricorso di fronte alla Corte Edu per violazione del diritto ad un equo processo.

La Corte di Strasburgo attese quasi quattro anni per decidere la causa²⁷², e nel frattempo il Tribunale di primo grado annullò la sua decisione, con la conseguenza di un rigetto in sede

²⁷⁰ I ricorsi *Segi e Gestoras Pro-Amnistia* (ric. N. 9916/02), entrambi decisi il 23 maggio 2002, vedono protagonisti due associazioni che lamentavano l'inclusione dei propri nomi nell'allegato alla posizione comune 2001/931/Pesc con cui si individuavano le “perone, gruppi ed entità implicati in atti di terrorismo”.

²⁷¹ Sentenza *DSR Senator Lines v. Austria, Belgio, Danimarca, Finlandia; Francia, Germania, Grecia, Irlanda, Italia, Lussemburgo, Paesi Bassi, Portogallo, Spagna, Svezia e Regno Unito*, ric. 56672/00 del 10 marzo 2004.

²⁷² Causa che era stata proposta nel 2000 e che fu probabilmente ritardata per non interferire nel processo di approvazione della Carta dei diritti fondamentali e della Costituzione, in cui era previsto il mandato per l'adesione dell'Ue alla Cedu.

europea per mancanza di interesse da parte del ricorrente, con conseguente perdita della qualità di “vittima della violazione”.

In questo filone giurisprudenziale si inserisce anche la più recente decisione *Emesa Sugar*²⁷³, in cui la Corte di Strasburgo ha dichiarato l'inammissibilità di un ricorso, in cui la società ricorrente lamentava una violazione dell'articolo 6, ad opera di una pronuncia della Corte di Giustizia, che aveva ritenuto non in contrasto con tale articolo l'impossibilità per le parti processuali di replicare alle conclusioni dell'Avv. Generale. Si deve notare, che la dichiarazione di inammissibilità evita in questo caso di aprire uno scontro di giurisprudenze, posto che sul punto in questione le due Corti sono giunte a conclusioni divergenti²⁷⁴.

Queste sentenze, che possiamo definire prudenti, in realtà non fanno luce sul problema del se un atto dell'Unione europea possa essere suscettibile di controllo mediante impugnazione nei confronti di tutti gli Stati membri.

Al contrario, in tutti i casi in cui alla Corte Edu sono stati sottoposti atti comunitari veri e propri, con ricorso diretto nei confronti di un singolo Stato membro, essa ha sempre dichiarato l'inammissibilità *ratione personae* di tali procedimenti²⁷⁵.

Nel filone giurisprudenziale che qui si sta esaminando, si inserisce anche un altro caso deciso dalla Corte di Strasburgo²⁷⁶, che porta a conseguenze estreme il principio della esclusiva responsabilità statale per violazione della Convenzione. Il sig. Connolly, dipendente della Commissione, a seguito del suo licenziamento propose, prima, ricorso dinnanzi al Tribunale di primo grado e poi, appello alla Corte di giustizia. A seguito del rifiuto della Corte di ammettere la presentazione di osservazioni successive alle Conclusioni dell'Avvocato Generale, il sig. Connolly propose ricorso alla Corte di Strasburgo per violazione dell'art. 6 in merito all'equo processo. In questo caso la Corte, argomentando che nessuno Stato membro era intervenuto nel procedimento, declinò ancora una volta la propria giurisdizione e rigettò il ricorso.

Da queste pronunce emerge come, a seguito dell'adesione, situazioni come queste potrebbero trovare accoglimento da parte della giurisdizione di Strasburgo colmando la lacuna derivante dall'estraneità dell'Unione al sistema convenzionale, che altrimenti rimane escluso dal sistema di controllo Cedu .

²⁷³ Sentenza *Emesa Sugar N. V. v. Olanda*, ric. n. 62023/00 del 14.01.2005

²⁷⁴ Si vedano in questo senso l'ordinanza 4.2.2000 *Emesa Sugar N. V. C-17/98* in Racc. p. I-665 e la sentenza della Corte Edu 20.2.1996 *Vermeulen v. Belgio* ric. N. 19075/91.

²⁷⁵ Si vedano le decisioni *Dal'fino v. Belgio e Comunità europea* del 8 maggio 1985 n. 11055/84, e *Associazione spirituale per l'unificazione del mondo cristiano v. Italia* del 5 ottobre 1987 n. 11574/85.

²⁷⁶ Si vedano le sentenze *Connolly contro 15 Stati membri dell'Unione europea* ric. n. 73274/01, Sezione V, del 9 dicembre 2008, *Beygo contro 46 Stati membri del Consiglio d'Europa* ric. n. 36099/06, Sezione V, del 16 giugno 2009, *Rambus Inc. e contro Germania*, ric. n. 40382/04, Sezione V, del 16 giugno 2009.

Il concetto di “protezione equivalente”, elaborato dai giudici di Strasburgo come concetto valvola, dovrebbe servire a modulare il rapporto tra due esigenze intimamente contrastanti: da un lato la riaffermazione della Cedu quale standard minimo di tutela dei diritti fondamentali nell'area europea, dall'altro la salvaguardia della formale estraneità dell'Unione all'ordinamento convenzionale²⁷⁷ ma, come emerge da questi casi, esso non è sufficiente per attivare un controllo sul diritto primario dell'Unione. Ci si chiede, pertanto, in che modo questo concetto di protezione equivalente dovrà essere rimodulato a seguito dell'adesione, posto che il meccanismo non avrebbe più ragione di esistere, stante la sottoposizione del diritto dell'Unione alla Cedu e la possibilità di disamina diretta del diritto primario da parte della Corte di Strasburgo.

Ad ogni modo la Corte EDU non si è limitata, solamente, al confronto con il diritto comunitario in occasione di pronunce per violazione della Convenzione (dichiarate ammissibili o meno), ma spesso ha utilizzato la giurisprudenza della Corte di Giustizia per innovare e approfondire la portata dei diritti contenuti nel catalogo convenzionale. Difatti la Corte Edu, anche quando non sia in causa la normativa comunitaria, ha tratto spesso ispirazione dalla giurisprudenza e dalla normativa dell'Unione²⁷⁸, come del resto essa prende in considerazione, ai fini dello sviluppo della propria giurisprudenza, quella prodotta dalle Corti supreme e costituzionali nazionali.

Un esempio di tali riferimenti è offerto da una serie di sentenze che hanno ad oggetto l'interpretazione della nozione di autorità pubblica in riferimento al diritto civile come previsto dall'art. 6 Cedu. In passato la Corte di Strasburgo aveva dato un'interpretazione molto espansiva al concetto di diritto civile, così come risultante dall'art. 6, arrivando a ricomprendervi ampi ambiti del diritto pubblico²⁷⁹. Ad esempio nella sentenza *Pellegrin*²⁸⁰,

²⁷⁷ In dottrina si è sottolineato come l'approccio di Strasburgo si ispiri a quello della giurisprudenza *Solange* del Tribunale Costituzionale tedesco, giungendo tuttavia a soluzioni divergenti. In virtù di tale giurisprudenza il Tribunale Tedesco consente all'ordinamento comunitario di incidere sul godimento di un diritto fondamentale nazionale fintanto che ciò non comporti una violazione sistematica del suo contenuto essenziale, così come previsto dalla Legge Fondamentale. Al contrario il criterio della protezione equivalente si pone in contrasto con il meccanismo istituito dalla Convenzione, poiché da un lato consente di rinunciare al *minimum* garantito e, dall'altro perchè tale rinuncia non si limita al caso di specie ma, assume i caratteri di un'astensione generalizzata. Inoltre, mentre il Tribunale di Karlsruhe, a partire dalla sentenza *Solange II*, ha fissato i presupposti e i criteri per constatare la violazione del principio in questione, nello scadimento della qualità di tutela assicurata dalla Corte di Giustizia rispetto agli standard fissati dalla Legge Fondamentale, la Corte Edu non si è mai pronunciata in proposito. Su questo *amplius* F. Tulkens, J. Callewaert, *La Cour de Justice, La Cour européenne des droits de l'homme et la protection des droits fondamentaux*, in M. Dony e E. Bribosia, *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles, 2002 p. 192 ss..

²⁷⁸ Si veda come esempi in senso diverso, le sentenze *Pellegrin v. Francia*, ric. N. 28541 del 8 dicembre 1999 e *Vilho Eskelinen v. Finlandia* (cit.).

²⁷⁹ Si veda in questo senso la sentenza *Ringeisen v. Austria*, ric. N. 2614/65 del 22 giugno 1972, fortemente criticata da Matscher in Macdonald, Matscher, Petzold, *The european system for the protection in human rights*, Londra 1993, p. 71.

²⁸⁰ Vedi nota supra.

facendo esplicito riferimento alla sentenza *Commissione c. Belgio* della Corte di Giustizia ed alla definizione ivi data di pubblico servizio, essa ha escluso dal concetto di diritto civile le autorità pubbliche responsabili della protezione degli interessi generali dello Stato.

Un medesimo approccio è stato osservato dalla Corte Edu in materia di discriminazioni sulle pensioni, nonché di diritto al nome²⁸¹, con esplicito riferimento alla Carta di Nizza²⁸².

Tuttavia è vero anche il contrario, vi sono stati, infatti, casi in cui la giurisprudenza della Corte europea e quella di Lussemburgo si sono trovate in contrasto: sono esempi di tale divergenza le sentenze *Hoechst* e *Dow Benelux*²⁸³ opposte a *Chappel v. UK* e *Niemietz v. Germania*²⁸⁴ dove la Corte di Giustizia ha rifiutato di accordare agli ufficiali pubblici la medesima tutela accordata dalla Corte Edu nei confronti del rispetto del domicilio privato, interpretato come corollario del diritto alla vita privata, nonché le sentenze *Orkem* e *Mannesmannröhren-Werke AG v. Commissione*²⁸⁵ in cui la Corte di Giustizia ha rifiutato di riconoscere il diritto a non auto incriminarsi, contrariamente da quanto sostenuto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Funke v. Francia*²⁸⁶.

Da ultimo si vuole qui richiamare l'attenzione sulla recente decisione *MSS c. Belgio e Grecia*²⁸⁷, in cui la Corte di Strasburgo si è pronunciata sull'allocazione di responsabilità tra gli Stati, per violazione della Convenzione (artt. 2, 3, 13) nell'applicazione del "Regolamento Dublino"²⁸⁸. La Corte si è espressa sia nel constatare la responsabilità di ciascuno dei due

²⁸¹ Si vedano la sentenza *Burghartz c. Svizzera* del 22 febbraio 1994, in cui per la prima volta la Corte riconosce la tutela del diritto al nome come posizione soggettiva ricadente nell'ambito di applicazione dell'art. 8, e sulle successive sentenze *Stjerna v. Finlandia* del 25 novembre 1994, *Guillot v. Francia* del 24 ottobre 1996, *Ünal Tekeli v. Turchia* del 16 novembre 2004 e *Johansson v. Finlandia* del 6 settembre 2007. I casi *Burghartz* e *Ünal Tekeli* attengono al cognome degli sposi dopo il matrimonio; in essi il diritto al nome è correlato al profilo della parità di trattamento tra coniugi nel contesto del nucleo familiare. Il parametro risulta, quindi, composto dal combinato disposto degli artt. 14 e 8 Cedu. I casi *Stjerna*, *Guillot* e *Johansson*, invece, sono trattati dalla Corte alla luce del solo articolo 8. Il caso *Stjerna* concerne i requisiti previsti dalla legislazione svedese per il mutamento del cognome. I casi *Guillot* e *Johansson* riguardano la scelta del nome proprio del figlio da parte dei genitori.

²⁸² Si vedano le sentenze *Walker v. Regno Unito* del 2004, *Pearson v. Regno Unito* 24 aprile 2004 n. 8374/03 e *Barrow v. Regno Unito* del 27 aprile 2004, tutte riferenti alla giurisprudenza derivante dalla sentenza *The Queen v. Secretary of state for social security* C-9/91. Sul riconoscimento del diritto al nome da parte della Corte di Strasburgo, si vedano in generale Zencovich Z., *Art. 8*, in *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), Padova, 2001, 309; F. G. Jacobs, R. C. A. White, *The European Convention on Human Rights*, Oxford, 1996, 179-180, in particolare sui casi *Burghartz* e *Stjerna*.

²⁸³ Sentenze della Corte di Giustizia *Hoechst*, C-46/87 e 227/88; *Dow Benelux* C-85/87.

²⁸⁴ Sentenze della Corte Edu *Chappell v. UK*, e *Niemietz v. FRG* già citate.

²⁸⁵ Sentenza della Corte di Giustizia *Orkem v. Commissione* C-384/87 e *Mannesmannröhren-Werke AG v. Commissione* C-411/04.

²⁸⁶ Sentenza della Corte Edu *Funke v. Francia* (cit.).

²⁸⁷ Sentenza della Corte Edu *MSS v. Belgio e Germania*, ric. n. 30696/09 del 21 gennaio 2011, violazione art. 2, 3, e 13 Cedu.

²⁸⁸ Regolamento del Consiglio n. 343/2003 del 18 febbraio 2003, così come integrato dalla Direttiva 2003/9 del 27 Gennaio 2003, dalla Direttiva 2005/85 del 1 Dicembre 2005, e dalla Direttiva 2004/83 del 29 Aprile 2004.

Stati membri per le violazioni contestate, sia nel condannare alle spese (anche in solito), che nel suggerire misure di attuazione immediata²⁸⁹.

Questa sentenza evidenzia, come nell'ottica della futura adesione, sia necessario che il meccanismo del litisconsorzio, previsto dal Trattato di adesione, assicuri una pronuncia della Corte di Giustizia nelle prime fasi del procedimento dinanzi alla Corte Edu, al fine di evitare decisioni in merito al riparto di responsabilità, soprattutto nel caso in cui il ricorso sia presentato nei confronti dell'Unione e di uno o più suoi Stati membri²⁹⁰. Appare infatti evidente, che la Corte di Strasburgo mostra particolare confidenza quando si tratta di attribuire responsabilità agli Stati che abbiano violato la Convenzione, sia che la violazione sia attribuibile ad uno solo sia quando lo sia a più d'uno. Nell'ottica dell'adesione, un'eventuale condanna in solido di uno Stato membro e dell'Unione ingenererebbe notevoli difficoltà sotto il profilo del riparto di responsabilità, riparto che non potrebbe essere effettuato dalla Corte di Strasburgo, a meno di non snaturare l'ordinamento previsto dai Trattati e i rapporti tra l'Unione e i suoi Stati membri.

Vi sono, infine, ambiti in cui le due giurisprudenze non si sono ancora confrontate. Nella sentenza *Von Hannover*²⁹¹, ad esempio, la Corte EDU ha ritenuto che nel caso portato al suo esame il diritto alla riservatezza (diritto alla vita privata, articolo 8 della Convenzione) dovesse prevalere sul diritto alla libera espressione del giornalista (articolo 10 della Convenzione), nello stesso caso la Corte costituzionale di Germania aveva deciso in modo opposto; ma la Corte di Lussemburgo non ha mai affrontato un simile caso. Allo stesso modo la Corte di Giustizia ha affermato nella sentenza *Schmidberger*²⁹², che il diritto di espressione e di riunione può prevalere, secondo il criterio della proporzione, sul diritto alla libera circolazione delle merci, e nella più recente causa *The International Transport Workers' Federation*²⁹³ ha deciso che il diritto di sciopero dovesse essere messo a confronto, secondo il criterio delle proporzioni, con il diritto di stabilimento. Dopo l'adesione dell'Unione, la Corte Edu potrebbe essere chiamata ad esprimersi anche su vicende simili, che vedono in gioco da un lato diritti fondamentali e dall'altro una delle quattro libertà fondamentali dell'ordinamento europeo. Ciò porta a domandarsi quali potrebbero essere le soluzioni che la Corte Edu potrebbe dare a casi simili, posto che nell'ordinamento europeo è difficile immaginare che le libertà comunitarie possano fungere da limiti ai diritti fondamentali.

²⁸⁹ Il testo della sentenza è reperibile all'indirizzo:

http://cmiskp.echr.coe.int/tkp197/view.asp?action=html&documentId=880339&portal=hbkm&source=external_bydocnumber&table=F69A27FD8FB86142BF01C1166DEA398649

²⁹⁰ A questo proposito si veda ancora Bultrini A., *La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la Convention DH imputable au système communautaire*, cit. *supra*.

²⁹¹ Sentenza della Corte Edu *Von Hannover v. Germania*, del 24 giugno 2004 (cit.).

²⁹² Sentenza della Corte di Giustizia causa C-112/00 del 12 giugno 2003.

²⁹³ Sentenza della Corte di Giustizia causa C-438/05 del 11 dicembre 2005.

Per oltre trenta anni, la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha recisamente escluso dal proprio raggio di competenze il sindacato sugli atti comunitari lesivi di diritti tutelati dalla Cedu. Si è trattato di un *self restraint* dovuto alla mancata adesione della Comunità alla Convenzione e, dunque di un'inammissibilità *ratione personae*, intimamente connessa alla natura del soggetto responsabile della violazione dei diritti, implicante una sorta di immunità assoluta del diritto comunitario rispetto alle violazioni della Cedu. Consapevole della falla che si era creata nel sistema europeo di protezione dei diritti dell'uomo, la Commissione prima, e la Corte poi, a partire dagli anni novanta, hanno inaugurato un timido mutamento di prospettiva di cui sono espressione a vario titolo le sentenze *M & Co*, la sentenza *Cantoni* e la sentenza *Matthews*²⁹⁴. Dopo questa stagione interventista la Corte di Strasburgo non ha mancato di assumere posizioni ambigue di fronte ad una serie di ricorsi aventi ad oggetto atti di diritto comunitario o riconducibili ad altri pilastri.

L'orientamento giurisprudenziale fluttuante della Corte di Strasburgo sul controllo degli atti comunitari dimostra che le zone di interferenza tra le competenze del Giudice di Lussemburgo e del Giudice di Strasburgo sono ancora «susceptibles de s'accroître»²⁹⁵.

8. Quando Lussemburgo guarda a Strasburgo: convergenze e divergenze

Quando, al contrario, si vuole affrontare il tema dei rapporti tra l'ordinamento dell'Unione e la Cedu, sotto il profilo comunitario, è necessario prendere le mosse dal riferimento operato dall'art. 6 TUE ai diritti fondamentali ed, in particolar modo, al secondo paragrafo di tale articolo, dove è previsto che l'Unione rispetti i diritti fondamentali così come derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri nonché dalla Cedu stessa.

Come è noto, il meccanismo di eterointegrazione fondato sul parametro delle tradizioni costituzionali comuni e degli strumenti internazionali di tutela, è stato affermato dalla Corte di

²⁹⁴ Siffatte statuizioni, che riecheggiano la formula utilizzata in quegli stessi anni dal Tribunale costituzionale federale tedesco, al fine di evitare l'esercizio della giurisdizione di legittimità costituzionale rispetto agli atti derivati della Comunità, consentono alla Commissione di dichiarare il ricorso inammissibile, pur senza entrarvi nel merito, sulla base del principio dell'equivalenza della tutela dei diritti fondamentali assicurata nel sistema comunitario rispetto a quella garantita nel sistema convenzionale. Si tratta della nota dottrina Solange elaborata dal tribunale costituzionale tedesco nel 1974 (sentenza Solange I, BVerfG 37, 271), e ribadita nel 1986 (Solange II, BVerfG 73, 339) con riferimento alla sindacabilità, a livello statale, degli atti comunitari: il tribunale ha dichiarato di astenersi dal verificarne la compatibilità con i principi costituzionali nazionali «fintantoché» (Solange, appunto) nel sistema comunitario ai diritti fondamentali fosse garantita una protezione equivalente a quella di cui essi godono nell'ordinamento tedesco. Per un'analisi delle due sentenze si rinvia a S. Mangimeli, *Integrazione europea e diritto costituzionale*, Milano 2001.

²⁹⁵ D. Simon, *Des influences réciproques*, op. cit., p. 41.

Giustizia a partire dalla sentenza *Nold*²⁹⁶ e, successivamente, positivizzato attraverso l'inserimento dell'art. F co. 2 nel Trattato di Maastricht. Dal 1974, data di ratifica della Cedu in tutti gli Stati membri dell'Unione, la Corte di Giustizia ha, infatti, cominciato a fare riferimento ad essa nei casi aventi ad oggetto diritti fondamentali.

Nei sempre più frequenti richiami operati dalla giurisprudenza comunitaria alla Convenzione, è evidente come questa sia vista come strumento privilegiato di emersione delle tradizioni comuni, tale perché consente di superare le incertezze e le ambiguità legate all'eterogeneità insita nelle tradizioni comuni stesse²⁹⁷; tuttavia, la Corte di Giustizia utilizza la Cedu solo come parametro di riferimento, posto che essa non ha nell'ordinamento comunitario lo status dei Trattati e delle Convenzioni internazionali sottoscritte dall'Unione²⁹⁸, tanto è vero che la giurisprudenza convenzionale è stata poco citata in passato, mentre oggi i riferimenti della Corte di Giustizia appaiono sempre frequenti.

Certamente, vi è un dato che merita attenzione: il richiamo alla Cedu, attraverso il meccanismo di eterointegrazione, fondato sui principi generali del diritto comunitario, ha permesso alla Corte di Giustizia di dettare i tempi, i modi e l'intensità dell'operatività indiretta della Convenzione all'interno dell'ordinamento dell'Unione e in parte – attraverso questa e con riferimento agli atti nazionali che rientrano nella sua sfera d'efficacia – nei singoli ordinamenti nazionali²⁹⁹.

La recente evoluzione giurisprudenziale da parte della Corte di Giustizia, nel segno di un'attenzione crescente alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, solleva tuttavia alcuni problemi di coordinamento tra le due istanze: in alcuni casi la Corte di Lussemburgo utilizza le decisioni della Corte Edu come riferimento minimo per poi elevare gli standard di tutela³⁰⁰, mentre in altri casi si assiste a riconoscimenti parziali dei diritti pacificamente ammessi dal diritto convenzionale³⁰¹. Il rischio maggiore di questo tipo di operazioni è quello di snaturare

²⁹⁶ C- 4/73 del 14 maggio 1974 e la successiva *Rutili* C-36/75 del 28 ottobre 1975 in cui per la prima volta si fa esplicito riferimento alla Cedu.

²⁹⁷ Si veda G. Demuro, *I rapporti tra Corte di Giustizia delle Comunità europee e Corte europea dei diritti dell'uomo* cit. p. 45 in P. Falzea A. Spadaro L. Ventura, *La corte costituzionale e le Corti d'Europa*, Giappichelli 2003.

²⁹⁸ Si veda in questo senso le sentenze del Tribunale di Primo Grado *Mayr Melnhof* T-347/94 del 14 maggio 1998, la sentenza *Mannesmannröhren-Werke* T-112/98 del 20 febbraio 2001 nonché le Conclusioni dell'Avvocato generale van Geven in C-404/94 *X c. Commissione* e dell'Avvocato generale Léger in causa *Perfili* C-177/94.

²⁹⁹ Si veda in questo senso F. Sudre, *Communauté européenne et Convention européenne des droits de l'homme*, in L.- E. Pettiti, E. Decaux, P. H. Imbert, *La Convention européenne des droits de l'homme: commentaire article par article*, Parigi 1995 p. 87.

³⁰⁰ Un esempio è offerto dalle sentenze della Corte di Giustizia, in materia di transessualismi, come *P. c. S. and Cornwall Caunty Council* C-13/94, e *K.B.* c-117/01.

³⁰¹ Un esempio è fornito dalla sentenza *Grant c. South-West Trains* C-249/96, in cui la dottrina non ha mancato di sottolineare come l'attenzione della Corte di Giustizia alla giurisprudenza europea in tema di discriminazione fondata sulle opinioni sessuali sia stata selettiva, trascurando quelle pronunce in cui un tale

il ruolo della Corte Edu quale controllore esterno del sistema dei diritti umani in Europa³⁰², per il quale sono sostanzialmente irrilevanti le diversità degli ordinamenti giuridici rispetto alla tutela oggettiva dei diritti.

La Corte di Giustizia tende infatti spesso a “comunitarizzare” i diritti contenuti nella Cedu, rivendicando per sé la nozione/portata comunitaria di talune nozioni rilevanti ai fini dell’applicazione di un diritto fondamentale, come ad esempio ha fatto nella sentenza *Karlsson* in cui si legge che “le restrizioni all’esercizio di questi diritti possono essere operate, in particolare nell’ambito di un’organizzazione comune di mercato, purchè tali restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dalla Comunità e non si risolvano, considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato ed inammissibile che pregiudicherebbe la sostanza di tali diritti”³⁰³. Tale affermazione, per cui la Corte di Giustizia godrebbe di una sostanziale autonomia nel porre i termini del bilanciamento tra diritti fondamentali e salvaguardia degli interessi dell’Unione, rischia di trasformare il rinvio alla tradizioni costituzionali e alla Cedu in un mero richiamo formale. Una conferma in tal senso pare aversi nella sentenza *Schmidberger* in cui la Corte afferma che “neppure i diritti alla libertà d’espressione e alla libertà di riunione pacifica garantiti dalla Cedu [...] appaiono come prerogative assolute, ma vanno considerati alla luce della loro funzione sociale. Ne consegue che possono essere apportate restrizioni all’esercizio di tali diritti, a condizione che tali restrizioni rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale dell’Unione e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito da tali restrizioni, un intervento sproporzionato e inaccettabile tale da ledere la sostanza stessa del diritto”³⁰⁴. Posto il fatto che gli art. 10 e 11 della Cedu prevedono che la libertà di riunione e quella di espressione siano anch’esse soggette a talune limitazioni giustificate da obiettivi di interesse generale, la Corte di Giustizia identifica tale interesse generale nella garanzia della libera circolazione delle merci. Benché nel caso di specie i giudici di Lussemburgo risolvano il bilanciamento a favore delle libertà di espressione e manifestazione, rimangono dubbi circa la

fattore di discriminazione è stato espressamente ritenuto lesivo di una serie di garanzie contenute nella Convenzione, con particolare riferimento al rispetto della vita privata e familiare. Si veda D. Spielmann, *Human rights case law in the Strasbourg and Luxembourg Courts: conflicts, inconsistencies and complementarities*, in P. Alston e J. H. H. Weiler, *The EU and human rights*, Oxford 1999, p. 772 ss..

³⁰² Rossi L. S., *Il parere 2/94 sull’adesione della comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo*, op. cit..

³⁰³ Sentenza della Corte di Giustizia C-292/93 del 13 aprile 2000.

³⁰⁴ Sentenza della Corte di Giustizia Causa C-112/00 del 12 giugno 2003, cit. punto 80, in cui una società di trasporti lamentava la violazione degli articoli 28, 29 e 30 del TCE da parte delle autorità austriache, le quali non avevano impedito una manifestazione che aveva bloccato l’autostrada del Brennero per 30 ore.

possibilità di bilanciare autonomamente libertà garantite dalla Convenzione e principi essenziali dell'ordinamento comunitario³⁰⁵.

L'adesione dovrebbe quindi comportare l'inserimento del modello di riconoscimento dei diritti fondamentali dell'Unione, all'interno di un meccanismo di protezione dei diritti sussidiario e residuale, contribuendo a far venir meno l'isolamento degli argomenti impiegati dai giudici comunitari e ad alimentare le occasioni di dialogo intergiudiziale. Oltre a ciò, verrebbe favorita l'apertura delle ragioni comunitarie alle istanze e alle sollecitazioni di un sistema di protezione dei diritti fondamentali attivo in un contesto culturale più ampio dell'Europa comunitaria. Così ad esempio, l'impiego selettivo da parte della Corte di Giustizia di argomenti di eterointegrazione - derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni e dalla stessa Cedu - sarà chiamato inevitabilmente a confrontarsi con le clausole più dense di valore impiegati dalla Convenzione, come le nozioni di "società democratica", "di protezione dei diritti e delle libertà altrui", e di "protezione della morale".

Come si è già ricordato, l'ordinamento comunitario non conosce tali tipi di clausole generali, posto che non è uno Stato e pertanto non è soggetto a cui appartengono la definizione di società/nazione/popolo e morale, al contrario esso conosce la formula più generale di "interessi dell'ordinamento comunitario" con tutte le particolarità che ad essa appartengono³⁰⁶. Per questo motivo le nozioni contenute nel catalogo convenzionale, affinché possano trovare applicazione nei confronti dell'Unione, devono essere reinterpretate alla luce delle particolarità proprie dell'ordinamento comunitario.

In questo senso sembra esprimersi la Corte di Giustizia in una recente decisione³⁰⁷ dove, effettuando il richiesto controllo sulla legittimità della direttiva del Consiglio n. 91/308/CEE e facendo riferimento alla Carta di Nizza (non ancora al Trattato di Lisbona) ed alla Convenzione europea, in relazione al diritto ad un equo processo, ha espresso il principio secondo il quale "... gli Stati membri sono infatti tenuti non solo a interpretare il loro diritto nazionale in modo conforme al diritto comunitario, ma anche a provvedere a non fondarsi su

³⁰⁵ In questo senso si veda F. Sorrentina, *La tutela multilivello dei diritti*, Relazione al convegno AIC 2004 su Separazione e dei poteri e funzione di controllo in www.associazionedeicostituzionalisti.it, secondo il quale "un siffatto potere di bilanciamento viene esercitato dal giudice in assenza di qualunque parametro normativo e costituzionale, che indichi quali diritti siano suscettibili di limitazione e in nome di quali altri diritti o interessi individuali e/o collettivi essi possano venire sacrificati, mentre l'affermazione che la libertà di riunione e quella di espressione debbano essere considerate alla luce della loro funzione sociale (e quindi bilanciate con una libertà economica, quale quella di libera circolazione delle merci), difficilmente potrebbe essere condivisa in molti ordinamenti costituzionali".

³⁰⁶ Ciò non significa che concetti quali la morale, la protezione dei diritti altrui e la società democratica siano sconosciute all'ordinamento comunitario, ma ne fanno parte in quanto principi generali derivanti dalle tradizioni costituzionali comuni, e pertanto devono essere integrate nel più ampio quadro dell'ordinamento giuridico dell'Unione.

³⁰⁷ Sentenza della Corte di Giustizia causa C-305/05 *Ordre des barreaux francophones et germanophone e altri contro Conseil des ministres*, del 26 luglio 2007, punto 28 della decisione.

un'interpretazione di un testo di diritto derivato che entri in conflitto con i diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento giuridico comunitario o con gli altri principi generali del diritto comunitario" e si è pronunciata con diretto richiamo dell'articolo 6 della Cedu, come interpretato dalla Corte europea³⁰⁸, nel senso che "gli obblighi di informazione e di collaborazione con le autorità responsabili per la lotta contro il riciclaggio previsti all'articolo 6, n. 1, della direttiva 91/308/CEE e imposti agli avvocati dall'articolo 2-bis, punto 5, di tale direttiva, tenuto conto dell'articolo 6, n. 3, secondo comma, di questa, non violano il diritto ad un equo processo, come garantito dagli articoli 6 della Cedu e 6, n. 2, del Trattato UE."

Tuttavia, in una serie di pronunce recenti, la Corte di Giustizia sembra citare la Convenzione e la giurisprudenza di Strasburgo principalmente con l'intento di rinvenire limiti ai diritti umani ai fini di un "corretto bilanciamento comunitario", mostrando una propensione per quella che è stata definita una cooperazione conflittuale³⁰⁹.

Nella sentenza *J. Mc B*³¹⁰, ad esempio, la Corte cita la giurisprudenza di Strasburgo al fine di individuare i limiti ai diritti di un padre di un minore, affermando che:

"Risulta, poi, dall'art.52, n.3, della Carta che, laddove quest'ultima contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Cedu, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti loro dalla suddetta convenzione. Detta disposizione non preclude, tuttavia, che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa. Ai termini dell'art.7 della medesima Carta, «[o]gni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e delle proprie comunicazioni». Il testo dell'art.8, n.1, della Cedu è identico a quello dell'art.7 suddetto, tranne per il fatto che utilizza la locuzione «propria corrispondenza» al posto di «proprie comunicazioni». Ciò posto, si deve constatare che detto art.7 contiene diritti corrispondenti a quelli conferiti dall'art.8, n.1, della Cedu. Occorre pertanto attribuire all'art.7 della Carta lo stesso significato e la stessa portata che sono conferiti all'art.8, n.1, della Cedu nell'interpretazione che ne offre la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo³¹¹.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha già esaminato una controversia analoga, nei fatti, a quella oggetto della causa principale – il figlio minore di una coppia

³⁰⁸ Punti 30 e 31 della causa citata.

³⁰⁹ Si veda in questo senso E. Cannizzaro, *L'incidenza dell'adesione dell'Ue alla Cedu sui rapporti tra la Corte di Strasburgo e la corte di Lussemburgo*, intervento al Convegno "L'adesione dell'unione europea alla Convenzione europea dei diritti umani", Santa Maria Capua Vetere, 1 aprile 2011

³¹⁰ sentenza della Corte di Giustizia causa *J Mc B*. C-400/10 - PPU del 5 ottobre 2010, punti 53-56.

³¹¹ Si veda, per analogia, la sentenza 14 febbraio 2008, causa C-450/06, in Racc. pag. I-581, punto 48.

non sposata era stato condotto in un altro Stato membro dalla madre, che sola aveva su di lui potestà genitoriale – ed ha statuito, in sostanza, che una normativa nazionale che accorda di pieno diritto la potestà genitoriale su un minore unicamente alla madre non è contraria all’art.8 della Cedu, interpretato alla luce della convenzione dell’Aia del 1980, purché permetta al padre del bambino, non investito della potestà genitoriale, di chiedere al giudice nazionale competente la modifica dell’attribuzione di tale autorità³¹².

Ne consegue che, ai fini dell’applicazione del regolamento n.2201/2003, per accertare la liceità del trasferimento di un minore, il quale sia stato condotto in un altro Stato membro dalla madre, il padre naturale deve avere il diritto di rivolgersi al giudice nazionale competente, prima del trasferimento, per chiedere che gli venga conferito un diritto di affidamento del figlio, il che costituisce l’essenza medesima del diritto di un padre naturale ad una vita privata e familiare in un tale contesto.

[Infatti], la Corte europea dei diritti dell’uomo ha statuito anche che una normativa nazionale che non accorda al padre naturale alcuna possibilità di ottenere l’affidamento del figlio se la madre non acconsente costituisce una discriminazione ingiustificata ai danni del padre e viola, pertanto, l’art.14 della Cedu, in combinato disposto con l’art.8 della medesima convenzione”³¹³.

La Corte conclude, pertanto, per la compatibilità della normativa interna con il regolamento impugnato, utilizzando i riferimenti alla giurisprudenza Edu non in senso costruttivo, come ci si potrebbe aspettare ai fini dell’ampliamento della tutela, ma in senso restrittivo limitandosi ad “appropriarsi” dei limiti al diritto espressi da tale giurisprudenza al fine di affermare la corretta applicazione di un regolamento comunitario.

Ancora nella causa *DEB*³¹⁴, la Corte di Giustizia utilizza il rinvio alla Cedu per definire i limiti al diritto al gratuito patrocinio sostenendo che:

“L’esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo mostra come, più volte, detta giurisdizione abbia ricordato che il diritto di accesso alla giustizia è compreso nel diritto ad un equo processo, quale enunciato all’art.6, n.1,

³¹² Corte EDU, sentenza *Guichard v. Francia* del 2 settembre 2003, in *Recueil des arrêts et décisions* 2003-X; v. anche, nel medesimo senso, sentenza *Balbontin v. Regno Unito* del 14 settembre 1999, ricorso n.39067/97.

³¹³ Corte EDU, sentenza *Zaunegger v. Germania*, ric. n. 22028/04, del 3 dicembre 2009, parr. 63 e 64.

³¹⁴ Decisione della Corte di Giustizia *DEB* causa C-279/09 del 22 dicembre 2010 punti 45-52.

della Cedu³¹⁵. È importante, al riguardo, che chi si sente leso si veda offrire la possibilità di far valere utilmente le proprie ragioni in giudizio³¹⁶. Tuttavia, il diritto di ricorso ad un giudice non è assoluto.

Statuendo in materia di gratuito patrocinio sotto forma di assistenza legale, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha dichiarato che, per stabilire se la concessione del gratuito patrocinio sia necessaria affinché il processo sia equo, occorre tener conto dei fatti e delle specifiche circostanze di ciascun caso; in particolare, della posta in gioco per il ricorrente, della complessità del diritto e della procedura applicabili nonché della capacità del ricorrente di far valere effettivamente le proprie ragioni³¹⁷. Si può tener conto, nondimeno, della situazione finanziaria del ricorrente o delle sue probabilità di successo nel procedimento (Corte eur. D.U., sentenza *Steel e Morris c. Regno Unito*, cit., § 62).

Riguardo al gratuito patrocinio sotto forma di esonero dalle spese giudiziali o da una cautio judicatum solvi per promuovere un'azione, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha parimenti esaminato l'insieme delle circostanze al fine di stabilire se i limiti applicati al diritto di accesso alla giustizia non avessero leso tale diritto nella sua stessa sostanza, se tendessero ad uno scopo legittimo e se esistesse un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito³¹⁸. Risulta dalle suddette decisioni che il gratuito patrocinio può coprire tanto l'assistenza legale quanto l'esonero dal pagamento delle spese giudiziali.

La Corte europea dei diritti dell'uomo ha peraltro affermato che, se è vero che sono ammesse procedure di selezione delle controversie per le quali accordare il gratuito patrocinio, i loro meccanismi di funzionamento non possono risultare discriminatori³¹⁹.

La suddetta Corte ha avuto occasione di esaminare il caso di una società commerciale che aveva chiesto il gratuito patrocinio, mentre la normativa francese riserva tale aiuto solamente alle persone fisiche ovvero, eccezionalmente, a quelle

³¹⁵ Si veda in particolare, Corte EDU, sentenza *McVicar v. Regno Unito* del 7 maggio 2002, in *Recueil des arrêts et décisions* 2002 - III, par. 46.

³¹⁶ Cfr. Corte EDU, sentenza *Steel e Morris v. Regno Unito* (cit.) par. 59.

³¹⁷ Cfr. Corte EDU, sentenze *Airey c. Irlanda*, (cit.), par 26; *McVicar v. Regno Unito*, (cit.), parr. 48 e 49; *P., C. e S. v. Regno Unito* del 16 luglio 2002, *Recueil des arrêts et décisions* 2002-VI, par. 91, nonché *Steel e Morris v. Regno Unito*, cit., par. 61.

³¹⁸ Si veda, in tal senso, Corte EDU sentenze *Tolstoy-Miloslavsky v. Regno Unito* del 13 luglio 1995, serie A n.316-B, parr 59-67, e *Kreuz v. Polonia* del 19 giugno 2001, *Recueil des arrêts et décisions* 2001-VI, parr 54 e 55.

³¹⁹ V., in tal senso, Corte EDU, sentenza *Del Sol c. Francia* del 26 febbraio 2002, § 26; decisione *Puscasu v. Germania* 29 settembre 2009, pag. 6, ultimo paragrafo, e sentenza *Pedro Ramos v. Svizzera* del 14 ottobre 2010, par 49.

giuridiche senza scopo di lucro stabilite in Francia e sprovviste di risorse sufficienti. Essa ha considerato che la differenza di trattamento tra le società commerciali, da un lato, e le persone fisiche e quelle giuridiche senza scopo di lucro, dall'altro, trova una giustificazione oggettiva e razionale nel regime fiscale del gratuito patrocinio, che prevede la possibilità di dedurre la totalità delle spese processuali dal risultato fiscale imponibile e di riportare un eventuale saldo negativo all'esercizio contabile successivo (Corte eur. D.U., decisione VP Diffusion Sarl c. Francia del 26 agosto 2008, pagg. 4, 5 e 7).

Del pari, nel caso di una comunità che utilizzava beni rurali comuni e chiedeva il gratuito patrocinio per opporsi all'azione di rivendica del proprietario di un terreno, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha considerato che occorre tener presente che i fondi approvati dalle associazioni e dalle società private per la loro difesa in giudizio sono fondi accettati, approvati e versati dai loro membri e ha sottolineato come l'istanza fosse stata formulata per intervenire in una controversia civile vertente sulla proprietà di un terreno il cui esito non avrebbe pregiudicato i membri delle comunità in causa (Corte eur. D.U., decisione CMVMC O'Limo c. Spagna del 24 novembre 2009, punto 26). La Corte ne ha concluso che il rifiuto di accordare il gratuito patrocinio alla comunità ricorrente non ne aveva leso nella sostanza il diritto di accesso alla giustizia.

Risulta dall'esame della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che la concessione del gratuito patrocinio a persone giuridiche non è esclusa in linea di principio, ma deve essere valutata con riferimento alle norme applicabili e alla situazione della società interessata.

La Corte di Giustizia sostiene, in sostanza, che il principio della tutela giurisdizionale effettiva, quale sancito dall'art.47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, debba essere interpretato nel senso che non esclude la propria invocabilità da parte delle persone giuridiche. Inoltre, prosegue affermando che il beneficio concesso, in applicazione dell'art. 47, possa comprendere l'esonero dal pagamento anticipato di spese giudiziali e/o l'assistenza legale. Tuttavia spetta, al riguardo, al giudice nazionale verificare se le condizioni di concessione del gratuito patrocinio costituiscano una limitazione del diritto di accesso alla giustizia che lede la sostanza stessa di tale diritto, se queste tendano a uno scopo legittimo e se esista un nesso ragionevole di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, negando di fatto portata all'assolutezza del principio dell'equo processo.

Queste sentenze evidenziano come, in molti casi, la Corte di Giustizia sia poco propensa ad appropriarsi della giurisprudenza di Strasburgo per ampliare le tutele offerte dal proprio ordinamento, quanto piuttosto la utilizzi per giustificare i limiti imposti dall'ordinamento comunitario all'esercizio di taluni diritti, in un'ottica che pare quantomeno poco in linea con la giurisprudenza convenzionale, la quale ammette limitazioni solo in circostanze particolarmente significative.

Anche il Tribunale di primo grado sembra assestarsi sulle posizioni della Corte, nella causa *Pye Phyo Tay Za*³²⁰ esso cita la giurisprudenza Cedu ma solo per ricordare che il regolamento impugnato è stato emanato proprio con il fine della tutela dei diritti umani:

“Secondo una giurisprudenza costante, il diritto di proprietà, sancito, segnatamente, dagli artt. 6, n. 2, UE nonché dall'art. 1 del protocollo addizionale alla Cedu, e ribadito dall'art. 17, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, fa parte dei principi generali del diritto. Tale principio, tuttavia, non si configura come una prerogativa assoluta, ma deve essere preso in considerazione in relazione alla sua funzione nella società. Conseguentemente, possono essere apportate restrizioni all'esercizio del diritto di proprietà, a condizione che esse rispondano effettivamente ad obiettivi di interesse generale perseguiti dalla Comunità e non costituiscano, rispetto allo scopo perseguito, un intervento sproporzionato e inaccettabile, tale da ledere la sostanza stessa del diritto garantito (v. sentenza Kadi, punto 47 supra, punti 355 e 356 nonché la giurisprudenza ivi citata).

Va rilevato che, benché non debba ritenersi che la misura del congelamento dei beni del ricorrente, la quale costituisce una misura conservativa, privi quest'ultimo della sua proprietà, tale misura comporta una restrizione all'esercizio del suo diritto di proprietà. Questa restrizione dev'essere ritenuta considerevole, data la portata generale della misura di congelamento e tenuto conto del fatto che quest'ultima, in forza del regolamento n. 2297/2003, è applicabile dal dicembre 2003.

Si pone, pertanto, la questione della possibile giustificazione di tale restrizione all'esercizio del diritto di proprietà del ricorrente.

In proposito, secondo la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, deve sussistere un ragionevole rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito. Deve quindi verificarsi se sia stato mantenuto l'equilibrio tra le esigenze dell'interesse generale e l'interesse dell'individuo o degli individui coinvolti. Così facendo si deve riconoscere al legislatore un ampio margine

³²⁰ Sentenza del Tribunale di Primo grado, Causa T-181/08 del 19 maggio 2010 punti 156-163.

discrezionale sia nello scegliere le modalità d'attuazione, sia nel decidere se le loro conseguenze siano legittimate, nell'interesse generale, dalla volontà di perseguire l'obiettivo della legislazione di cui trattasi³²¹.

Va rilevato, inoltre, che l'importanza degli obiettivi perseguiti da una normativa che prevede sanzioni può essere tale da giustificare conseguenze negative, anche di un certo peso, per talune persone interessate, comprese quelle che non hanno alcuna responsabilità riguardo alla situazione che ha condotto all'adozione delle misure di cui trattasi, ma che sono pregiudicate, segnatamente, nei loro diritti di proprietà³²².

Orbene, nella fattispecie, dal sesto 'considerando' del regolamento controverso emerge che il suo obiettivo, considerate le gravi e ripetute violazioni dei diritti umani da parte del regime militare di Myanmar in atto da molto tempo, è quello di contribuire, tramite la proroga ed il rafforzamento delle misure restrittive adottate nei confronti dell'Unione di Myanmar, alla promozione del rispetto dei diritti fondamentali e di prevedere, di conseguenza, la tutela della morale.

Il Consiglio ha ritenuto giustamente che l'obiettivo d'interesse generale perseguito dal regolamento controverso fosse fondamentale per la comunità internazionale. Come sottolineato dal Consiglio nel controricorso, occorre rilevare che da molti anni l'Unione europea, gli Stati terzi, le organizzazioni internazionali e le organizzazioni non governative hanno cercato di esercitare pressioni in vari modi sul regime militare di Myanmar e sulle persone ad esso associate, al fine di migliorare la situazione politica in tale paese.

Al cospetto dell'importanza di un siffatto obiettivo di interesse generale, il congelamento di tutti i capitali e risorse economiche dei membri del governo di Myanmar e delle persone ad essi associate non può essere considerato di per sé né inadeguato né sproporzionato³²³.

Il Tribunale in questo caso neppure abbozza un bilanciamento reale tra interessi, contentandosi di riaffermare la correttezza del regolamento sulla base della necessità di

³²¹ V., sentenza *Kadi*, citata al punto 47 supra, punto 360; v. Corte EDU, sentenza *J.A. Pye (Oxford) Ltd e J.A. Pye (Oxford) Land Ltd v. Regno Unito* del 30 agosto 2007, par. 55 e 75.

³²² V., in tal senso, sentenza della Corte di Giustizia 30 luglio 1996, causa C-84/95, *Bosphorus*, Racc. pag. I-3953, punti 22 e 23, e sentenza del Tribunale 12 luglio 2006, causa T-49/04, *Hassan/Consiglio e Commissione*, non pubblicata nella Raccolta, punti 99 e 100; v., altresì, Corte eur. D. U., sentenza *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi c. Irlanda* del 30 giugno 2005, *Recueil des arrêts et décisions*, 2005-VI, § 166 e 167.

³²³ V., in tal senso, sentenza della Corte di Giustizia *Bosphorus*, punto 160 supra, punto 26, e Corte Edu, sentenza *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi v. Irlanda*, punto 160 supra, §167.

salvaguardare i diritti umani in Myanmar e dell'importanza degli obiettivi perseguiti dalla normativa. Pertanto, la previsione di sanzioni, in un tale contesto, è ritenuta giustificata anche se produce conseguenze negative per soggetti che nulla hanno a che vedere con la situazione concreta, con un'impostazione molto lontana dall'ottica Cedu.

Anche nella sentenza *CNOP*³²⁴, per valutare l'incidenza sulla libertà del domicilio, della lotta ai cartelli, il Tribunale cita la giurisprudenza Cedu, salvo poi fondarsi sulla giurisprudenza UE:

“A tale proposito, per quanto riguarda la natura della decisione impugnata e il contesto in cui è intervenuta, anche se i ricorrenti fanno giustamente valere che, in forza della giurisprudenza, la tutela della vita privata prevista all'art.8 della Cedu deve essere rispettata e la tutela del domicilio è estesa ai locali commerciali delle società³²⁵, la Corte ha ugualmente sottolineato che è importante salvaguardare l'effetto utile delle ispezioni in quanto strumento necessario per consentire alla Commissione di esercitare le sue funzioni di guardiana del Trattato in materia di concorrenza. In tal senso, per salvaguardare l'utilità del diritto d'accesso della Commissione ai locali commerciali dell'impresa oggetto di una procedura di applicazione degli artt. 81 CE e 82 CE, tale diritto implica la facoltà di ricercare elementi di informazione diversi ancora ignoti o non completamente identificati”³²⁶.

Nel caso di specie, benché il Tribunale citi la giurisprudenza Cedu, lo fa per confermare l'autonomia comunitaria della nozione d'impresa, così come sviluppata dalla giurisprudenza *Roquette Frères* citata, concludendo pertanto con il rigetto del ricorso.

Da queste recenti sentenze emerge chiaramente la tensione tra le due Corti, l'una, quella di Lussemburgo, concentrata ad assicurare la coerenza e la particolarità dell'*acquis communautaire* e l'altra, quella di Strasburgo, impegnata nella sua missione di salvaguardia dei diritti umani. Appare perciò particolarmente difficile immaginare che l'adesione da sola possa risolvere queste divergenze giurisdizionali.

Risulta, infatti, evidente che la Corte di Giustizia non solo applica di fatto la giurisprudenza

³²⁴ Sentenza del Tribunale di Primo grado *CNOP* T-23/09 del 26 ottobre 2010 punto 40.

³²⁵ V. in tal senso, Corte Edu, sentenze *Colas Est e a. v. Francia* del 16 aprile 2002, par. 41; v. altresì, a proposito del regolamento del Consiglio 6 febbraio 1962, n.17, primo regolamento d'applicazione degli artt.[81CE] e [82CE] (GU 1962, 13, pag. 204), sentenza *Roquette Frères*, cit. supra al punto 28, punto 27, e ordinanza della Corte 17 novembre 2005, causa C-121/04 P, *Minoan Lines/Commissione*, non pubblicata nella Raccolta, punto 31.

³²⁶ V., a proposito del regolamento n.17, sentenza della Corte di Giustizia 21 settembre 1989, cause riunite C-46/87 e 227/88, *Hoechst v. Commissione*, Racc. pag. I-2859, punto 27, e ordinanza *Minoan Lines v. Commissione*, cit., punto 36.

Cedu attraverso il prisma comunitario, ma soprattutto si guarda bene dal riconoscere *tout court* la vincolatività della Convenzione e l'autorità suprema del suo giudice. Pertanto, nonostante la ricchezza di riferimenti alle decisioni della Corte europea dei diritti, il giudice comunitario in una prospettiva strettamente ortodossa, sembra presentare la Cedu come una fonte, seppur eloquente, di speciali *guidelines* e considera le osservazioni della sua Corte alla stregua di "considerazioni generali".

È infatti evidente che, utilizzare la giurisprudenza della Corte Edu al fine di individuare i limiti alla portata dei diritti in essa consacrati, per legittimare atti comunitari impugnati per violazione dei diritti fondamentali, appaia quantomeno contrastante con gli obiettivi della Cedu stessa³²⁷, la quale ammette sì delle deroghe alla propria garanzia, ma solo laddove tali deroghe siano necessarie per perseguire fini superiori che abbiano a che fare con la tutela della società civile³²⁸. Ciò che emerge dalla giurisprudenza qui riportata è, sicuramente, la tensione tra due ordinamenti che operano e si situano in due ambiti differenti, tuttavia è necessario che in vista dell'adesione divergenze di questo tipo vengano sanate, posto che le esigenze proprie dell'ordinamento comunitario potrebbero non essere ricomprese nell'ambito di operatività del margine di apprezzamento statale concesso dalla Cedu alle parti contraenti, rischiando di aumentare i casi di violazione del diritto convenzionale da parte dell'Unione.

In particolare, in un ambito delicato quale quello dei diritti sociali, dove le tutele offerte dalla Cedu non appaiono granitiche e gli standard proposti sono sempre quelli minimi, l'idea che la Corte di Giustizia utilizzi la giurisprudenza Edu al fine di giustificare limitazioni all'esercizio di tali diritti, rischierebbe di creare una corsa al ribasso degli standard sociali, con evidente fallimento di qualsiasi prospettiva di correttivo sociale nel paradigma strettamente economico dell'Unione.

9. Tra Carta dei diritti fondamentali dell'Ue e Cedu: quale posto per i diritti sociali?

Come si è più volte ripetuto, la Cedu costituisce, oggi, lo standard di riferimento minimo della tutela dei diritti umani in Europa. Ciò da un lato significa che gli Stati contraenti della

³²⁷ Nonché probabilmente agli stessi obiettivi dell'Unione così come individuati dall'art. 6 TUE. Tuttavia è chiaro che nel momento in cui è la Corte di Giustizia ad effettuare il bilanciamento degli interessi in seno al contesto comunitario, i limiti alla tutela dei diritti fondamentali debbono parametrarsi sugli obiettivi ed interessi generali dell'Unione stessa e non a quelli individuati dalla Cedu. A parere di chi scrive è dunque facile che in taluni ambiti la garanzia effettiva offerta dalle due Corti ai diritti fondamentali possa non coincidere, riaffermando se non altro che in Europa spetta comunque alla Corte Edu il ruolo di giudice sommo dei diritti fondamentali, ruolo che può essere conservato solo attraverso l'adesione dell'Unione.

³²⁸ Si veda in questo senso la teoria del margine di apprezzamento statale già trattata nel capitolo precedente.

Cedu non possono adottare standard di tutela inferiori ad essa e dall'altro, che essi hanno la facoltà di prevedere una tutela più estesa. Pertanto, lo standard convenzionale eventualmente più basso di quello previsto dal diritto interno o da un altro Trattato, non può essere utilizzato per diminuire il livello di tutela derivante da questi ultimi (art. 53 Cedu).

Tale duplice funzione degli standard posti dalla Convenzione, che ha lo scopo di assicurare sempre la prevalenza dello standard di tutela più alto tra diritto convenzionale e diritto interno, è stato ripreso anche dalla Carta dei diritti fondamentali, al fine di garantire il coordinamento tra le disposizioni comunitarie e quelle Convenzionali.

Non è un caso, tra l'altro, che le norme di coordinamento previste dalla Carta si situino agli art. 52 e 53 che riprendono il disposto dell'art. 53 della Cedu.

È necessario tuttavia, soffermarsi sui meccanismi di coordinamento previsti dalla Carta al fine di valutare quale sia in concreto il livello di tutela che i diritti in essa contenuti devono ricevere qualora essi siano compresi anche nel catalogo convenzionale³²⁹.

Anzitutto si deve ricordare, ancora una volta, che la Carta prevede un catalogo più ampio di diritti fondamentali rispetto a quello previsto dalla Cedu, compresi i diritti sociali ed economici che non compaiono nel testo convenzionale, ma sono stati ricavati interpretativamente dalla Corte di Strasburgo³³⁰.

Si tornerà su questo punto, ma è qui sufficiente osservare che l'assenza di riferimenti alla giurisprudenza della Corte Edu, nella Carta dell'Unione, crea un vuoto di coordinamento proprio con riguardo a tali diritti che sono esplicitamente previsti dalla Carta ma non trovano un corrispondente nel dettato convenzionale, creando una serie di problemi sotto il profilo della determinazione degli standard minimi di tutela, che possono essere ricavati solo parzialmente dal testo della Convenzione dovendosi integrare con i parametri individuati dalla giurisprudenza di Strasburgo.

Gli art. 52 e 53 della Carta hanno, pertanto, la precisa funzione di coordinamento materiale tra le disposizioni della Carta e quelle della Cedu, al fine di garantire, anche in vista della adesione, il rispetto degli standard convenzionali, così come avviene tra le carte costituzionali nazionali e la Convenzione, per ridurre i contrasti tra le due Carte di diritti fondamentali.

La prima delle due disposizioni citate prevede, anzitutto, che "laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione europea per la

³²⁹ Le Bot O., *Charte de l'Union européenne et Convention du sauvegarde des droits de l'homme: la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux*, in Rev. Trim. droits de l'homme, 55/2003, p. 781 ss.

³³⁰ Sudre F., *La protection des droits sociaux par la Cour EDH: un exercice de "jurisprudence fiction"?*, in Rev. trim. Dr. h., 55/2003, p. 755; e Bultrini A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, in Dir. UE, 3/2009 p. 700 ss..

Salvaguardia dei Diritti dell'Uomo e delle Libertà Fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione”, tuttavia, proprio in quanto la Cedu costituisce uno standard minimo l'art. 52, 3 dispone che “ la presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa”. Corrispondentemente l'art. 53 Cedu prevede che a sua volta la Carta non sia uno standard limitativo rispetto alla eventuale maggiore garanzia prevista dalla Convenzione. In altre parole la Cedu è standard minimo rispetto alla Carta, non preclusivo della tutela eventualmente più elevata accordata da un qualsivoglia strumento internazionale o costituzionale che sia³³¹.

A prima vista il disposto dell'art. 52 par. 3 potrebbe sembrare superfluo³³², posto anche il rinvio operato agli standard Cedu dalle spiegazioni della Carta, anche per quanto riguarda il regime delle restrizioni previsto dalla Convenzione. Tuttavia, il richiamo operato dall'art. 52 par.3, anche nell'ottica dell'adesione, dovrebbe servire ad individuare immediatamente lo standard minimo di tutela da parte dell'Unione, evitando possibili conflitti giurisprudenziali che rischierebbero di sanarsi solo con tempi molto lunghi, visto l'iter che un eventuale ricorso alla Corte di Strasburgo deve seguire³³³.

Quella che è stata definita come clausola di corrispondenza³³⁴, solleva alcuni dubbi in merito alla limitazioni al godimento di certi diritti che sono previste dalla Cedu³³⁵, in questo senso dovrebbe ammettersi che la Carta comunitaria, là dove ricalca i diritti già contenuti nel testo convenzionale, non potrebbe porre altri limiti, eccettuati quelli previsti dalla stessa Cedu, con ciò che ne consegue in merito alla definizione di nozioni aperte quali “interesse nazionale” e “società civile”, che non trovano corrispondenti nell'ordinamento comunitario.

Allo stesso modo l'art. 53 individua nel dettato convenzionale il livello minimo di protezione che deve essere garantito ai diritti sanciti dalla Carta. Questa clausola di *stand still*, garantisce pertanto che i vari ordinamenti, nazionale, internazionale e, a seguito dell'adesione, comunitario, potranno comunque sempre offrire standard di tutela più elevati rispetto alla Cedu ma mai inferiori, ed in caso di conflitto sarà sempre lo standard maggiore a dover essere applicato. Con l'evidente problema, nel caso dei diritti sociali, di dover individuare la

³³¹ E da qui nasce il problema di valutare quale sia lo standard per i diritti sociali. Posto che essi si ricavano quasi interamente dalla giurisprudenza Edu ma non si ritrovano nel testo convenzionale, e che essi sono invece accolti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, come deve operarsi il coordinamento in concreto?

³³² J.P. Jacqué ritiene che l'art. 52 par. 3 della Carta perderà di rilevanza una volta che l'Unione avrà aderito alla Cedu si veda in questo senso *Le Traité de Lisbonne. Un vue cavalière*, in rev. Trim. droit europ., 2008 p. 453 ss..

³³³ Ovvero il previo esaurimento dei ricorsi interni.

³³⁴ Cfr. O. Le Bot, *Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme: la coexistence de deux catalogues de droit fondamentaux*, in Rev. trim. dr. h., 55/2003 p. 781 ss. qui p. 798.

³³⁵ Si vedano ad esempio i secondi commi degli art. 2 e 8 Cedu.

normativa che garantisca lo standard più elevato, operazione non facile se si pensa alla loro effettiva collocazione nel sistema delle fonti sia comunitario che convenzionale.

Ebbene, il meccanismo previsto dai redattori della Carta pare avere quantomeno due limiti intrinseci. Da un lato, la previsione dell'art. 52 par.3 non ha senso se non letta in combinato con quanto disposto dalle spiegazioni alla Carta, che tuttavia non hanno valore vincolante; dall'altro, sia la clausola di corrispondenza sia l'articolo 53 non fanno alcun riferimento alla giurisprudenza di Strasburgo, la quale, come si è detto, è la vera depositaria del contenuto/interpretazione attuale dei diritti iscritti nel catalogo convenzionale, particolarmente di quelli sociali.

Sotto il primo profilo, l'assenza di vincolatività delle spiegazioni del Praesidium, rischia di rendere priva di senso l'affermazione per cui i diritti contenuti nella Carta corrispondenti a quelli della Cedu debbono essere interpretati in maniera conforme a questa. Difatti, nulla esclude che la Corte di Giustizia – non vincolata dalle spiegazioni del Praesidium - possa dare ad essi una diversa interpretazione, anche e proprio alla luce del fatto che nessun richiamo è fatto dalla Carta alla giurisprudenza di Strasburgo. Attualmente, è tuttavia, impossibile fare riferimento ai diritti fondamentali della Cedu senza prendere in considerazione la giurisprudenza della sua Corte. Come si è già argomentato la maggior parte dei diritti di seconda generazione non è contenuta nel dettato della Convenzione ma è ricavabile dalla giurisprudenza evolutiva della Corte Edu. L'assenza di riferimenti a questo parametro giurisprudenziale, nella Carta³³⁶, rischia di lasciar fuori dal meccanismo previsto dalla clausola di corrispondenza buona parte dei diritti elaborati dalla giurisprudenza di Strasburgo, con la conseguenza di creare uno squilibrio proprio in una materia, quella dei diritti di seconda generazione, con particolare riferimento a quelli sociali ed economici, che per la sua “novità” meriterebbe forse un approccio congiunto delle due giurisprudenze³³⁷.

Un secondo aspetto problematico, del quale si è già fatta menzione, è quello di stabilire in concreto l'operatività dei limiti previsti per il godimento dei diritti dalla Cedu, in riferimento al catalogo comunitario. Se per l'interpretazione della Carta di Nizza il riferimento è ai diritti contenuti nella Convenzione, dovrebbe presumersi che per i diritti che nella Cedu trovano un corrispondente, anche i limiti dovrebbero ricalcare le indicazioni provenienti da Strasburgo. Tuttavia, in dottrina si sottolinea come le clausole generali di limitazione previste dalla Cedu -

³³⁶ Gli unici riferimenti che la Carta fa alla giurisprudenza Edu si trovano nel preambolo e nelle spiegazioni. Al contrario nella prima versione del progetto era previsto un riferimento esplicito all'art. 52, al fine di garantire che la Convenzione fosse un parametro di riferimento “selon l'interpretation qu'en a donné, qu'en donnerait la Cour de Strasbourg”.

³³⁷ Tra i critici di questa soluzione si veda M. Fischbach, *Le Conseil d'Europe et la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne*, in R. D. U. H., settembre 2000, numero speciale sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, vol. 12 n. 1-2, p. 8 ss..

fondate sull'ordine/interesse pubblico - potrebbero essere interpretate “in senso comunitario” dalla Corte di Giustizia, alterando dunque il rapporto tra diritti Cedu e diritti della Carta. Infatti “...Eu law does not contain procedural safeguards guaranteeing that the Convention principles will effectively be taken into account when the Charter is the object of interpretation and application. Especially when there is no case law of the European Court on a given point, it may be hard to find the right standard for the interpretation of the corresponding provision of the Charter”³³⁸, con il rischio che i giudici di Lussemburgo effettuino un bilanciamento autonomo, posta l'assenza nella Carta di una nozione simile a quella di “società democratica” prevista dalla Cedu, e della sua sostituzione con la formula “finalità di interesse generale riconosciute dall'Unione”³³⁹.

Concretamente su 50 articoli della Carta solo 11 beneficiano della possibilità di applicazione diretta della clausola di corrispondenza. Nella Carta sono infatti contenuti diritti che non hanno un equivalente nel testo convenzionale, tanto più che vi sono diritti il cui riconoscimento è avvenuto per via giurisprudenziale ad opera della Corte di Strasburgo: ad esempio il diritto alla protezione dei dati personali dedotto dall'articolo 8 della Convenzione e menzionato espressamente all'articolo 8 della Carta; la libertà dei media ed il loro pluralismo, dedotti dall'articolo 10 della Convenzione e menzionati espressamente all'articolo 11/2 della Carta; il divieto di espulsione dello straniero verso un Paese ove l'interessato rischi di essere sottoposto a trattamenti inumani, dedotto dall'articolo 3 della Convenzione e menzionato espressamente all'articolo 19/2 della Carta; cosicché si pone il quesito se tali diritti siano “corrispondenti” a quello indicati nella Cedu o meno. Il fatto che i giudici di Lussemburgo siano svincolati dall'obbligo di interpretazione conforme alla giurisprudenza Edu rischia, pertanto, di creare un doppio standard di tutela dei diritti fondamentali in Europa ed in particolare, quelli di seconda, terza e quarta generazione.

Tuttavia, la prassi quotidiana dimostra come le due Corti non siano costantemente in competizione tra loro e che, anzi, proprio l'assenza di vincoli gerarchici tra i due *bill of rights*, alimenta il dialogo tra le due, favorendo (quello che dovrebbe essere) un circolo virtuoso di tutela. In vista della futura annessione dell'Unione alla Convenzione sembra potersi affermare che proprio questo dialogo dovrebbe favorire lo sviluppo di una giurisprudenza armonica da parte delle due Corti. Ma, come si è argomentato, non sempre questo dialogo porta a soluzioni comuni, pertanto l'ipotesi di interpretazioni differenti è tuttora una realtà alla quale dovrebbe trovarsi soluzione prima della adesione; difatti, il rischio potrebbe essere duplice da un lato:

³³⁸ P. Lemmens, *The relation between the Charter and the ECHR*, 2001/8, Maastricht journal of european and comparative law, p. 49.

³³⁹ Si veda in questo senso U. Villani, *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in Dir. UE, 2004 p. 103.

una sorta di servilismo della Corte di Strasburgo, potrebbe condurre all'appiattimento su standard comunitari della tutela dei diritti fondamentali, dall'altro, al contrario, potrebbe incorrersi in una "guerra tra Corti" che porti alla condanna sistematica del diritto dell'Unione da parte della Corte EDU, con tutte le conseguenze politico-istituzionali del caso.

Si potrebbe ipotizzare poi una soluzione intermedia che veda evolvere la teoria del margine di apprezzamento statale in senso comunitario, ovvero parametrando i criteri, già elaborati dalla Corte di Strasburgo per gli Stati parte, alle peculiarità del diritto dell'Unione. Questa soluzione che da un lato potrebbe essere apprezzabile, dall'altro rischia, però, di creare un doppio livello di protezione nel sistema Cedu, parametrato da un lato agli ordinamenti nazionali e, dall'altro a quello comunitario, con il pericolo, in questo modo, di snaturare il ruolo della Corte Edu che, come è noto, dovrebbe essere tendenzialmente indifferente rispetto all'ordinamento a cui si confronta.

10. Adesione e diritti sociali: quali futuro?

Da quanto fino ad ora argomentato, appare evidente come l'adesione dell'Ue alla Cedu, oltre le problematiche di tipo istituzionale e in materia di accessi ai ricorsi, crea notevoli dubbi circa l'effettiva garanzia di uno standard di tutela dei diritti fondamentali più elevato all'interno dell'UE.

Difatti, se da un lato la giurisprudenza della Corte di Giustizia appare autonoma, nella definizione dei propri standard di tutela (attraverso l'utilizzo del test di proporzionalità tipico di questa giurisdizione in materia di diritti fondamentali), nonché fortemente selettiva rispetto alla applicazione della giurisprudenza della Corte di Strasburgo (nel senso che la Corte di Giustizia, non avendo l'obbligo di interpretazione conforme rispetto alla giurisprudenza Edu, sembra utilizzarla solo nei casi in cui questa confermi direttamente o indirettamente il diritto dell'Unione), la perplessità maggiore riguarda l'ampiezza e la definizione del margine di apprezzamento proprio in riferimento alle peculiarità del diritto dell'Ue.

Nell'ottica dell'adesione è infatti d'obbligo chiedersi come la teoria del margine d'apprezzamento possa evolvere al fine di incorporare le peculiarità del diritto dell'Unione, tra quelle ammesse come deroghe. Non essendo possibile effettuare un parallelo tra le ragioni di ordine imperativo che gli Stati possono invocare per derogare ai diritti della Convenzione,

e quelle che l'Unione potrebbe far valere, si pone il problema di quale sarà l'atteggiamento della Corte Edu in questo senso.

In particolare, nell'ambito della materia sociale, non coincidendo le disposizioni comunitarie con quelle convenzionali, sia per ampiezza che per contenuto, sarà possibile evitare scontri tra le due giurisprudenze? La Corte Edu potrebbe assumere un ruolo di incitamento nei confronti della Corte di Giustizia, inducendola a mutare il proprio *modus operandi* nel bilanciamento degli interessi, in favore di una maggiore attenzione ai diritti sociali fondamentali? Alla luce di una interpretazione restrittiva del margine di apprezzamento nei confronti delle peculiarità (tutte economiche) dell'Unione, casi quali *Viking* e *Laval* potrebbero essere risolti a favore dei diritti sociali piuttosto che alla difesa del mercato comune?

In altri termini è possibile che la differente applicazione della teoria del margine di apprezzamento, con riguardo alle peculiarità del sistema Unione, possa favorire una maggiore garanzia dei diritti sociali da parte della Corte di Giustizia? Oppure la Corte Edu accetterà di svolgere un ruolo servilistico nei confronti del diritto dell'Unione, attraverso un'interpretazione del margine di apprezzamento che assimili la protezione delle quattro libertà fondamentali, ai valori cardine degli ordinamenti nazionali?

Alla luce di quanto detto si deve ricordare la sostanziale differenza tra la teoria del margine di apprezzamento (per i fini del presente discorso limitatamente alla sua applicazione nell'ambito del riconoscimento dei diritti sociali) e il test di proporzionalità comunitario (inteso qui dal punto di vista del bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali), posto che le due Corti svolgono ruoli ed hanno ambiti di competenza nettamente differenti.

Ad una prima analisi si può rilevare che il margine di apprezzamento statale sia uno spazio di libertà di manovra concesso agli Stati parte della Convenzione, rispetto alla tutela dei diritti umani, laddove esistano esigenze rilevanti, motivate e giustificate, tali per cui la compressione dei diritti fondamentali risulti secondaria rispetto all'interesse generale statale che si vuole difendere.

La teoria del margine di apprezzamento serve, pertanto, a risolvere le ipotesi di conflitto in cui il diritto tutelato dalla Cedu deve essere modulato rispetto alla garanzia di interessi statali concorrenti. La Convenzione non essendo, tuttavia, un *corpus* cristallizzato ma continuamente modellato dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, deve essere "letta alla luce delle concezioni prevalenti ai nostri giorni negli ordinamenti democratici"³⁴⁰. Partendo dal presupposto che, responsabili dell'eventuale violazione convenzionale siano gli Stati membri, in quanto parti della Convenzione e quindi unici responsabili di fronte ad essa, è tuttavia

³⁴⁰ Sentenza della Corte Edu *Von Der Musselle v. Belgio*, (cit.).

riconosciuto loro un privilegio rispetto alla valutazione del caso concreto in cui sia necessario limitare il godimento di taluni diritti. In particolare mentre per le ipotesi previste in relazione all'art. 15, la tutela dei diritti convenzionali viene effettivamente sospesa per far fronte ad una situazione di crisi della nazione, in relazione alla valutazione del margine di apprezzamento, nelle ipotesi previste dagli art. 8-11, ovvero quelle da cui la giurisprudenza ricava la definizione dei diritti sociali, si configura più spesso l'ipotesi di un'inattività dello Stato nei confronti della protezione del diritto del singolo. Per valutare, quindi, se il comportamento dello Stato possa giustificarsi alla luce del margine di apprezzamento, la giurisprudenza di Strasburgo effettua una prima valutazione circa l'esistenza di un consenso europeo sulla possibilità di limitare il diritto in questione. Ciò significa valutare in concreto le prassi degli Stati parte al fine di trovare un comune denominatore. Tale operazione può condurre a tre ipotesi di soluzione: a) esiste un consenso conforme al comportamento dello Stato, ed allora la deroga è ammessa *de quo*, b) esiste un consenso contrario al comportamento, e allora la deroga è negata, c) non esiste consenso ed allora la deroga dovrà essere valutata alla luce degli altri criteri: ragionevolezza, proporzionalità e necessità in una società democratica. Ora, poiché le società europee si caratterizzano per la varietà delle proprie tradizioni culturali-religiose-sociali, la valutazione del margine di apprezzamento deve essere svolta nel concreto riferimento a tali tipi di società, e da ciò può risultare che ciò che può essere ammissibile in un paese potrebbe non esserlo in un altro.

Un altro fattore determinante è la portata del diritto convenzionale, la Convenzione soggiace infatti al principio di sussidiarietà che può essere ricavato dalla lettura del suo art. 1, il quale riconosce un ampio grado di autonomia agli Stati contraenti in ordine alle modalità di incorporazione della Convenzione e alla sua collocazione nel sistema delle fonti, riconoscendo l'ordinamento statale quale luogo primario per la protezione dei diritti fondamentali; nell'obbligo di previo esperimento dei ricorsi interni, disciplinato dall'art. 35 par. 1 e nella cosiddetta "clausola di salvaguardia" contenuta all'art. 53, che sancisce l'obbligo di non interpretare le disposizioni convenzionali in modo da limitare o pregiudicare i diritti e le libertà fondamentali già tutelati da leggi statali o da accordi internazionali. Pertanto il margine di apprezzamento statale deve essere letto nella sua "funzione di raccordo fra la Convenzione e le norme nazionali, [il quale] contribuisce a determinare limiti all'attuazione della Cedu, con particolare riferimento alle ipotesi di incompatibilità tra i diritti individuali da essa riconosciuti e quelli protetti a livello nazionale e non coperti dalla Convenzione, in

ragione delle profonde differenze socioculturali riscontrabili nei diversi ordinamenti statali»³⁴¹.

Il medesimo ragionamento, a seguito dell'adesione, andrebbe applicato al diritto dell'Unione, con le notevoli difficoltà connesse alla natura giuridica dell'Unione stessa, così come si è già argomentato. In particolar modo, mentre gli Stati possono invocare, quali motivi di deroga, la tutela della vita democratica o della società, l'Unione potrà al massimo invocare la tutela delle peculiarità proprie del sistema Unione, peculiarità che si incarnano nella difesa delle quattro libertà fondamentali e del mercato comune.

La valutazione delle peculiarità del sistema Unione che devono essere salvaguardate, viene di fatto ricavata, oltre che naturalmente dalle disposizioni di diritto primario, dalla Corte di Giustizia attraverso l'esperimento del test di proporzionalità che, in sostanza, serve ad effettuare un bilanciamento tra interessi dell'Unione e quelli degli Stati o dei singoli, nei casi riguardanti i diritti fondamentali.

Il test di proporzionalità comunitario è, quindi, un test utilizzato per verificare se le deroghe statali nei confronti del diritto dell'Unione, trovino una giustificazione che non comprometta, in ultima analisi, la salvaguardia delle finalità dell'Unione stessa, *in primis* il mercato comune (inteso in accezione ampia).

Da ciò deriva che mentre nel caso del margine di apprezzamento la deroga è ammessa laddove essa non leda in modo discriminatorio un diritto fondamentale, nel caso del test di proporzionalità essa è ammessa qualora non pregiudichi il diritto dell'Unione.

I due test non sono dunque sovrapponibili né tantomeno comparabili, sia per finalità che per modalità operative. Tuttavia, in caso di adesione i due test si troverebbero a dover essere confrontati: difatti, la deroga ammessa al diritto convenzionale sulla base del margine di apprezzamento – a questo punto comunitario –, dovrebbe fondarsi sulla valutazione dell'idoneità del bilanciamento ottenuto attraverso il test di proporzionalità, ad essere ammesso quale deroga dalla Corte di Strasburgo. Ovvero, il test di proporzionalità comunitario dovrebbe essere valutato come idoneo a garantire la salvaguardia delle peculiarità dell'Unione con conseguente proporzionalità della lesione del diritto del singolo, e dunque validamente rientrante nell'ambito di applicazione del margine di apprezzamento.

Alla luce di un'adesione dell'Ue alla Cedu, si pone, pertanto, il problema di come la teoria del margine di apprezzamento statale possa applicarsi all'Unione, e se la sua interpretazione verrà ad essere estesa o ristretta.

³⁴¹ Si veda P. Pustorino, *Articolo 53 (commento)* in S. Bartole, B. Conforti, G. Raimondi (a cura di), *Commentario alla Convenzione europea per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Cedam, Padova, 200, p. 747.

Difatti, il margine di apprezzamento potrebbe essere invocato dalla stessa Unione per salvaguardare scelte normative che siano in contrasto con la Convenzione³⁴².

Particolarmente in materia di diritti sociali, il margine di apprezzamento (dell'Ue) potrebbe divenire lo scudo sotto il quale la Corte di Giustizia potrebbe ripararsi dal sindacato della Corte Edu: ad esempio in materia di sciopero, reiterando sentenze come *Viking* e *Laval*, sulla scorta di deroghe derivanti dalla protezione delle particolarità del sistema UE.

Sotto un secondo profilo, ci si interroga se anche la dottrina della protezione equivalente continuerà ad ispirare la Corte di Strasburgo quando quest'ultima sarà chiamata ad esaminare la compatibilità degli atti adottati dall'Ue con la Cedu, posto che tale dottrina, come si è detto, implica un livello di controllo ridotto, consentendo agli Stati parte di rispettare gli obblighi derivanti dalla partecipazione ad altre organizzazioni internazionali come la CE/UE, senza escludere la loro responsabilità in seno alla Convenzione.

Quantunque la realizzazione di quest'ultima ipotesi sembra alquanto verosimile, a parere di chi scrive essa risulta non solo giuridicamente ingiustificata ma anche politicamente inopportuna. Da un punto di vista giuridico, una volta che l'Unione diventerà parte contraente della Convenzione, gli Stati membri dell'Unione e della Convenzione non si troveranno, infatti, più dinanzi alla necessità/difficoltà di conciliare il rispetto di due diverse categorie di obblighi internazionali in potenziale contrasto fra loro. A questo proposito, occorre rilevare che perfino la concorrenza fra le due Corti, per acquisire lo status di "constitutional symbol" sullo scacchiere europeo, potrebbe produrre un effetto positivo sulla tutela dei diritti fondamentali: la Corte di Lussemburgo, fino ad oggi totalmente riluttante ad esercitare il proprio sindacato sugli atti delle Istituzioni europee in materia di diritti fondamentali, se vorrà "aggiudicarsi la partita per il primato, difficilmente potrà insistere a lungo nella pretesa di accordare tale immunità agli atti dell'Unione". Come è stato efficacemente scritto, l'attuazione della politica dei "due pesi due misure" nell'ordinamento europeo segnala una falla al centro del sistema di protezione dei diritti fondamentali, "un risvolto scabroso"³⁴³ della giurisprudenza di Lussemburgo che ha sempre risolto il dilemma fra le esigenze di mantenere il ruolo di garante dell'equilibrio istituzionale dell'Unione e di protezione dei diritti fondamentali, anche nei confronti delle Istituzioni, in favore delle prime³⁴⁴.

³⁴² La stessa Corte di Lussemburgo ha, infatti, recentemente affermato che la supremazia del diritto internazionale «sul piano del diritto comunitario non si estenderebbe al diritto primario e, in particolare, ai principi generali nel cui novero vi sono i diritti fondamentali», cfr. cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi e Al Barakaat c. Consiglio*, punto 308.

³⁴³ C. Pinelli, *I diritti fondamentali in Europa fra politica e giurisprudenza*, in *Politica del diritto*, n. 1 marzo 2008, p.62, *Ibidem*, p. 69. 65 *Ibidem*, p. 50.

³⁴⁴ Per i rilievi effettuati a proposito dalla dottrina si rinvia a M. Shapiro, *The European Court of Justice*, in P. Craig, G. De Burca (eds), *The evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, p. 343; A. Von Bogadney,

10.1 Cenerentola e i diritti sociali

È particolarmente significativo sottolineare che il processo di adesione al diritto del Consiglio d'Europa riguarda esclusivamente l'adesione alla Cedu, e non anche alle altre Carte di diritti ed in particolar modo alla Carta sociale europea³⁴⁵.

Certamente, la diversa natura giuridica di questo strumento³⁴⁶ e la sua sussidiarietà nel sistema delle fonti del Consiglio d'Europa, possono fornire una prima spiegazione del perché l'Unione non abbia deciso di aderirvi. Tuttavia, se da un lato proposte in questo senso non sono mancate³⁴⁷, d'altro canto è indubbio che la Carta sociale europea, sia uno strumento che ha influenzato l'evoluzione del diritto sociale europeo.

Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 882; C. Pinelli, *I diritti fondamentali in Europa*, op. cit..

³⁴⁵ La Carta sociale europea è stata adottata nel 1961 a Torino e in seguito riveduta. La CSER è stata elaborata tra il 1990 e il 1994 da un apposito Comitato (*Charte-Rel*), istituito in seguito alla Conferenza ministeriale informale sui diritti umani tenutasi a Roma il 5 novembre 1990. Il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa nel 1996 ha approvato il testo della CSER, licenziato dal Comitato nel 1994, aprendolo alla firma il 3 maggio dello stesso anno. L'Italia ha ratificato la CSER nel 1999. La revisione della CSE del 1961 è stata voluta sia per dare adeguato seguito all'evoluzione dei diritti sociali ed economici in Europa, sia per poter rispondere concretamente ai problemi sociali non considerati dagli altri strumenti internazionali in vigore. Il Protocollo addizionale del 1988, con l'aggiunta di nuovi diritti, il Protocollo del 1991, e soprattutto il Protocollo del 1995, che ha introdotto un efficace sistema di reclami collettivi, avevano del resto anticipato l'intento riformatore del Consiglio d'Europa. Il meccanismo di controllo della Carta, oltre che sui reclami collettivi, si basa sui rapporti annuali, che gli Stati contraenti sottopongono ad un Comitato di 15 esperti indipendenti (Comitato europeo dei diritti sociali – CEDS), eletti dal Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa. Le decisioni del CEDS sui rapporti degli Stati sono denominate «conclusioni» e vengono pubblicate annualmente. Nel caso in cui gli Stati non adottino le misure necessarie per conformarsi alle conclusioni del CEDS, il Comitato dei Ministri adotta apposite «raccomandazioni». Le decisioni in merito ai reclami collettivi, adducendo violazioni della Carta, sfociano invece in un rapporto del CEDS, inviato al Comitato dei Ministri; quest'ultimo adotta una «risoluzione» e può anche intervenire con una «raccomandazione», nella quale invita lo Stato ad assumere le misure necessarie per rimuovere le violazioni accertate dal CEDS, sia nella legislazione interna che nella prassi applicativa

³⁴⁶ Anzitutto si deve ricordare che la CDS prevede un meccanismo semigiurisdizionale di ricorso. Un primo aspetto, da evidenziare, è rappresentato dal fatto che il CEDS (Comitato europeo dei diritti sociali) è chiamato a pronunciarsi su reclami collettivi che, in realtà, possono però riguardare soggetti perfettamente individuabili, i quali, per di più, pur avendo subito un pregiudizio, non sono tenuti a presentare alcuna prova: non devono cioè provare di essere delle «vittime» in senso proprio. Un secondo aspetto è rappresentato dalla possibilità di presentare reclami collettivi al CEDS anche quando non siano state esaurite le vie nazionali di ricorso. Se ne deduce che l'accesso al CEDS può risultare più agevole e percorrere i tempi dei ricorsi alla Corte EDU.

Resta il fatto che i ricorsi al CEDS non sono comunque giurisdizionali, in quanto le decisioni assunte da tale organo hanno un seguito eminentemente politico, essendo il Comitato dei Ministri del Consiglio d'Europa competente a «sanzionare» gli Stati parti, attraverso risoluzioni e semplici raccomandazioni, dalle quali in realtà emerge l'intento degli stessi di non rendere giustiziabili i diritti sociali protetti dalla CSER, per queste critiche si veda in particolare J.-F. Akandij-Kombe, *Charte sociale européenne*, p. 159 s, nonché F. Sudre *Le protocole additionnel à la CSE prévoyant un système de réclamation collective*, in *Revue générale de droit international public (RGIDP)*, 1996, n. 3, pp. 715-739. Un'interessante analisi sulle prospettive di intervento della Corte EDU è stata effettuata da F. Sudre *La protection des droits sociaux par la Cour européenne des droits de l'homme: un exercice de «jurisprudence fiction»?*, in *Revue trimestrielle des droits de l'homme (RTDH)*, n. 55, 2003, p. 755-779.

³⁴⁷ Si veda già il Rapporto Ohlin del 1956, Bureau international du Travail, Social Aspects of European Economic Co-operation. Report by a Group of Experts, Studies and Reports, New Series, No. 46 (1956).

Tuttavia, il testo del Trattato di Lisbona sembra “dimenticarsi” di tale strumento, in confronto all’Atto Unico Europeo del 1986 che, invece, gli riconosceva, nel Preambolo, pari importanza, rispetto alla Cedu, nella promozione della democrazia attraverso i diritti fondamentali. All’attuale art. 151 TFUE, infatti, pur riprendendo l’art. 136 TCE, il Trattato si limita a stabilire che: “l’Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i diritti sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 [...], hanno [degli] obiettivi”, assumendo così un significato più che altro simbolico, anche se di indubbio rilievo pratico. E così, a sua volta il successivo art. 153 TFUE, *ex art.* 137 TCE, precisa, al primo comma, che per conseguire gli obiettivi stabiliti nell’art. 151 TFUE l’Unione si limita a sostenere e completare l’azione degli Stati membri e che le disposizioni adottate dall’UE “non compromettono la facoltà riconosciuta agli Stati membri di definire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e non devono incidere sensibilmente sull’equilibrio finanziario dello stesso” (comma 4).

Eppure, analizzando il testo della Carta di Nizza, risulta che ben 15 suoi articoli (non contando i paragrafi) si ispirerebbero a disposizioni della CSE o della CSER: l’art. 14 (Diritto all’istruzione) all’art. 10 CSE; il § 1 dell’art. 15, concernente la libertà professionale e il diritto di lavorare, all’art. 1, § 2, CSE, mentre il § 3 trarrebbe spunto dal § 4 dell’art. 19 CSE; l’art. 21.1 (Non discriminazione) dagli artt. 20 ed E (Parte V) CSER; l’art. 23.1 (Parità tra uomini e donne) dall’art. 20 CSER; l’art. 25 (Diritti degli anziani) dall’art. 23 CSER; l’art. 26 (Inserimento dei disabili) dall’art. 15 CSE; l’art. 27 (Diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione nell’ambito dell’impresa) dall’art. 21 CSER; l’art. 28 (Diritto di negoziazione e di azioni collettive) dall’art. 6 CSE; l’art. 29 (Diritto di accesso ai servizi di collocamento) dall’art. 1, § 3, CSE; l’art. 30 (Tutela in caso di licenziamento ingiustificato) dall’art. 24 CSER; l’art. 31.1 (Condizioni di lavoro giuste ed eque) dall’art. 3 CSE e dall’art. 26 CSER; l’art. 31.2 dall’art. 2 CSE; l’art. 32 (Divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro) dall’art. 7 CSE; l’art. 33.1 (Vita familiare e professionale) dall’art. 16 CSE; l’art. 33.2 dall’art. 8 CSE e dall’art. 27 CSER; l’art. 34.1 (Sicurezza sociale e assistenza sociale) dall’art. 12 CSE; l’art. 34.2 dall’art. 12, § 4, e dall’art. 13, § 4, CSE; l’art. 34.3 dall’art. 13 CSE e dagli artt. 30 e 31 CSER; l’art. 35 (Protezione della salute) dagli artt. 11 e 13 CSE.

Nonostante questo dato, la giurisprudenza comunitaria è sempre stata restia a riferirsi alla Carta sociale europea quale fonte, anche meramente ricognitiva, dei diritti sociali³⁴⁸.

³⁴⁸ S vedano ad esempio le conclusioni dell’Avv. Generale Jacobs, presentate nella causa *Albany*, C-67/96 dove si legge “que les droits dont elle fait mention représentent plus des objectifs politiques que des droits

D'altra parte, gli Stati membri dell'UE sono vincolati sia dalla Carta di Nizza che dalla CSE e/o dalla CSER, poichè tutti sono pure singolarmente membri del Consiglio d'Europa e hanno ratificato la CSE e/o la CSER, eppure non esiste alcun coordinamento tra i rispettivi strumenti di tutela³⁴⁹.

Infatti, non si può ignorare, a tacer d'altro, che la non adesione dell'UE alla CSE- CSER rischia di produrre conseguenze proprio sul piano pratico, giurisprudenziale, in quanto di fronte a decisioni contrastanti sul medesimo oggetto da parte della Corte di Lussemburgo e del Comitato Europeo dei Diritti Sociali (CEDS), gli operatori giuridici nazionali si troverebbero per lo meno in serio imbarazzo, non potendo avvalersi della stessa clausola interpretativa contemplata nell'art. 52, par. 3 della Carta di Nizza³⁵⁰.

Ma v'è di più, stante il diverso peso giuridico dei due organi giudiziari (ed una volta intervenuta l'adesione, in vista di una convergenza delle giurisprudenze comunitaria ed europea), è gioco forza ritenere che i giudici interni preferiranno non discostarsi dalle interpretazioni fornite dalla Corte di Giustizia, con conseguente esclusione di soluzioni maggiormente incentrate sulla valorizzazione dell'elemento sociale.

Come è stato efficacemente scritto ciò che appare sicuramente necessario è “favorire il riequilibrio dei valori, attraverso i meccanismi della solidarietà tra gli Stati e all'interno di ciascuno di essi, rispetto alle regole del mercato e della concorrenza, per evitare che l'Europa sociale, eterna cenerentola rispetto alle ragioni dell'ortodossia macroeconomica e agli imperativi della globalizzazione dei mercati, soccomba nella percezione e nelle speranze dei cittadini, sopravvivendo soltanto nei sogni e negli scritti degli studiosi”³⁵¹.

L'adesione dell'Unione europea alla Cedu e le ulteriori novità introdotte dal Trattato di Lisbona, potrebbero agire da pungolo per lo sviluppo di una politica europea attiva, anche in materia di diritti sociali fondamentali, una tutela promozionale da giustapporre alla già esistente protezione giudiziaria³⁵². Numerosi fattori hanno, ad oggi, perturbato gli equilibri fra

contraignants, et les Etats signataires ne sont tenus que de choisir, parmi ceux énoncés, les droits qu'ils décident de protéger”.

³⁴⁹ La proposta di inserire i diritti sociali nella Cedu, è fallita per l'evidente ostracismo di una parte degli Stati contraenti; ostracismo che si è manifestato nell'ambito di un gruppo di lavoro costituito *ad hoc*. Cfr. CDDH, *Rapport d'activité du groupe de travail sur les droits sociaux*, 17 juin 2005, GT-DH-SOC(2005)009, Addendum II, in:

http://www.coe.int/t/f/droits_de_l%27homme/cddh/3._comit%E9s/01.%20comit%E9%20directeur%20pour%20les%20droits%20de%20l%27homme%20%28cddh%29/05.%20rapports%20de%20r%E9union/60thAddII_fr.asp.

³⁵⁰ Come rileva L. JMENA QUESADA, *La Carta social europea y la Unión europea*, in *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, 2009, n. 13, pp. 398-400, prendendo spunto dalla recente giurisprudenza del CEDS e della CGUE.

³⁵¹ G. Guiglia, *Le prospettive della Carta sociale europea*, in www.forumcostituzionale.it.

³⁵² Sul punto cfr. G. Tiberi, *L'effettività dei diritti fondamentali nell'Unione Europea: verso una politica dei diritti fondamentali decisa a Bruxelles?* in *Astrid Rassegna* n. 62, anno 3 n. 21, 21 dicembre 2007; P. Alston

politica e giurisdizione in materia di diritti fondamentali, alcuni dei quali si possono ricordare seguendo un ordine cronologico: si pensi anzitutto alla sperimentazione di nuove strategie in materia di diritti sociali e di lotta alla discriminazioni³⁵³; alla crescente valorizzazione della Carta sociale europea sia a livello europeo, segnatamente in seno al Comitato europeo dei diritti sociali, che a livello nazionale³⁵⁴, alla procedura introdotta dal Trattato di Nizza implicante l'attribuzione alla Commissione del potere di proporre al Consiglio di constatare la violazione grave da parte di uno Stato membro dei principi previsti dall'art. 6, par. 1, TUE; l'adozione da parte del Consiglio europeo, nel novembre 2004, del Programma dell'Aia³⁵⁵; il disposto normativo dell'art. 51 della Carta il quale prevede che l'Unione e gli Stati «rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze»; la diffusione del ricorso alla c.d. analisi d'impatto della regolazione, in virtù delle decisioni della Commissione del marzo 2001 e del maggio 2005³⁵⁶; la recente istituzione dell'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali³⁵⁷ ed ancora, il Memorandum d'Accordo fra l'Unione europea e il Consiglio d'Europa per lo sviluppo della reciproca cooperazione³⁵⁸.

Le sopra menzionate iniziative sembrano andare tutte nel senso di una sentita esigenza di superare la discrasia fra politica e giurisdizione nella tutela dei diritti fondamentali in Europa. Un nuova linea direttrice foriera di importanti e ancora inediti approdi, ma che si colloca nel solco della promozione della “effettività” dei diritti fondamentali nell'Unione europea, anche di quelli sociali, tema questo che come è stato affermato da autorevole dottrina rappresenta la vera “sfida del costituzionalismo contemporaneo”³⁵⁹.

J.H.H. Weiler, *An «Ever closer Union» in Need of a Human Rights Policy*, in *The EU and Human Rights*, Oxford, 1999.

³⁵³ Dalle politiche occupazionali promosse nell'ambito del titolo VIII del TCE, alle direttive quadro sull'equo trattamento (n. 2000/43/CE e la n. 2000/78 CE) e al relativo programma comunitario, per arrivare oggi al Patto sull'immigrazione.

³⁵⁴ Cfr, in merito F. Olivieri, *La lunga marcia verso l'effettività. La Carta sociale europea fra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, in www.europeanrights.eu.

³⁵⁵ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo - Il programma dell'Aia: dieci priorità per i prossimi cinque anni Partenariato per rinnovare l'Europa nel campo della libertà, sicurezza e giustizia, /* COM/2005/0184 def. */.

³⁵⁶ Comunicazione della Commissione al Parlamento Europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni - Attuazione del programma comunitario di Lisbona - Una strategia per la semplificazione del contesto normativo /* COM/2005/0535 def. */.

³⁵⁷ Reg. Consiglio 15 febbraio 2007, n. 168.

³⁵⁸ Del 10 maggio 2007.

³⁵⁹ V. Onida, *Sfidi in tema di Stato costituzionale e di diritti fondamentali*, op. cit., p. 59

CAPITOLO IV

UNIONE EUROPEA, DIRITTI SOCIALI E CRISI ATTUALE: QUALE FUTURO?

“È la tragica antinomia del nostro tempo, che vede, da un lato, le sovranità chiuse in definiti ambiti territoriali, in luoghi circoscritti da confini, e, dall’altro, le interminate distese della tecno-economia”¹

1. Un bilanciamento sbilanciato

Come si è osservato, gli elementi di innovazione in materia sociale contenuti nel Trattato di Lisbona, non riguardano tanto la sfera delle competenze legislative dell’Unione, visto che gli articoli 151 e seguenti del TFUE confermano, nella sostanza, il contenuto delle previsioni già presenti a questo riguardo nel titolo sulla politica sociale del TCE, e che la previsione più innovativa del nuovo titolo X del TFUE non incide, invero, né in senso estensivo, né in termini rafforzativi, sulle competenze legislative dell’Unione, nella sfera del lavoro e della sicurezza sociale, quanto piuttosto, nella rivalutazione dell’elemento sociale all’interno della gerarchia dei principi fondamentali dell’ordinamento dell’Unione.

L’art. 152 del TFUE, che impegna in particolare l’Unione a riconoscere e promuovere il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto anche della diversità dei modelli nazionali, facilitandone il dialogo “nel rispetto della loro autonomia” (comma 1) – non aggiunge, infatti, nuove competenze legislative, né estende quelle esistenti. Esso, tuttavia, in raccordo con l’art. 11 del TUE e con gli strumenti di democrazia partecipativa, dallo stesso previsti, svolge un’importante funzione di rafforzamento della legittimazione degli istituti del pluralismo sociale al livello dell’Unione, accrescendo la rilevanza tanto della concertazione e della contrattazione collettiva, come metodo di regolazione sopranazionale (*ex art. 155 del TFUE*), quanto di quei processi di negoziazione collettiva autonoma diffusisi, in diverse forme, nella dimensione europea e transnazionale.

¹ N. Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, in Id., *Diritto senza verità*, Roma e Bari, 2011, p. 73.

Preme rilevare che, queste norme, lette in combinato con le disposizioni che sanciscono la nuova impalcatura costituzionale dell'Ue - gli articoli 2, 3.3, 9 TUE e 10 TFUE² - creano un nuovo parametro di riferimento per un'interpretazione della normativa comunitaria maggiormente garantista rispetto ai valori sociali. Infatti, l'enfasi dimostrata dal Trattato di Lisbona sulla centralità della dimensione sociale nel mercato interno e le "forti potenzialità di invertire il rapporto tra Europa economica ed Europa sociale"³, offrono all'interprete, in primo luogo quello giudiziale, un quadro di valori, di obiettivi e di principi fortemente innovato, con una decisa proiezione oltre la dimensione funzionale ed economica dell'integrazione europea, e con un indubbio riconoscimento di una coessenziale *finalité* sociale dell'Unione⁴.

Tuttavia, come è stato efficacemente scritto "oggi ci troviamo di fronte ad un altro "controttempo" nel riconoscimento dei diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea. La "matrice sociale del processo di costituzionalizzazione europea ha raggiunto, infatti, il suo picco", in particolare con l'attribuzione alla Carta di diritti fondamentali dell'Unione dello stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6, comma 1, del TUE), proprio nel momento in cui è probabilmente arrivata al suo acme anche l'asimmetria tra la penetrazione delle libertà economiche del mercato interno e la garanzia dell'autonomia dei sistemi sociali nazionali"⁵.

Non può certo dirsi, infatti, che in tema di conflitto tra diritti o valori sociali e libertà economiche fondamentali, la giurisprudenza, e le stesse pratiche delle Istituzioni, riflettano il mutamento costituzionale introdotto con il Trattato di Lisbona.

Sentenze quali *Viking* e *Laval* mostrano come, ancora, "il riconoscimento del diritto di sciopero nell'Ue assume un carattere quasi beffardo, se è vero che esso è operato per negarne

² L'art. 2 sancisce che l'Unione si fonda - anzitutto - sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e della tutela dei diritti umani, e là dove altresì ne riconosce la partecipazione ai valori - comuni agli Stati membri - del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e della parità tra donne e uomini. L'art. 3, comma 3, innova gli obiettivi dell'Unione con la formula dell'"economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale", oltre che a un elevato livello di tutela e al miglioramento della qualità dell'ambiente.

Quella formula si colora d'altra parte di una pregnanza anche operativa nella previsione dell'art. 9 del TFUE, per cui, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e delle sue azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale e la lotta contro l'esclusione. Ed l'analoga clausola orizzontale del Trattato, l'art. 10 del TFUE, conferisce all'Unione un pari dovere di *mainstreaming* con riguardo all'ampio ventaglio delle politiche antidiscriminatorie, che tagliano oramai trasversalmente l'intera sfera dell'azione sociale sopranazionale.

³ M. Monti, *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell'economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso*, Bruxelles, 9 maggio 2010, p. 73.

⁴ Significativo in questo senso è anche la non riproposizione della formula "economia di mercato aperta ed in libera concorrenza" se non all'art. 119 del TFUE, che apre il titolo VIII sulla politica economica e monetaria, confermando il suo declassamento da principio a valenza generale a principio di settore, caratterizzante, cioè, la sfera di competenze legislative e di azione alla quale è specificamente riferito.

⁵ 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*, svoltosi a Perugia il 25 e 26 marzo 2011.

la possibilità di esercizio”, confermando che il pieno riconoscimento dei diritti fondamentali di azione e negoziazione collettiva, operato dalla Carta di Nizza, è considerato solo formalmente dalla Corte di Giustizia e, in buona sostanza, solo per abbassare la soglia di tutela già accordata, in passato, a quei medesimi “interessi sociali”⁶. Anche negli sviluppi successivi mostrati dalla sentenza *Commissione c. Germania*, benchè con una logica di giudizio senza dubbio più coerente col modello del bilanciamento di interessi di pari rilievo costituzionale, la Corte ha finito per assegnare una sostanziale prevalenza alla puntuale disciplina sopranazionale di settore della libertà economica. Ciò che appare maggiormente incoerente in questa giurisprudenza è che essa risulta sostanzialmente distonica rispetto alle indicazioni ricavabili, in sede comparata, dalle (pur assai diverse) tradizioni costituzionali degli Stati membri, oltre che, ora, rispetto alla linea di equilibrio (ed autentico bilanciamento) che emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul contenuto di tutela dell’art. 11 della Convenzione di Roma⁷. Alla luce di ciò, il rapporto tra Carta dei diritti e competenze sociali dell’UE suscita, come detto, preoccupazioni tra i giuristi del lavoro, proprio perché “il livello di integrazione della Carta dei diritti nel quadro istituzionale previsto dal Trattato” è ancora basso o prudente. Tale relazione è, infatti, esplicitamente ancorata ad un “generale principio di non interferenza”, oltre che a criteri formali di ripartizione e, “contraddittoriamente, ad un principio di separazione”.

In riferimento alle operazioni di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche fondamentali della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia⁸, non sembra possibile argomentare che ci si trovi di fronte ad un quadro radicalmente mutato, se non altro perchè il riconoscimento dei diritti sociali sembra più formale, in omaggio al loro riconoscimento in un atto avente valore “costituzionale” sovranazionale, piuttosto che realmente ponderati alla stregua di principi fondanti il progetto europeo.

In tema di diritti dei lavoratori queste argomentazioni sembrano essere avvalorate da recenti opinioni degli Avvocati generali della Corte di Giustizia, che sembrano esortare la Corte ad una presa di posizione più coraggiosa nei confronti del riconoscimento del valore sociale dell’Unione.

⁶ V. Angiolini, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI [a cura di], *Libertà economiche e diritti sociali nell’Unione europea*, Roma, 2009, pp. 51 ss.

⁷ Si fa riferimento alle note sentenze della Corte europea dei diritti dell’uomo nei casi *Demir e Baykara c. Turchia*, del 12 novembre 2008, e *Eneryi Yapi, Yol Sen c. Turchia*, del 21 aprile 2009, ove la Corte di Strasburgo ha elevato al rango di diritti fondamentali garantiti dall’art. 11 della Convenzione di Roma il diritto di negoziazione collettiva ed il diritto di sciopero, in quanto corollari inscindibili della libertà di associazione sindacale.

⁸ Tema tra i più criticati da gran parte della dottrina giuslavorista, tra i molti scritti si segnalano qui F. Dorssemont, *The Right to Take Collective Action v. Fundamental Economic Freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, in M. De Vos (ed.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes*, Antwerp, 2009, pp. 45 ss. ; A. Somek, *The Social Question in a Transnational Context*, paper presentato l’8 ottobre 2010 nell’ambito del ciclo di seminari su *Market Integration, EU Law and Social Conflicts*, organizzato presso la London School of Economics and Political Science (p. 6 del dattiloscritto).; G. Giugni, *Diritto sindacale* (aggiornato da L. BELLARDI, P. CURZIO e M.G. GAROFALO), Bari, 2010, pp. 231 ss.

Si può fare riferimento, in tal senso, alle conclusioni dell'avv. Generale Trstenjak presentate nel caso *Commissione europea contro Repubblica federale di Germania*⁹, dove si afferma che “con il Trattato di Lisbona – nel caso di specie non rilevante *ratione temporis* – è stato oltremodo rafforzato il nesso del diritto di negoziazione collettiva con il diritto primario, visto che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è stata dichiarata giuridicamente vincolante dall'art. 6 TUE. Attraverso questo generico richiamo alla Carta il diritto di negoziazione collettiva di cui all'art. 28 della medesima Carta viene ora espressamente sussunto nell'alveo del diritto primario”.

Ancor più esplicite le affermazioni dell'Avv. Generale Villalón¹⁰ rese in materia di rapporto tra distacco dei lavoratori e libera prestazione dei servizi in cui sostiene:

“Ciò nondimeno, a partire dal 1 dicembre 2009, data in cui è entrato in vigore il Trattato di Lisbona, si deve tener conto di varie disposizioni di diritto primario in materia sociale che interessano l'ambito delle libertà. In concreto, il distacco di lavoratori, nei limiti in cui può modulare l'intensità della libera prestazione dei servizi, deve essere interpretato alla luce delle disposizioni sociali introdotte dal citato Trattato. Difatti, l'art. 9 TFUE contiene una clausola trasversale di protezione sociale che obbliga le istituzioni a prendere in considerazione le «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». Tale esigenza viene formulata dopo la dichiarazione, contenuta nell'art. 3, n. 3, TUE, che la costruzione del mercato interno si concretizza attraverso politiche basate su «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale (...).

Tale mandato sociale si riflette ancor più nitidamente nell'art. 31 della Carta dei diritti fondamentali, testo che ora è entrato a far parte del diritto primario dell'Unione e in cui si dichiara che «[o]gni lavoratore ha diritto a condizioni di lavoro sane, sicure e dignitose». Tra le condizioni enunciate è prevista una garanzia relativa alla durata del lavoro, ai periodi di riposo e alle ferie annuali che illustrano, sebbene non in modo esaustivo, un regime minimo di tutela a favore del lavoratore”.

⁹ Conclusioni dell'avv. Generale Verica Trstenjak C-271/08, paragrafo 79

¹⁰ Conclusioni dell'avv. Generale Pedro Cruz Villalón presentate il 5 maggio 2010 - Causa C-515/08, Santos Palhota e a., paragrafi 51 e 52

L'impostazione dell'avv. Generale sembra confermare che la valutazione di ragionevolezza attraverso il test di adeguatezza, necessità e proporzionalità, nelle operazioni di ponderazione giudiziaria tra diritti e libertà rimane valida ed invariata, quel che cambia, deve essere invece, il peso ponderale specifico a favore della tutela del lavoro posto¹¹ che:

“L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi d'interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi ad una mera deroga ad una libertà, né, tantomeno, dinanzi ad una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza. Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo obbligatoriamente un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva. Detta tesi, suffragata dai nuovi precetti dei Trattati poc'anzi ricordati, trova espressione, nella pratica, nell'applicazione del principio di proporzionalità”.

E conclude sostenendo che:

“Perciò, le misure di carattere sociale controverse dello Stato ospitante, per poter essere giustificate nei termini poc'anzi esposti, devono risultare idonee a garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non devono andare oltre quanto risulti necessario per realizzare il detto obiettivo. Tale criterio di proporzionalità, che la Corte di giustizia ha applicato regolarmente nella giurisprudenza in materia di libertà fondamentali, è comunemente conosciuto come, rispettivamente, il test dell'adeguatezza e della necessità.

Occorre pertanto stabilire se le misure controverse costituiscano una restrizione della libera prestazione dei servizi, e, successivamente, in caso di

¹¹ Ne consegue che in tutti settori della politica sociale (eccezion fatta per la «lotta contro l'esclusione sociale» e la «modernizzazione dei regimi di protezione sociale», settori in cui le istituzioni europee possono solo «adottare misure destinate a incoraggiare la cooperazione tra Stati membri attraverso iniziative volte a migliorare la conoscenza, a sviluppare gli scambi di informazioni e di migliori prassi, a promuovere approcci innovativi e a valutare le esperienze fatte, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri» [art. 153, § 2, lett. a), TFUE]), le autorità dell'Unione potranno scegliere fra il “diritto debole” e la “regola forte”, lasciando che sia il criterio di proporzionalità a definire l'alternativa. In questo senso A. Alaimo-B. Caruso, Dopo la politica i diritti: l'Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona, in WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona” .INT- 82/2010.

risposta affermativa, si dovrà valutare se esse siano giustificate applicando il controllo di proporzionalità. Tale analisi deve essere effettuata in maniera individuale, esaminando separatamente ognuna delle misure in questione, e alla luce di un parametro di controllo che, in applicazione del Trattato, risulti particolarmente sensibile rispetto alla protezione sociale del lavoratore”.

L’Avv. Generale , sostiene dunque, che nel bilanciamento che la Corte deve operare, essa debba valutare in termini di assoluta equiparabilità le libertà fondamentali e la protezione sociale del lavoratore, posto che non si possono usare due pesi e due misure per due valori entrambi “costituzionalizzati” dal Trattato di Lisbona.

Benchè ci siano, dunque, segnali di valorizzazione della dimensione sociale dell’Unione rimangono alcuni elementi, determinanti, ancora irrisolti. Anzitutto l’approccio regolativo alla dimensione sociale permane quello di tipo *soft* (il metodo del coordinamento) e questo si associa alla permanenza di alcuni *deficit* di competenze, nonché alla mancata indicazione di criteri di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, ed infine alla compresenza (irrisolta in mancanza di un adeguato bilanciamento giudiziale) delle due nozioni di economia sociale e di economia di mercato.¹²

Come si è già detto più volte, a tale proposito può ribadirsi, che la rilevata dimensione vaga e flessibile¹³ del rapporto tra politiche sociali, competenze dell’Unione e diritti sociali, lascia aperti ampi spazi ad operazioni di bilanciamento e di integrazione da parte dei giudici, che se da un lato, possono favorire il dialogo tra Corti, dall’altro rischiano di lasciare troppi margini di manovra ad interpretazioni restrittive da parte della Corte di Giustizia. Ciò in ragione del fatto che le libertà fondamentali (anche quelle economiche) e i diritti nell’ordinamento europeo, si fondano sull’autorevolezza, e non sull’autorità; si impongono non in ragione di una intrinseca assolutezza ma attraverso operazioni, “miti”, di bilanciamento in caso di conflitto tra di essi; attraverso il criterio di ragionevolezza (con i corollari della proporzionalità, adeguatezza e necessità). Proprio il metodo del bilanciamento postula, infatti, la commensurabilità di ognuno di essi , la relatività e, dunque, la non assolutezza.

Anche il progetto di adesione alla Cedu sembra mantenere le perplessità circa una effettiva tutela più garantista dei diritti sociali in ambito europeo.

Come si è argomentato, infatti, benchè la giurisprudenza di Strasburgo ammetta un certo livello di garanzia dei diritti sociali, questo rimane frammentario e fortemente legato alla

¹² Si veda in questo senso B. Caruso, I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve) in WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona” .INT – 81/2010

¹³ L.S. Rossi, *How Fundamental are Fundamental Principles? Primacy and Fundamental Rights after Lisbon*, Year. Eur. Law, 2009, 27, pp. 65 ss.

possibilità di interpretazione evolutiva del dettato convenzionale, senza contare l'assenza di un obbligo di interpretazione conforme della giurisprudenza EDU da parte della Corte di Giustizia. Inoltre, l'assenza di riferimenti allo strumento naturale di ricognizione dei diritti sociali, la CES, concorre a confermare l'ipotesi che neppure l'adesione possa incidere significativamente sul livello di giustiziabilità dei diritti sociali in Europa.

Alla luce di queste osservazioni deve argomentarsi che non è corretto sostenere che l'Unione Europea non abbia sviluppato una sua politica sociale. Quello che certamente è vero è che essa appare altamente frammentaria: benchè nell'ambito delle politiche del lavoro e della lotta alla discriminazione (*latu sensu* intesa) la normativa europea offra, infatti, ampi spazi di tutela, ci sono ambiti in cui questa rimane strettamente legata alla valutazione offerta in sede di bilanciamento da parte della Corte di Giustizia, mancando una normativa *ad hoc*. Il riconoscimento dei diritti sociali nel paradigma comunitario attraverso il loro riconoscimento nella Carta dei diritti fondamentali, non sembra, infatti da solo, essere sufficiente a garantir il loro ricollocamento nella scala gerarchica dei valori costituenti l'Unione europea. La giurisprudenza mostra, infatti, le resistenze della Corte nei confronti di un "bilanciamento sociale", rispetto alle esigenze di tutela e garanzia del mercato unico.

In particolar modo, la ricostruzione di molte categorie di servizi destinati al sociale, nell'alveo delle politiche e normative sulla libera prestazione dei servizi rischia di non valorizzare e, di conseguenza, non tutelare interessi che sfuggono alle regole della libera concorrenza e che pur tuttavia sono riconosciuti dal testo e dallo spirito del Trattato di Lisbona. Intendiamo riferirci a quella importante linea di giurisprudenza che, dal *leading case Martínez Sala* sino alla recente sentenza *Zambrano*, ha straordinariamente ampliato la sfera dei diritti di accesso transnazionale ad un'ampia gamma di prestazioni assistenziali e previdenziali degli Stati membri, includendovi, anche, i cittadini europei economicamente non attivi che versino in condizioni di bisogno sociale, abbozzando una sorta di "solidarietà sociale europea"¹⁴. All'apparenza, questa giurisprudenza segna un momento di affrancamento dalla logica del mercato, il superamento della concezione rigidamente funzionalizzata, propria dei Trattati originari, che vuole la libertà di circolazione delle persone, col conseguente accesso ai sistemi di protezione sociale degli Stati membri, limitata ai soggetti economicamente attivi nella veste di lavoratori subordinati o autonomi.

Eppure, come è stato efficacemente scritto, "è la logica formale delle libertà economiche a nascondersi dietro le apparenze della logica sostanziale delle obbligazioni solidaristiche, che

¹⁴ Cfr. M. Ferrera, *Social Citizenship in the European Union: Toward a Spatial Reconfiguration?*, in CH. K. Ansell, G. Di Palma (eds.), *Restructuring Territoriality. Europe and the United States Compared*, Cambridge, 2004, pp. 90 ss.; M. Paci, *Welfare State e solidarietà sociale di fronte alla sfida della regionalizzazione e dell'Unione europea*, in G. Bronzini (a cura di), *La prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2009, pp. 21 ss.

sono fondate su beni collettivi e non su diritti individuali, e che sono connotate da relazioni multilaterali complesse governate dai principi della giustizia distributiva e non da quelli della giustizia commutativa”¹⁵. Un modello sociale che, in quanto basato essenzialmente sul principio di non discriminazione, se assicura il libero accesso transnazionale al mercato dei servizi, anche sociali, e finanche alla sfera più interna delle prestazioni assistenziali, non si misura con i risultati distributivi, in termini appunto di “giustizia sostanziale”, che l’apertura di tali spazi di solidarietà viene a determinare. Una siffatta logica, che prefigura “un ordine normativo sociale di diritti senza doveri corrispondenti”¹⁶, rischia, tuttavia, di alterare i delicati equilibri distributivi realizzati dai legislatori nazionali.

La solidarietà transnazionale tra cittadini dell’Unione, in tal modo promossa dalla Corte, si ispirerebbe, così, alla medesima filosofia individualistica che impronta la giurisprudenza sulle altre libertà fondamentali del Trattato: è l’“individualismo” – come ha scritto Alexander Somek¹⁷ – a spiegare, in tale prospettiva, la “sostanza” della cittadinanza europea, quale emerge da questa giurisprudenza. È stato infatti autorevolmente detto che, con tale giurisprudenza, “nel nome della solidarietà transnazionale, la Corte ha indebolito o eliminato il controllo dello Stato nazionale sull’equilibrio tra apporto contributivo e prestazioni e sui confini della generosità statale”¹⁸, rompendo la relazione tra diritti e doveri e il connesso legame di reciprocità che dà legittimità democratica alle forme di redistribuzione sociale attuate dai sistemi nazionali di *welfare*. Per cui solo recuperando un tale equilibrio, una tale condizione di reciprocità, attingibile in quanto tale solo dal processo politico democratico, potrebbe realizzarsi una vera forma di solidarietà sociale europea. La critica è probabilmente eccessiva nella sua radicalità, in quanto sovrastima i concreti effetti della giurisprudenza della Corte. Essa mette tuttavia a nudo un’indiscutibile debolezza dell’impianto concettuale di tale giurisprudenza, che anche nei casi in cui vengono in rilievo basilari prestazioni di cittadinanza sociale in favore di cittadini europei in stato di bisogno, finisce per incorporare la medesima logica che sottende all’applicazione delle libertà economiche fondamentali, con la “surrettizia mercatizzazione” dell’accesso transnazionale al *welfare* che si è poc’anzi segnalata.

Il filo conduttore di questa critica è che la correzione delle asimmetrie tra l’integrazione guidata dalle logiche del mercato e l’indebolimento degli ambiti – ancora essenzialmente

¹⁵ A.J. Menedez, *European Citizenship*, cit., p. 29.

¹⁶ H.-W. Micklitz, *Judicial Activism*, cit., p. 26.

¹⁷ A. Somek, *The social question in a transnational context*, LEQS Paper No. 39/2011 June 2011.

¹⁸ F.W. Scharpf, *The Double Asymmetry of European Integration. Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, n. 09/12, p. 29, e *Legitimacy in the Multilevel European Polity*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, n. 09/1, spec. p. 26.

nazionali – di soddisfacimento delle istanze di protezione sociale, per quanto agevolata e in un certo senso sollecitata dai nuovi complessivi equilibri costituzionali raggiunti con il Trattato di Lisbona, non può essere conseguita affidandosi alla sola opera della giurisprudenza ed alle virtù del dialogo tra le Corti.

2. Una conclusione ancora da scrivere

L'analisi che si è condotta in questo studio, dimostra, dunque, che l'ordinamento dell'Unione, benchè fortemente incentrato sulle politiche economiche e di mercato mostri, “a tratti”, un'attenzione per la tutela dei diritti sociali.

In questo contesto, come ampiamente argomentato, il principale ostacolo alla creazione di una Unione sociale o di quello che viene definito modello sociale europeo rimane, ancora oggi, la volontà degli Stati di non cedere competenze all'Unione in materia di politica sociale. I motivi di tale ritrosia, argomentati nella trattazione, non certamente criticabili nella loro totalità, rischiano, tuttavia, di mantenere uno *status quo* destinato a provocare inevitabili ripercussioni, in ordine al mantenimento degli standard sociali raggiunti nel XX secolo dagli Stati membri, già largamente osservabili nel presente dell'Unione.

Da un lato, appare evidente come i modelli sociali dei paesi membri siano, attualmente, insufficienti a fronteggiare situazioni di crisi, quale quella attualmente in corso. L'insufficienza di coordinamento dei modelli statali di *welfare* rende, infatti, pressochè impossibile una valutazione concreta di quale sia lo standard minimo sociale richiesto, in concreto, all'interno dell'area euro e di come il modello sociale debba modularsi per fronteggiare i cambiamenti economico-sociali internazionali.

Se da un lato l'Unione si preoccupa di “mantenere in ordine i conti” dei paesi membri, pecca nel richiedere una sottomissione di tutte le politiche nazionali a questa esigenza.

Gli esempi in questo senso, purtroppo, nel momento attuale sembrano sprecarsi (si vedano i piani di salvataggio della Grecia e il nuovo patto di bilancio)¹⁹.

Senza volersi qui addentrare in argomentazioni complesse di tipo macro economico e finanziario²⁰, appare agli occhi di tutti l'insufficienza di un modello economico fondato sul

¹⁹ Il cosiddetto “fiscal compound” firmato lo scorso 2 marzo 2012 dal Consiglio dei Ministri dell'Ue con l'eccezione della Gran Bretagna e della Repubblica Ceca, ed attualmente al vaglio per le ratifiche dei Parlamenti nazionali. Il patto, che ha la veste di un trattato intergovernativo, non si applicherà che ai paesi Eurozona e a tutti quelli che, avendolo sottoscritto oggi, ne faranno parte in futuro.

²⁰ Si vedano in questo senso tra gli altri: F. Cavazzuti, La crisi finanziaria: nuovi o vecchi confini tra il mercato e lo stato sociale?, in *Politica economica, Quadrimestrale di studi e ricerche per la politica economica*, Anno 2009, fasc. p. 5-30; *Crisi finanziaria e sviluppo economico*, in *Italianieuropei*, bimestrale del riformismo italiano, Anno 2009, fasc. 1 p. 8-55, *Dossier La crisi globale perchè ha origine nella globalizzazione* (G.

rigoroso parametro di rispetto dei mercati finanziari e della crescita economica, dissociato da una analisi concreta delle situazioni riguardanti le effettive condizioni di vita dei cittadini e delle conseguenze che il rimodellamento del mercato unico, inevitabilmente, ha creato e crea nel tessuto sociale Europeo.

Appare quantomeno evidente, come l'attuale crisi economica abbia mostrato all'Europa intera quanto i sistemi nazionali, pressati verso l'integrazione dei mercati, sia sul piano regionale che internazionale, non riescano a fronteggiare il cambiamento, senza una adeguata struttura sociale che possa assorbire i mutamenti sovranazionali ed internazionali.

Ad oggi, l'assenza di regole uniformatrici nell'ambito della regolazione sociale, mostra l'inefficacia di un sistema che si fonda solo sulle regole del mercato, e come l'integrazione economica sia un miraggio, senza quella sociale.

Benchè il Trattato di Lisbona avesse aperto alla costruzione dell'Europa sociale²¹ e al riequilibrio tra mercato e diritti, sembra che la crisi economico-finanziaria globale, attualmente crescente sul fronte europeo, abbia fatto dimenticare ai signori dei Trattati i nuovi obiettivi sociali fissati da Lisbona, rischiando di perdere ancora una volta l'occasione per un riequilibrio sociale sostenibile²², a fronte di un mero riformismo fiscale.

Tremonti), Un modello di sviluppo dell'economia italiana? (G. Toniolo), Oltre la crisi finanziaria: prospettive e politiche per l'industria italiana (A. Bianchi), Quanto puntare sulle infrastrutture? (A. Boitani), Le grandi scelte nelle telecomunicazioni (C. Antonelli), Istruzione e formazione all'appuntamento con la crisi (F. Farinelli); Forza e debolezza: l'Europa a metà in Aspenia, Rivista di Aspen Institute Italia, Anno 2009, fasc. 45 p. 48-157, Dossier L'illusione nazionale (S. Fagiolo), L'impero benevolo (P. Hassner), L'Europa della paura (D. Moisi), L'economia occidentale: declino o trasformazione? (J. Quinlan), La mezza delusione Merkel (B. Romano), Provinciale ma resistente: il caso italiano (G. De Rita), L'iperpresidente e la febbre francese (R. Brizzi), La pesante eredità di Gordon Brown (E. Butler), La fine del sorpasso spagnolo (C. Powell), Il ritorno dell'asse franco-tedesco (R. Perissich), L'euro: scudo o camicia di forza? (L. Bini Smaghi), Addio euro? (G. Prins), La crisi sociale (P.C. Padoan), I dilemmi della mobilità (E. Recchi, F. Pastore), Immigrazione: le scelte europee (H. Brady).

²¹ Si veda in tal senso la possibilità di richiedere un intervento legislativo dell'U.E. su singole *issues* attraverso una raccolta di firme a livello continentale, attraverso il meccanismo previsto dall'art. 11 TUE. Si tratta di una preziosa conquista democratica (a breve dovrebbe essere approvato il Regolamento per la raccolta di firme) che la seconda Convenzione aveva all'epoca elaborato in un'ottica di avanzamento verso la costituzionalizzazione dell'U.E. e che il *Lisbon Treaty* ha salvaguardato pur non denominandola più come 'democrazia partecipativa'. Se la società civile europea saprà attivare una convincente e coordinata campagna 'dal basso' su temi strategici nella prospettiva di un'Europa 'politica, democratica e sociale' (cittadinanza europea di residenza, reddito garantito a responsabilità U.E., libertà di accesso ai beni comuni, libertà di informazione, gratuità ed apertura di Internet, *Tobin tax* europea, ricorso diretto alla Corte di giustizia per la violazione dei diritti fondamentali etc. etc.), il Trattato di Lisbona avrà segnato davvero un momento di passaggio storicamente cruciale per costruire un autentico sistema di solidarietà paneuropea²¹.

In questo senso si veda Allegri G., La partecipazione dopo Lisbona in www.europeanrights.com, Marzo 2010; per un ragionamento complessivo sulla mobilitazione dal basso per un'altra Europa che sappia sfruttare tutte le potenzialità del Trattato di Lisbona si vedano i saggi raccolti nel volume Valinoto N., Vannucini S., Europa 2.0 prospettive ed evoluzione del sogno europeo, Verona 2010.

²² È tristemente ironico ricordare come i primi progressi sociali in sede europea, si siano manifestati durante il periodo della "Crisi del Petrolio" (1974), allorché il Consiglio varò il primo programma d'azione sociale.

I Signori dei Trattati paiono, sovente, dimenticare che il modello dell'integrazione sociale attraverso il mercato, sia un paradigma insufficiente, e in qualche modo perdente senza i necessari correttivi.

La storia ciclicamente dimostra come i cambiamenti economico finanziari, attualmente ingigantiti dalla situazione di globalizzazione (che pure non appaiono dissimili da eventi quali il Crollo dell'Impero Romano, la caduta di Alessandro Magno, quella di Napoleone, la fine delle Polis Greche ecc., eventi che, tristemente,

L'assenza di coordinamento dei sistemi nazionali di *welfare* comporta, infatti, una differenziazione di modelli di tutela dei singoli diritti sociali sia negli ordinamenti nazionali che a livello di Unione. In particolare, sul fronte sovranazionale, si riscontra una sostanziale differenza nel riconoscimento dei diritti sociali rispetto a quanto avviene per le garanzie in materia di diritti civili e politici, con particolare attenzione per le quattro libertà economiche, ed alle tematiche legate alla cittadinanza. Infatti, la tutela in concreto, la giustiziabilità di tali diritti, si fonda, ancora, sulla garanzia di posizioni soggettive tutelate sulla scorta del principio di non discriminazione, nell'ampia accezione fornita dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, ma non sul riconoscimento della loro fundamentalità intrinseca quali valori supremi dell'ordinamento dell'Unione.

L'analisi condotta evidenzia come la recente giurisprudenza della Corte di Giustizia sia un fattore rilevante nel fenomeno di de-territorializzazione dei sistemi nazionali di *welfare*, ovvero di parziale perdita del controllo territoriale degli Stati membri sulle regole che presiedono alla attribuzione dei diritti e alla produzione dei corrispondenti servizi.

Attraverso la qualificazione come servizi, e pertanto soggetti ai principi di libera circolazione stabiliti dall'art. 56 del TFUE, delle prestazioni erogate dai sistemi sanitari nazionali e, dalle stesse assicurazioni sociali obbligatorie gestite dagli enti previdenziali pubblici, questa giurisprudenza produce, infatti, seppure in termini allo stato più attenuati di quanto non valga per il distacco transnazionale dei lavoratori, un analogo effetto di de-territorializzazione, oltre che di potenziale liberalizzazione e di apertura al mercato di tali servizi. Si è per tal via venuto formando, uno spazio redistributivo europeo nel quale l'accesso transnazionale alle prestazioni di *welfare*, oltre ad essere de-nazionalizzato sulla scorta del principio di non discriminazione *ex art.* 18 del TFUE, è divenuto anche sostanzialmente de-territorializzato, ben oltre i limiti stabiliti dalla normativa secondaria di coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale.

dimostrano come l'assenza di coesione sociale non possa reggere all'allargamento indiscriminato dei confini e dei mercati), necessitano di un tessuto sociale in grado di assorbire i cambiamenti.

Senza volersi qui soffermare sull'aspetto politico/filosofico di queste argomentazioni, ci sia permesso di ricordare che gli obiettivi del patto di stabilità a nulla valgono se i cittadini degli Stati membri vedono diminuire progressivamente la capacità dei propri sistemi interni di garantire loro condizioni di vita superiori.

In fondo, di questo si tratta, la promessa dell'Unione europea è sempre stata quella di una maggiore qualità della vita attraverso l'espansione dei mercati, per *assicurare, mediante un'azione comune, il progresso economico e sociale dei loro paesi, eliminando le barriere che dividono l'Europa, allo scopo essenziale del miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione dei loro popoli.*

Queste considerazioni, alla luce anche di quanto è odiernamente sotto gli occhi di tutti, portano alla necessaria conclusione che il paradigma europeo vada rivisto. È tempo che anche le politiche sociali si confrontino e si integrino. Non è possibile sostenere la tesi euroscetticista di quanti sostengono che il *revival* degli Stati nazionali sia la soluzione a tutti i mali.

L'odierno tasso di, globalizzazione (nozione delle può abusate nell'ultimo quinquennio), certamente dato acquisito e fattore determinate, impone un ripensamento rispetto ai paradigmi fondanti l'Unione. Se l'Unione vuole vincere la sfida della crisi deve investire nel sociale, perché solo una struttura sociale coesa e funzionante può garantire produttività, crescita ed in definitiva il "il sogno Europeo".

L'applicazione dei termini classici del bilanciamento delle libertà economiche, tanto in tema di conflitto collettivo e libera prestazione di servizi, quanto in tema di accesso *cross-border* ai diritti sociali, appare infatti, ancora costretta dentro un paradigma normativo che programmaticamente esclude dal proprio orizzonte i problemi di giustizia distributiva sostanziale e, dunque, di solidarietà sociale. Quello accolto dalle Corti è, infatti, un modello “non già di giustizia sociale sostanziale, ma di accesso alla giustizia [*access justice*]. Il quale non è più dominato dalla logica della solidarietà e dei diritti collettivi.”²³

Proprio per tali ragioni, le risposte sinora espresse dall'Unione per contrastare gli effetti della crisi economico- finanziaria manifestano una grande debolezza, prima di tutto progettuale, proprio sul versante del coordinamento delle politiche sociali nazionali e del loro necessario ancoraggio – del tutto assente anche come prospettiva ideale – ad autentiche forme di solidarietà sociale organizzate e almeno in parte finanziate a livello europeo²⁴.

È tuttavia doveroso sottolineare che, proprio l'attuale crisi economica in corso sembra aver rinvigorito il dialogo europeo sul tema dello sviluppo sostenibile e della crescita, in particolar modo i leader europei, preoccupati dai tassi di disoccupazione sempre più elevati in area euro, hanno approvato alcune iniziative al fine di rilanciare le politiche occupazionali soprattutto quelle dedicate ai giovani. Alla vigilia del Consiglio di gennaio (2012) la premier danese Helle Thorning-Schimdt, il cui paese detiene la presidenza di turno dell'Ue, ha, infatti, ricordato che il Patto di bilancio e le misure per la crescita “sono interconnesse, ed è importante che siano discussi durante la stessa riunione” dei capi di Stato e di governo dell'Ue, perché, se è vero che “tutti gli Stati membri devono avere un bilancio in equilibrio”, servono anche, iniziative a favore dell'occupazione e del rilancio economico, ed è per questo che “è importante che i leader Ue capiscano che si tratta di due facce della stessa medaglia”.

Le iniziative attualmente in discussione, puntano, nuovamente, sulla riforma del mercato del lavoro posto che, come ha recentemente affermato il presidente della Banca Centrale Europea, Mario Draghi, in un'intervista al Wall Street Journal, il modello sociale europeo “è superato alla luce dell'elevata disoccupazione giovanile e i paesi europei devono varare urgentemente riforme strutturali per liberalizzare il settore dei beni e dei servizi e rendere il mercato del lavoro più flessibile ed equo”. L'introduzione di regolamentazioni nuove e più

²³ Come ha osservato H.-W. Micklitz, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Model in Anti-discrimination and Consumer Law*, in U. Neergaard, R. Nielsen, L. Roseberry (eds.), *The Role of Courts in Developing a European Social Model*, cit., pp. 25 ss.,

²⁴ Cfr. le giuste osservazioni critiche di B. Hacker e T. Van Treeck, *What Influence for European Governance? The Reformed Stability and Growth Pact, the Europe 2020 Strategy and the European Semester*, Friedrich Ebert Stiftung – International Policy Analysis, December 2010, nonché B. Hacker, *Discussion Paper: A European Social Stability Pact*, Friedrich Ebert Stiftung – International Policy Analysis, December 2008, per alcune proposte nel senso di uno specifico rafforzamento delle forme di coordinamento delle politiche sociali con l'impiego di strumenti (anche finanziari) di sostegno europeo.

leggere per il lavoro sarebbe necessaria perché, così come è oggi, si viaggia a due velocità. Un mercato molto flessibile per i giovani che hanno contratti di tre o sei mesi che possono venir rinnovati per anni e che si associano ad alti tassi di migrazione giovanile (sia intra che extra comunitaria) e altamente inflessibile per la parte protetta della popolazione, dove i salari riflettono più l'anzianità che la produttività.

Questi dati sono importanti soprattutto letti in relazione alla dichiarazione approvata dal Consiglio europeo del 30 gennaio 2012, in cui sembra finalmente scorgersi la presa di coscienza europea nei confronti della difesa dei modelli sociali del vecchio continente; i capi di governo, riuniti a Bruxelles hanno infatti, sottolineato che “sono state prese decisioni per assicurare la stabilità finanziaria e il risanamento di bilancio, condizione necessaria per tornare a un livello più elevato di crescita strutturale e occupazione. Ma la cosa non è in sé sufficiente: dobbiamo modernizzare le nostre economie e rafforzare la nostra competitività per assicurare una crescita sostenibile. Ciò è essenziale per creare posti di lavoro e preservare i nostri modelli sociali ed è al centro della strategia Europa 2020 e del Patto Euro Plus²⁵. Questi sforzi devono essere compiuti in stretta cooperazione con le parti sociali, nel rispetto dei sistemi nazionali degli Stati membri. Crescita e occupazione riprenderanno solo se seguiamo un approccio coerente e ampio, combinando un risanamento di bilancio intelligente che preservi l'investimento nella crescita futura, politiche macroeconomiche sane e una strategia attiva per l'occupazione che preservi la coesione sociale”²⁶.

La scommessa è difficile, ma forse ancora non impossibile: occorre controllare la spesa pubblica, per riportarla a livelli accettabili, senza rinunciare a favorire la crescita economica e senza mettere in crisi le conquiste sociali che costruiscono tradizione e fondamento delle società nazionali europee.

Benchè le affermazioni istituzionali suonino come alti impegni nei confronti del “riequilibrio sociale europeo” le recenti misure adottate in concreto sembrano essere di segno opposto, o quasi.

²⁵ Il Patto Euro Plus è stato firmato durante il Consiglio del 24 e 25 marzo 2011. Esso impegna i sottoscrittori ad adottare tutte le misure necessarie per stimolare la competitività e l'occupazione, concorrere ulteriormente alla sostenibilità delle finanze pubbliche e rafforzare la stabilità finanziaria. Nella sostanza, il Patto Europlus associa la definizione obiettivi comuni (in parte focalizzati su Europa 2020), impegni temporali concreti e alcune novità sul controllo a livello politico.

²⁶ In questo senso le Conclusioni del Consiglio dell'Ue, del 30.1.2012. A tal proposito devono, tuttavia, sottolinearsi le forti critiche espresse dalla confederazione dei sindacati europei sull'accordo sul Fiscal Compound. Il segretario generale della Confederazione Europea dei Sindacati, Bernadette Ségol, ha dichiarato: "Il presente trattato può rassicurare la cancelliera Merkel ed i suoi amici politici, ma non i milioni di lavoratori disoccupati, poveri o precari che in Europa sono in attesa di un sostegno determinante da parte delle istituzioni dell'UE . Per questo motivo siamo contrari: i piani per riequilibrare i conti pubblici devono affrontare, in via prioritaria, la questione della crescita sostenibile. L'usterità sta uccidendo la crescita e l'occupazione. Ciò di cui abbiamo veramente bisogno è un patto sociale per dare un nuovo impulso all'Unione europea e ripristinare la fiducia dei suoi lavoratori e cittadini ".

Sono particolarmente istruttivi, al riguardo, gli atti finalizzati, nell'ambito del c.d. "Semestre europeo", a orientare le scelte strategiche dei Paesi membri in materia di politica economica e di bilancio: la recente Raccomandazione del Consiglio sul Programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e sul Programma di stabilità 2011-2014 promuove misure di affievolimento delle tutele tradizionali del rapporto di lavoro subordinato, includendo fra "le misure intese a combattere la segmentazione del mercato del lavoro" la revisione di "aspetti specifici della legislazione a tutela dell'occupazione, comprese le norme e le procedure che disciplinano i licenziamenti", ma anche misure di flessibilizzazione della retribuzione in rapporto alle condizioni locali o alla produttività della singola impresa. La novità è che non si promuove la "buona occupazione" nella logica di salvaguardare l'*acquis sociaux*: al contrario, l'Ue invita, pur con una certa cautela, a ridimensionare aspetti significativi del modello sociale, rimuovendo o comunque affievolendo misure tradizionali di protezione oggi divenute ostacoli per un più agile funzionamento del mercato del lavoro.

Tuttavia, appare sempre più evidente come non vi possa essere una politica sociale tendenzialmente "integrata" che non si raccordi ad una dimensione comune delle politiche economiche, fiscali e finanziarie, posto che in assenza di simili condizioni, il modello sociale europeo è messo sotto pressione sia nella sua dimensione sovranazionale, sia nei singoli assetti nazionali, secondo un processo di indebolimento "a cascata".

Come è stato efficacemente scritto "v'è l'impellente esigenza di un'Unione compiuta, che assuma come punti nevralgici non solo la moneta comune (che come si è visto è condizione necessaria ma non sufficiente a evitare devastanti fenomeni di crisi), ma una serie di strumenti di gestione e di controllo dell'economia e del debito pubblico, ispirati al principio di corresponsabilità di tutti gli Stati membri, entro un'architettura istituzionale democratica e che veicoli un modello di appartenenza alla cittadinanza europea"²⁷.

²⁷ Alcune riflessioni "programmatiche" sul futuro dell'Europa politica, molte delle quali ampiamente condivisibili, sono contenute in SPINELLI, *Un programma per l'Europa*, in *MicroMega*, 2011, n. 7, 9 ss.; v. anche le proposte operative di DELORS, *Serve il rigore, ma anche la crescita*, in *La Repubblica*, 24 novembre 2011, 36. Qualche timido passo in questa direzione pare scaturire dalle Conclusioni del Consiglio europeo di Bruxelles del 9 dicembre 2011 (reperibili all'indirizzo www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions?lang=en). L'intesa cui si è pervenuti, da attuarsi mediante Accordo intergovernativo da siglarsi nel prossimo mese di marzo - ma con l'*opt-out* della Gran Bretagna, ritornata all'antico ruolo di *leader* degli euroscettici - pur meglio strutturando l'assetto del Fondo salva-stati (destinato a confluire nell'*European Stability Mechanism*), appare tuttavia dire "troppo" sul versante delle restrizioni alle politiche nazionali di bilancio, sottoposte a controlli e meccanismi sanzionatori particolarmente rigidi, con il rischio di pesanti effetti recessivi di breve e medio periodo (cfr. MANASSE, *Ma la disciplina (tedesca) non è tutto*, 13 dicembre 2011, www.lavoce.info), e "troppo poco" sul lato dell'*humus* democratico entro cui si dispiegheranno le politiche economico-finanziarie sovranazionali, non risultando per nulla colmato il *deficit* di democrazia che da decenni caratterizza il progetto euro-unitario (cfr. MICOSI, *L'euro non si salva se non c'è democrazia*, in *La Repubblica - Affari & Finanza*, 12 dicembre 2011; ma v. anche AMATO, *L'intesa a 26 è ancora troppo debole*, in *Il Sole 24 Ore*, 11 dicembre 2011).

Come si è già ricordato, l'assenza di competenze sociali specifiche in capo all'Unione, rimane l'ostacolo maggiore all'integrazione sociale, e lo hanno dimostrato i fallimenti di armonizzazione *soft* quali quelli di OMC, appositamente previsti dalla Strategia di Lisbona, le politiche di *flexsecurity* e quelle in materia di istruzione, che scontano ancora il grave deficit di coordinamento sovranazionale.

La solidarietà trans nazionale, indispensabile al fine di creare ampie politiche di coordinamento sociale che possano calmierare le politiche di mercato, necessita di riforme, anzitutto politiche e quindi normative.

Perché l'Unione possa davvero diventare un'Unione sociale è necessario che essa ripensi radicalmente i propri principi fondanti e i propri obiettivi nonché le proprie regole di funzionamento. Il Trattato di Lisbona sembra concentrarsi sui primi due aspetti, senza però incidere in modo significativo sulle regole di funzionamento. Come detto, infatti, l'OMC e gli altri strumenti di *soft law* appaiono ancora come mezzi residuali, piuttosto che come metodologie efficaci di normazione alternativa. La mancanza di effettività e la conseguente mancanza di sindacabilità da parte della Corte di Giustizia, di questi tipi di *governance* lascia impregiudicato il paradigma economico europeo e non offre una vera alternativa per il riequilibrio sociale prospettato dal Trattato di Lisbona. La carenza di volontà politica istituzionale rispetto ad un concreto sviluppo del modello sociale europeo, attraverso il metodo normativo classico, appare ancora l'ultimo vero ostacolo ad un rimodellamento sociale dell'Ue. Senza contare che questi approcci di tipo soft non contribuiscono ad un dialogo virtuoso tra le Corti (di Giustizia, nazionali ed anche Europea dei diritti dell'Uomo) lasciando, dunque, invariati gli estremi del test di bilanciamento che la Corte di Giustizia è tenuta ad effettuare in materia di diritti fondamentali, e quindi anche sociali.

Indizi della necessità di un ripensamento dell'intero impianto sociale dell'Ue, si ricavano anche dal recente parere del Comitato economico e sociale europeo, sul tema Crescita e debito pubblico nell'UE: due proposte innovative²⁸, ove si legge infatti che “la strada per uscire dalla crisi, una crisi sistemica dell'Eurozona, non passa attraverso il ritorno agli egoismi nazionali o la riduzione dei diritti, ma piuttosto attraverso un cambio delle politiche economiche, il rilancio della competitività, il consolidamento dell'equità, della solidarietà e della coesione. Questo ristabilirebbe la fiducia dell'opinione pubblica nel progetto europeo e nella possibilità effettiva di ripristinare il modello sociale europeo, in comparazione ai rischi, per tutti, di una mancata risoluzione della crisi, che potrebbero portare ad una rottura ed al fallimento dell'idea stessa di Europa!”.

²⁸ Parere d'iniziativa presentato lo scorso 23 febbraio e approvato il 7 marzo 2012.

Ciò che emerge dall'analisi del panorama europeo in riferimento al riconoscimento e rafforzamento delle tutele sociali – anche e soprattutto al fine di fronteggiare i problemi connessi alla crisi finanziaria – è dunque, ancora, il carattere “nazionale” degli strumenti di contenimento della crisi, con l’eccezione della messa in opera del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione, del quale in effetti si sta facendo diffuso utilizzo²⁹. E infatti, se è pur vero che la solidarietà sociale benché innervata dal valore universalistico e inclusivo dell’eguaglianza sostanziale, – in quanto retta da vincoli di reciprocità e condivisione – è sempre connotata da una dimensione particolaristica, storicamente sostanziata, in Europa, nella delimitazione della sfera di operatività delle istituzioni del *welfare* entro i confini nazionali, proprio la ridefinizione dei confini territoriali, degli ambiti spaziali della solidarietà sociale, in atto oggi all’interno dell’Unione europea, va ad incidere sulle strutture portanti del *welfare state* del Vecchio Continente, riconfigurando in profondità il rapporto tra il processo di integrazione e lo Stato sociale in Europa.

Ciò non significa che lo Stato nazionale debba perdere il proprio ruolo, posto che lo Stato nazionale è e rimarrà sempre – anche nell’ambito di un potenziamento delle funzioni di coordinamento o addirittura di diretta attività redistributiva dell’Unione – il luogo elettivo della costruzione della solidarietà sociale in Europa, il suo necessario fondamento o radicamento territoriale. Tuttavia, se l’Unione riconoscesse e garantisse i diritti inviolabili dell'uomo, sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità, e richiedesse l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale non solo ai suoi Stati membri, ma anche alle sue stesse istituzioni, attraverso l’approntamento di un sistema sovranazionale di politiche e finanziamenti sociali, allora sarebbe riuscita ad invertire la rotta verso un paradigma sociale di stampo europeo.

In quest’ottica, ad esempio, la decisione di emettere titoli di debito pubblico europei³⁰ in parziale alternativa a quelli dei singoli Stati dell’area dell’euro, costituirebbe – al di là dei benefici immediati per fronteggiare l’attuale crisi finanziaria – una svolta politica dalle grandi implicazioni simboliche per la definizione della stessa identità dell’Unione, di ciò che essa intende essere nello scenario globale. Una svolta, dunque, che non potrebbe non poggiarsi, per le ripercussioni più generali sul governo economico dell’Unione, su di un’esplicita ridefinizione del patto di solidarietà tra i popoli europei.

²⁹ Cfr. la Relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio sulle attività del Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione nel 2010, COM(2011) 466 def., Bruxelles, 22.8.2011, consultabile all’indirizzo

<http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0466:FIN:IT:PDF>.

³⁰ Si veda in questo senso la Relazione Monti sugli strumenti per combattere la crisi finanziaria, presentata nel novembre 2011 al Presidente Barroso.

BIBLIOGRAFIA

OPERE

Adam R., Tizzano A., *Lineamenti di diritto dell'Unione Europea*, 2 ed., 2010, Giappichelli.

Adinolfi A., *Politica sociale nel diritto delle Comunità europee*, Pub, XI, 279 Utet Torino 1996.

Alaimo A., *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati*, Torino Giappichelli 2009.

Albanese F., *The position of the European Charter for regional or minority languages in the general context of the protection of minorities in implementation of the European Charter for regional or minority languages*, Council of Europe Publishing, Strasbourg 1999.

Alberto Lucarelli, *Commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union, Solidarity*,

Article 35: Health Care / Alberto Lucarelli, 2010, in *Human rights in Europe : commentary on the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, Durham, NC, Carolina Academic Press.

Allegri G., *Oltre l'Europa convenzionale : i mille piani dei movimenti sociali nell'Europa politica*, in G.

Bronzini, H.Friese, A. Negri e P. Wagner (a cura di), “ Europa, Costituzione e movimenti sociali” Manifestolibri, Roma, 2003

Alston P. e De Schutter O., *Monitoring fundamental rights in Eu: the contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart, Oxford, 2005.

Alston P., *Assesing the strengths and weakness of the European Social Charter's supervisory system*, *Center for Human Rights and global justice*, Working paper n. 6, 2005.

Alston P., Bustelo M. e Heenan L., *The Eu and Human Rights*, Oxford University Press: Oxford 1999.

Alston P., *Leading by example: A Human Rights Agenda for the European Union for the year 2000*, in Annex to Alston P., Bustelo M. e Heenan L., *The Eu and Human Rights*, Oxford University Press: Oxford 1999.

Andreoni A., *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali* Torino Giappichelli 2006.

Andreoni, Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'UE*, Ediesse, Roma, 2009.

Ashagbor D., *The European Employment Strategy: Labour market regulation and new governance*, Oxford University Press: Oxford, 2005.

Baldassarre A., *Diritti sociali*, in Enc. Giur. Treccani vol XI Ist. Enc. It Roma.1989

Barbera M., *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, Promos Italia 2000.

Barnard C., *The substantive law of the Eu: the four freedoms*, Oxford University Press, Oxford 2010.

Barnard C., *The substantive law of the EU. The four freedoms*, Oxford, 2004.

Bercusson, *European labour law and the E. U. charter of Fundamental rights*, Cambridge, 2009.

Bernard C., *The opt-out for the UK and Poland from the Charter of Fundamental Rights: Triumph of rhetoric over reality?*, in Griller S. e Ziller J., *The Lisbon Treaty: EU constitutionalism without a constitutional Treaty?*, Springer, Wien 2008, p. 257 ss..

Besselink L., *The European Union and the ECHR: from sovereign immunity in Bosphorus to full scrutiny under the reform treaty?*, in Borefijn I., Goldschmidt J., *Changing perceptions of sovereignty and human rights, essay in honour of Claes Flinterman*, Intersentia 2008, p. 295 ss.

Bifulco D., *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli 2003

Blchiz D., *Poverty and Fundamental rights: The justification and enforcement of socio-economic rights*, Oxford University Press, Oxford 2007.

Bronzini G., *L'Europa politica dopo la Convenzione: tra continuità e rottura*, in G. Bronzini, Heidrum Friese, A. Negri e P. Wagner (a cura di), *Europa, Costituzione e movimenti sociali*, Manifestolibri, Roma, 2003.

Bronzini G., *La Carta europea dei diritti fondamentali: dal progetto di un modello sociale europeo alla costituzionalizzazione dell'Unione*, in Friese, H. Negri e Wagner P. (a cura di), *Europa politica* Roma Manifestolibri, 2002.

Bronzini, *La Carta di Nizza Commentario*, Chimenti, 2008

Bultrini A., *Il controllo degli atti comunitari nella giurisprudenza degli organi della CEDU*, in *Comunicazioni e Studi*, vol. XXI, Milano, 1997 p. 279.

Bultrini A., *La pluralità dei meccanismi di tutela dei diritti dell'uomo in Europa*, Torino, 2004 p. 63 ss.

Butler I., e De Schutter O., *Binding the Eu to International Human Rights Law*, *Yearbook of European Law*, n. 27, 2008.

Caferra W.H., *Diritti della persona e stato sociale*, Bologna. Zanichelli. 1987

Caretti P., *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino Giappichelli 2002

Cartabia M., *Commento all'art. 51*, in Bifulco,R, Cartabia,M e Celotto, A (a cura di), *L'Europa dei diritti* , Bologna, Il Mulino, 2001

Chalmers D., Davies G., Monti M., *European union law: cases and materials*, 2 ed., 2010, Cambridge.

Clemens M. Rieder *When Patients exit, what happens to Solidarity?*, in *Promoting solidarity*, Oxford Publishing, 2010.

Colm O' Cinneide, *Social Rights and the European Social Charter: New Challenges and Fresh Opportunities*, in *The European Social Charter: a social constitution for Europe*.

Colneric N., *Diritto della sicurezza sociale - Repubblica Federale Tedesca*, Digesto IV Comm IV 558 Utet Torino 1989.

Conforti B., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la Convenzione europea dei diritti umani*, in L.S. Rossi, *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano 2002, p. 3 ss.

Costello C., *Fundamental Social Rights: current European legal protection and the challenge of the Eu Charter of Fundamental Rights*, Irish centre for European Law, Dublin, 2001.

Craig P., De Burca G., *The evolution of EU law*, 2 ed., 2011, Oxford,

D. Hyman, *Public finance- a contemporary application of theory to policy*, 1998, Thomson Learning.

Daniele L., *Diritto dell'Unione Europea: sistema istituzionale, ordinamento, tutela giurisdizionale, competenze*, 4 ed., 2010, Giuffrè,

De Burca G., e De Witte B., *Social rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2005.

De Burca G., *Fundamental rights and citizenship*, in De Witte, B (a cura di), *Ten reflexions on the Constitutional Treaty for Europe*, Fiesole, EUI Press, 2003.

De Schutter O., *Anchoring the European Union to the European Social Charter: the case of accession*, in

De Burca e De Witte, *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2005.

De Schutter O., e V. Van Goethem, *The Fundamental rights Agency of the European Union*, in Alfredsson

Grimheden G., J., Ramcharan B. G., e Zayas A., *International Human Rights Monitoring mechanism: essay in Honour of Jakob Th. Moller*, 2ed., Mrtinus Nijhoff, Leiden, 2009, p. 609 ss..

De Schutter O., *The division of tasks between the Council of Europe and the European Union in the promotion of human rights in Europe: Conflict, competition and Complementarity*, REFGOV-FR-11, Working Paper, 2007.

De Schutter O., *The European Social Charter: a social constitution for Europe*, Bruylant, Brussels 2010.

De Schutter O., *The promotion of fundamental rights by the Union as a contribution to the European Legal Space (I): mutual recognition and mutual trust in the establishment of the Area of Freedom, Security and Justice*, REFGOV-FR-2, Working Paper, 9, 2005.

De Shutter O., *La garanzia dei diritti e principi nella carta dei diritti fondamentali*, in Zagrebelsky, G *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003

De Siervo U., *I diritti fondamentali europei e i diritti costituzionali italiani (a proposito della Carta dei diritti fondamentali*, in Zagrebelsky, G (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003

De Witte B., *The trajectory of Fundamental Social Rights in the European Human*, in De Burca G. e De Witte B., *Social Rights in Europe*, Oxford University Press, Oxford 2005.

Deakin S., e De Schutter O., *Social rights and market forces: is the Open Coordination of Employment and Social Policies the future of social Europe?*, Bruylant, Brussels, 2005.

Deborah Mabbett, *Age Discrimination in Law and Policy : how the Equal Treatment Directive affects National Welfare States*, Oxford University Press, pp. 198-215

Diez-Picazo L.M., *Le relazioni tra UE e Convenzione europea dei diritti dell'Uomo*, in S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, p.269ss.

Dougan M., E. Spaventa, *Social welfare and EU law*, Hart Pb, 2005, pag. 166 ss.

Duboils L., Blumman C., *Droit matériel de l'Union Européenne*, 5 ed., 2009,

Duguit L., *Il diritto sociale, il diritto individuale e la trasformazione dello Stato*, Firenze, Sansoni, 1950

Duran Lopez F., *Diritto della sicurezza sociale – Spagna Digesto IV Comm IV Utet Torino* 1989.

Ferrera M., Hemerijck A., Rhodes M., *Il futuro dell' Europa sociale*, Il Mulino 2000 4 730.

Foglia R., *Il ruolo della corte di giustizia nell'evoluzione del diritto sociale comunitario e le prospettive per il futuro*, QDLRI 2004 27.79

Fredman S., *Transformation or dilution: fundamental rights in the EU social space*, in *European Law Journal*, 2006, p. 41.

Fredman S., *Transformation or dilution: fundamental rights in the EU social space*, in *European Law Journal*, 2006, p. 41.

Frey L., *Integrazione economica europea e diritti sociali*, *Tutela* 1989, 3-4 p.39.

Friese H. e Wagner P., *La Repubblica europea. Verso una filosofia politica dell'integrazione europea*, in (a cura di Friese, H, Wagner,P e Negri,A) *Europa politica* Roma, Manifestolibri, 2002.

G. De Búrca, *EU law and Welfare State*, Oxford University Press 2005, pag. 45 ss.

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

Giubboni, Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione Europea*, Il Mulino, 2007.

Grewe C. e F. Benoit-Rohmer, *Les droits sociaux ou la dèmolitions de quelques poncifs*, Strasbourg, 2003.

Grimm D., *Il significato della stesura di un catalogo europeo dei diritti fondamentali nell'ottica dell'ipotesi di una Costituzione europea*, in Zagrebelsky, *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003.

Gualtiero Michelini *Il modello sociale europeo e la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*.

Habermas J., *Perché l'Europa ha bisogno di una Costituzione?*, in Zagrebelsky, G (a cura di) *Diritti e Costituzione nell'Unione europea*, Bari, Laterza, 2003.

Harvey T., *European social law policy*, Longman, 1998

Horatia Muir Watt, *Gender Equality and Social Policy after Defrenne"/ The past and future of EU law: the classics of EU law revisited on the 50th anniversary of the Rome, Treaty*, Oxford, Hart, 2010, pp. 286-292.

Koukiadis J., *Les droits sociaux et le droit communautaire dérivé*, p.79, in *Les droits sociaux dans les instruments européen et internationaux*, Bruylant 2009.

Marguénaud J. P., J. Mouly, *La Cour européenne des droits de l'homme à la conquête des droits de grève*,

Jacque J. P., *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, 6 ed., 2010, Dalloz,

Keller H. e Stone Sweet A., *A Europe of rights: the impact of the Echr on national legal systems*, Oxford University Press, Oxford 2008.

Kenneth A. Armstrong, *Governing social inclusion: Europeanization through policy coordination*, in *Oxford studies in European law*, 2010.

Kilpatrick C., *Gender equality: a fundamental dialogue*, in Sciarra S., *Labour Law in the Courts: national judges and the ECJ*, Hart Publishing, Oxford, 2001.

Koutrakos P., *Eu international relations law*, Oxford, Hart Publishing, 2006, p. 128 ss.

Lawson R., *the monitoring of fundamental rights in the Union as a contribution to the European Legal Space: The role of the Court of Human Rights*, REFGOV-FR-7, working Paper Leach, P (2005), Taking a case to the European Court of Human Rights, 2ed. Oxford University Press, Oxford 2006.

Luca De Matteis , *L'adesione dell'UE alla CEDU: il dibattito in corso*.

Macdonald, *The margin of appreciation*, in Macdonald, Matsher e Perzold, *The European system for the protection of human rights*, Boston m. Nijhoff, 1993.

Mancin ,P., *La portata dei diritti garantiti dalla Carta dell'unione europea: problemi interpretativi posti dall'art. 52* , in (a cura di L. S. Rossi) *Carta dei diritti fondamentali e Costituzione dell'Unione europea*, Milano , Giuffrè, 2002

Mancini F.,*Politica comunitaria e nazionale delle immigrazioni nella prospettiva dell'Europa sociale*, Giuffrè.Milano.1990.

Manin P., *L'adesione dell'UE alla Cedu*, in L.S. Rossi (a cura di) *Il Progetto di Trattato-Costituzione. Verso una nuova architettura dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

Marshall T.H., *Cittadinanza e classe sociale*, Torino, Utet, 1976

Martinico G., Pollicino O., *The national judicial treatment of the ECHR and the EU law*, Gronongen, 2010 p. 269 ss.

Mengoni L.,*I diritti sociali in Il contratto di lavoro*. a cura di M. Napoli, Milano,V&P,2004.

Mengozi P., *Il principio personalista nel diritto dell'Ue*, Padova, 2010 p. 156 ss.

Montchrestien, Harris D., O'Boyle M., Warbrick C., *Law of the European Convention on Human Rights*, 2 ed., 2009, Oxford,

Moreau Boulés M. A.,*Diritto della sicurezza sociale – Francia Digesto IV Comm IV 527*
Utet Torino 1989

Muñoz Ruiz *El caso Coleman: un paso más en la construcción del modelo social de discapacidad de la Unión Europea y su extensión a los ciudadanos*. Napoli, La carta di Nizza. *I diritti fondamentali in Europa*, Milano 2004

Negr, A., *Strategie politiche per l'Europa: Europa necessaria, ma anche possibile?*, in (a cura di Friese, H, Wagner, P e Negri, A) *Europa politica*, Roma, Manifestolibri, 2002

O'Conneide C., *Social rights and the European Social Charter – New challenges and fresh opportunities*, in De Schutter O., *The European social Charter: a social constitution for Europe*, Bruylant Brussels, 2010.

O'Connel R., *Social and Economic Rights in the Strasbourg Convention' in rule of law and fundamental rights of citizens: the European and American Conventions on Human Rights*, Alfa Dikia II Project 2006-2008, London Esperia, European Public law Series, 2009.

De Schutter Olivier, *Fundamental Rights and the Transformation of Governance in the European Union / by*

De Schutter Olivier, *In Human rights in the web of governance : towards a learning-based fundamental rights policy for the European Union*, 2010, Bruxelles, Bruylant.

De Schutter Olivier, *The Democratic Experimentalist Approach to Governance: Protecting Social Rights in the European Union*, in *Reflexive governance: redefining the public interest in a pluralistic World*, Oxford, Hart, 2010.

Onida V., *Il problema della giurisdizione*, in (a cura di Paciotti, E) *La Costituzione europea*, Roma, Meltemi, 2003.

Paciotti E., *La Carta: i contenuti e gli autori* in AAVV, *Riscrivere i diritti in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2001

Partington M. T., *Diritto della sicurezza sociale - Regno Unito Digesto IV Comm IV Utet* Torino 1989.

Pernice I. e Mayer F., *La Costituzione integrata dell'Europa*, in Zagrebelsky, G (a cura di) *Diritti e Costituzione in Europa*, Bologna, Il Mulino, 2003.

Perulli A., *Diritti sociali e mercato globale*, RGL.2000...4. p. 939.

Petrangeli F., *La questione democratica nel processo di riforma dell'Unione europea*, in (a cura di Friese, H, Wagner, P e Negri, A) *Europa politica* Roma, Manifestolibri, 2003.

Petrangeli F., *Una Carta per l'Europa*, Roma Ediesse, 2001.

Piris J., *The Lisbon Treaty: a legal and political analysis*, 2010, Cambridge, Shaw M., *International law*, 6 ed., 2008, Cambridge.

Repetto G., *I rapporti tra le corti europee*, in S. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli 2005, p.289 ss.

Roger Blanpain; Michele Colucci, *The European social model/ ed. Roger Blanpain, Michele Colucci, Salvatore Sica ; authors Roger Blanpain ... [et al.]*, 2006, Antwerpen: Intersentia, *Social Europe series* ; vol. 11, XIV, p 225.

De Larosa S., *Le méthode ouverte de coordination dans le système juridique communautaire. Recherche à partir des applications en matière sociale et d'emploi*, Bruxelles, Bruylant, 2008.

Maillard S., *L'èmergence de la citoyenneté sociale européenne*, Aix en Provence, PUAM 2008.

Sciarra S., *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni di solidarietà*, in Sciarra S. (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profii di diritto interno e comunitario*, Bologna 2007, p.11, Il Mulino,

Steiner J., Woods L., *Eu law*, 10 ed., 2009, Oxford,

Strozzi G., *Diritto dell'Unione Europea. Parte speciale*, 3 ed., 2010, Giappichelli,

Strozzi G., Mastroianni R., *Diritto dell'Unione Europea. Parte istituzionale*, 5 ed., 2011,

Giappichelli.

Tesaro G., *Diritto dell'Unione Europea*, 6 ed., 2010, CEDAM

Van Der Mei A. P., *EU law and education: promotion of student mobility versus protection of the education systems* in M. Dougan, E. Spaventa (eds.), *Social welfare and EU law*, Oxford, Portland, 2005, p.219 ss.

Vimercati, *Il conflitto sbilanciato*, Cacuci, Bari, 2009

Williams A., *Respecting fundamental rights in the new Union: a review*, in Barnard C., *The Fundamental of Eu law revisited. Assessing the impact of the constitutional debate*, Oxford University Press, Oxford, 2007.

Zeitlin J., *Social Europe and experimentalist governance: towards a new constitutional compromise?*, in G. De Burca, *Eu law and the welfare state: in search of solidarity*, OUP Oxford, 2005.

RIVISTE

« Editorial comments. Relations between international courts and community courts: Mutual deference or subordination ? », *Common Market Law Review*, 2005, pp. 584-585.

Akandij-Kombe J.-F., *Charte sociale européenne*, p. 159 s, et F. Sudre, *Le protocole additionnel à la CSE prévoyant un système de réclamation collective*, in *Revue générale de droit international public*, 1996, n. 3, p. 715-739.

Alacevich, *Il dialogo sociale in Europa: verso una convergenza funzionale nella regolazione del lavoro?*, Quad. di Rassegna sindacale, 2006, 1.

Ales E., *Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un sistema integrato di microsistemi*, in *ADL* 2001, p. 981.

Ales E., *Libertà e uguaglianza sociale*, Riv. Del Lav., 2002, p. 120

Allegretti U., *I diritti fondamentali tra tradizione statale e nuovi livelli di potere*, in *Democrazia e diritto*, n.1/2, 2003.

Allegri G., *I nuovi movimenti sociali nello spazio comune europeo. Primi spunti di riflessione su alcuni snodi politico-istituzionali*, in *Democrazia e diritto*, n.1/2, 2003b.

Amadeo S., *Il protocollo n. 30 sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito e la tutela "asimmetrica" dei diritti fondamentali: molti problemi e, qualche soluzione*, Dir. UE, 2009 p. 720.

Amato F., *La tutela dei diritti fondamentali sociali e del lavoro nella globalizzazione dell'economia*, RDSS, 2006, 581 ;

Angelini L., *A proposito di diritti sociali e principio di eguaglianza nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, in *DLRI* 2001 XXIII 92. 633.

Ashiagbor D., *EMU and the shift in the European labour law agenda: from Social Policy to Employment Policy*, *European Law Journal*, 2001/ 7, p. 311 .

Atiparmak K., *The European system for the protection of human rights in crisis: The end of the road?*, in *Journal of European criminal law*, 5 3 (4), 2009.

Aubin C., *l'Europe sociale entre mythe et réalité*, in *Dr. Soc.*, p.618, 2007.

Bailleux, Antoine, *Le salut dans l'adhésion? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualités du respect des droits fondamentaux dans l mise en ouvre di droit de la concurrence*, pp. 31 ss. in *Revue Trimestrielle de droit européen*, 2/2010.

Balandi G.G., *Tendencias de la Seguridad Social en los paises de la Union Europea*, in *RL* 1996 5.31.

Ballestrero M., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, 2, p.371-392.

Bano F., *Diritto del lavoro e nuove tecniche di regolazione sociale: il soft law*, in *Lavoro e diritto* n.1, 2003

Bano F., *L' "Europa sociale" nel trattato costituzionale*, in *RGL* 2005. LVI.4 821

Baquero Cruz J., *La protección de los derechos sociales en la comunidad europea tras el tratado de Amsterdam*, *Revista de derecho comunitario*, 1998, pp. 639 - 666, spéc. p. 641.

Barbera A., *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, *Il diritto dell'Unione Europea*, 2-3/2001, p. 241.

Bercusson B. e altri, *Manifesto per un'Europa sociale*, in *Riv. Giur. del lav.* n.1, 2002

Bercusson B., *The Lisbon Treaty and social Europe*, *ERA Forum*, vol. 10 juin 2009 p. 87.

Besselink, L., *Dynamics of European and national citizenship: inclusive or exclusive?*, *European Constitutional Law Review*, n. 3, vol. I, 2007, pagg. 1 e 2.

Bobbio N., *Istituzione e diritto sociale (Renard e Gurevitch)*, in *R. int. Fil. Dir.*, 1936, p. 385.

Bončková Helena, Hubert Smekal, *Fragmentace společných hodnot? Výjimky z Listiny základních práv Evropské unie /Fragmentalization of Common Values? Opt-outs from the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in *Soucasna Evropa*, 02, 2010 .

Borrelli S., *Libertà di circolazione e scelta del sistema di protezione sociale piú vantaggioso*, in *Riv. Dir. Sic. Soc.*, 2006, p. 671 ss.

Bronzini G., *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, 975.

Bronzini G., *Il carattere e il percorso del processo costituente*, in *Quale Stato* n.1\2003.

Bronzini G., *I diritti sociali nella Costituzione europea*, in *DD*, 2000, 1 p. 95.

Brouillet V. J., M. Rigaux, F. Vandamme, *Le model social europeèn : source ou motor de la construction europeènne?*, *Dr. Soc.*, 2006 p.1176.

Bultrini A., *I rapporti fra Carta dei diritti fondamentali e Convenzione europea dei diritti dell'uomo dopo Lisbona: potenzialità straordinarie per lo sviluppo della tutela dei diritti umani in Europa*, *Dir. UE*, 3/2009 p. 700 ss.

Bultrini A., *La responsabilité des états membres de l'Union européenne pour les violations de la CEDH*, *Rev. Trim. droits de l'homme*, 2002 p. 5 ss.

Cannizzaro E., *Sulla responsabilità internazionale per condotte di stati membri dell'Unione europea: in margine al caso Bosphorus*, in *Riv. Dir. Internaz.*, 2005 p. 762.

Carinci F. Pizzoferrato A., "Costituzione" europea e diritti sociali fondamentali, *LD* 2000 XIV 2 281

Carlassare L., *Forma di stato e diritti fondamentali*, in *Quaderni Costituzionali*, 1995, 1.

Castiglione D., *From the Charter to the Constitution of Europe? Notes on the constitutionalisation process in the EU*, in Queen's papers on Europeanisation, No 5/2002.

Castro Oliveira A., *Workers and other persons: step -by-step from movement to citizenship — Case Law 1995-2001*, in Common Market Law Review n.39, 200 2.

Churchill R., Khaliq U., *The collective complaints system of the European Social charter: an effective mechanism for ensuring compliance with Economic and Social Rights?*, European Journal of International Law, 15 (3), 2004 p. 417.

Cinelli M., *Appunti in tema di incidenza del diritto comunitario sull' ordinamento interno di sicurezza sociale*, in DRI, 1996 95.

Conforti B., *Note sui rapporti tra diritto comunitario e diritto europeo dei diritti fondamentali*, Riv. Int. Dir. Uomo, 2000 p. 423 ss.

Coppel J. e A. O'Neill, *The European Court of Justice: taking rights seriously?*, in Common Market Law Review, 1992, p.689-690.

Costello C. (dir.), *Fundamental Social Rights : Current European Legal Protection and the Challenge of the UE Charter of Fundamental Rights*, Dublin, Irish Centre for European Law, 2001.

Costello C., *The Bosphorus ruling on the European Court of Human Rights: fundamental rights and blurred boundaries in Europe*, in Human Rights Law Review, 6(1), 2006, p. 87.

Cousin M., *Citizenship, residence and social security*, in European Law Review, 2007, p. 386.

Cullen H., *The collective complain system of the European Social Charter: interpretative methods of the European Committee of Social Rights*, Human Rights Law Review, 61, 2009.

D'Antona M., *Mercato unico europeo ed aree regionali deboli: le conseguenze giuridiche*, in Lavoro e Diritto, 1992, pp. 49 ss., spéc. p. 58.

Davis, *The effect of Mrs Watt trip to France on the national health service*, in King's Law Journal, 18, p. 157.

Dawson M., *The ambiguity of social Europe in the open method of co-ordination*, in European Law Review, vol. 34, n. 1, Febbraio 2009.

De Burca G., *The constitutional challenge of new governance in the european Union*, in European Law Review, 28, 2003.

De Schutter O. e Y. Lejeune, *L'adhésion de la Communauté à la Convention européenne des droits de l'homme, a propos de l'avis 2/94 de la Cour de justice des Communautés*, in Chaiers de droit européen, 1996, p. 555.

De Schutter O., *La contribution de la Charte des droits fondamentaux de l'Ue à la garantie des droits sociaux dans l'ordre juridique communautaire*, 2000, RUDH p. 33.

De Siervo U. *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, p. 153.

De Siervo U., *L'ambigua redazione della Carta dei diritti fondamentali nel processo di costituzionalizzazione dell'Unione europea*, in Diritto pubblico, 1/2001, p. 50.

De Stefano M., *L'Unione europea e la convenzione di salvaguardia dei diritti dell'uomo. Ipotesi sui futuri rapporti Corte europea-Corte di Giustizia: una Corte costituzionale per l'Europa ?*, in Riv. Internaz. Dir. Uomo, 1998, p. 59.

De Witte B. e altri (eds.), *Ten reflection on the Constitutional Treaty for Europe*, Oxford, 2003, p.23.

Deakin S., *Two types of regulatory competition: competitive federalism versus reflexive harmonization. A law and economics perspective on "centros"*, in CYELS, 1999, n.2, pp.231 ss .

Deborah Mabbett, *The Development of Rights-based Social Policy in the European Union:*

the Example of Disability Rights, 2005, in *Journal of common market studies*, ISSN 1468-5965, vol. 43, issue 1, pp 97-120.

Del Punta R., *I diritti sociali come diritti fondamentali: riflessioni sulla Carta di Nizza*, in *DRI*, 2001, p. 335.

Diciotti E., *Paternalismo*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 16, 2, 1986, p. 557 -586.

Docksey C., *The Principle of Equality Between Women and Men as a Fundamental Right Under Community Law* , in *ILJ* 1991 258.

Dorsemon F., *La dimension sociale del l'UE apres la Constitution*, in *Sem. Soc. Lamy*, 2005, suppl. n.1212, p. 89.

Dougan E., *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, in *European law Review*, 2006, 613-641, spec p. 625.

Dougan M. & E. Spaventa, « Educating Rudy and the (nin-) English patient: A double-bill on residency rights under Article 18 EC », n.28, *European Law Review*, 2003, pagg. 700-704.

Dougan M., *Fees, Grants, Loans and Dole Cheques: Who Covers the Costs of Migrant Education Within the EU ?*, in *Common Market Law Review* vol 42, 2005 p. 943-986.

Dougan M., *The Court Helps Those Who Help Themselves: The Legal Status of Migrant Workseekers Under Community Law in the Light of the Collins Judgment*, in *European Journal of Social Security*, 2005 p. 7-34, spéc. p. 24.

Dougan M., *The Treaty of Lisbon 2007: Winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, p. 617.

Dougan V. M., *The constitutional dimension to the case law on Union citizenship*, in *European law Review*, 2006, p. 631.

Douglas-Scott S., *A tale of two Courts: Luxembourg, Strasbourg and the growing European human rights aquis*, Common market law rev., 43/2006, p. 629.

Drzemczewski P., *The Council of Europe's position with respect the Eu charter of fundamental rights*, Human rights law journal, 22/2001 p.14.

Ferrera M., *Verso una cittadinanza sociale aperta: i nuovi confini del welfare nell'Unione europea*, in Rivista italiana di scienza politica, n. 1/2004.

Fischbach M., *Le Conseil d'Europe et la Charte de droits fondamentaux de l'Union européenne*, in Revue Universelle des droits de l'homme, Septembre 2000, vol. 12 n. 1-2, p. 8.

Gaja G., *Opinion 2/94*, in Common Market Law Review, 1996, p.973.

Gaja G., *Gli atti comunitari dinanzi alla commissione europea dei diritti dell'uomo: di nuovo Solange?*, Riv. Dir. Int., 1990, p. 388 ss.

Gianelli A., *L'adesione dell'Unione europea alla Cedu secondo il Trattato di Lisbona*, Dir. Ue, p. 679.

Gijzen M., *The Charter: A milestone for social protection in Europe?*, in Maastricht journal of European comparative law, p. 36.

Giubboni S., *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali, 2004/2.

Giubboni S., *Free Movement of Persons and European Solidarity*, in European Law Journal, 2007, p.170-203.

Giubboni S., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario. Una rilettura alla luce della Carta di Nizza*, in Il diritto dell'Unione Europea, 2003, pp. 325 - 356, spéc. p. 326.

Giubboni S., *Libertà di mercato e cittadinanza sociale europea*, in Diritto Immigrazione Cittadinanza, 2007, n.4, p.13.

Giubboni S., *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia CE*, in RDSS, 1/2008.

Gletter E., *El papel de la protección social en la futura Agenda Social de la Unión Europea*, in EUI Social and Labour Law Working Group, *The fundamentalisation of social rights, Second annual Open workshop of the EUI Social and Labour Law*, Working Group EUI, Working Paper 2009/5.

Goldsmith, *A Charter of rights, freedoms and principles*, Common market law Review, 2001, p. 1201.

Golyner O., *Jobseekers 'rights in the European Union: challenges of chaining the paradigm of social solidarity*, in European law Review, 2005 p.111 ss.

Greco R., *Diritti sociali, logiche di mercato e ruolo della Corte costituzionale*, in *Questione giustizia*, 1994 p.253.

Grigolo m., *Sexualities and the Echr: introducing the universal sexual legal subject*, in European Journal of International law, 14/2003, p. 1023 ss..

Habermas J., *Why Europe Needs a Constitution*, in New Left Review, 2, p. 5-26, 2001.

Hancher L. et W. Sauter, *One step beyond? From Sodemare to Docmorris: the EU's freedom of establishment case law concerning healthcare*, in Common Market Law Review, 47, 2010 pp. 117-146.

Harvey T., *The current legal framework on the right to seek healthcare abroad in the European Union*, in CYELS, 2007, 9, p. 261.

Hatzopoulos V. G., *Killing national health and insurance systems but healing patients? The european market for healthcare services after the judgement of the ECJ*, in Common Market Law Review, 39, p. 683.

Hervey T., *The European Union's governance of health care and the welfare modernization agenda*, in Regulation and Governance, 2/2008, p. 103 ss.

Hernes H., *Scandinavian Citizenship*, in *Acta Sociologica*, p. 199, 1988 ;

Hunt M., *Enanching Parliament's role in relation to economic and social rights*, in *European Human Rights review*, 3/2010, p. 242 ss..

Jacobs F. G., *Human Rights in the European Union: the role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2001, 331-374, spéc. p. 332 .

Jacobs, *Citizenship of the European Union- A legal analysis*, in *European law Journal*, 2007, p. 591 ss.

Jeorges C., *What is Left of the European Economic Constitution ? A Melancholic Eulogy* , in *European Law Review*, 2004, pp. 461 ss., p.471.

Joerges C., *Deliberative supernationalism- Two defences*, in *Eur. Law Journal*, 2002133 ss.

Katrungalos G. S., *The Implementation of Social Rights in Europe*, in *The Columbia Journal of European Law*, 1996, pp. 277 - 316, spéc. p. 278.

Kostakopoulou D., *European Union Citizenship: writing the future of Europe*, in *European law journal*, 2007, p.623 ss.

Kruger H. C./J.Polakiewicz, *Proposal for a coherent human rights protection system in Europe*, 22/2002, *Human rights law journal* 1,3.

La Macchia C., *La Carta comunitaria dei diritti sociali*, DLRI.1990 p.769.

Le Bot O., *Charte de l'Union européenne et Convention de sauvegarde des droits de l'homme: la coexistence de deux catalogues de droits fondamentaux*, in *Rev. trim. Dr. h.*, 55/2003, p. 781.

Lemmens C.M., *The relation between the Charter and the ECHR*, 2001/8 *Maastricht journal of european and comparative law*, p. 49.

Lenart K., *Droit International et autonomie constitutionnelle de l'ordre juridique de l'Union*,

Dir. UE, 3/2010, p. 555 ss

Lenearts K., *Le développement de l'Union sociale européenne dans la jurisprudence de la Cour de Justice*, ERA Forum, avril 2008 vol. 9 p.61.

Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche*, Lav. E Dir., n.1, 2008, p. 88.

Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa*, Giorn. Dir. Lav. Rel. Ind., 2007, 3, p. 561.

Lock T., *Beyond Bosphorus: the European Court of Human Rights Case law on responsibility of member states of International Organizations under the European convention on human Rights*, in Human Rights Law Review, 10/2010, p. 529.

Lock T., *Eu accession to the ECHR: implications for judicial review in Strasbourg*, in Eu. Law rev. 12/2010 p. 777.

Lock T., *The ECJ and the ECtHR: the future relationship between the two European Courts*, in The Law and Practice of International Courts and Tribunals, 8/2009, p. 375ss..

Lord Wedderburn, *Diritto del lavoro: 40 anni dopo*, in Lavoro e Diritto, 2008 p.155.

Luciani M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in Associazione italiana dei Costituzionalisti. Annuario 1999. Atti del XIV Convegno annuale, Perugia 7-8 ottobre 1999, Padova, 2000, spéc. P. 530.

Luciani M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in PD.2000..XXXI.3. p. 367.

Luciani M., *Sui diritti sociali*, in DD.1994, 4.545.

Lyon-Caen G., *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in Droit Ouvrier, 1992, spéc. p. 313.

Magno P., *Diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea dopo Amsterdam*, in Il diritto del lavoro, 1998, parte 1, p. 123.

Malenovsky J., *L'enjeu délicat de l'éventuelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH: de graves différences dans l'application du droit international, notamment général, par les juridictions de Luxembourg et Strasbourg*, Rev. Gén. Droit international public, 2009/4 p.776.

Margénaud J.-P., *Les droits européens des salariés devant la Cour EDH: une amplification de la méthode d'interprétation évolutive*, in Les droits sociaux et la CEDH, Actes du colloque du Concours Habeas Corpus / APIDH (ed.). - Sarrebruck : Editions universitaires européennes, 2010. - p. 28-38.

Marguènaud, *Les incursions de la Cour Européenne des droits de l'homme en droit du travail: une oeuvre encore en demi-teinte*, Revue de droit du travail, n.1, 2008, p. 16.

Martin D., *Strasbourg, Luxembourg et la discrimination: influences croisées ou jurisprudances sous influence?*, in Rev. Trim. droit de l'homme, 69/2007, p. 107.

Martin, D., *A Big Step Forward for Union Citizens, but a Step Backwards for Legal Coherence*, in European Journal of Migration and Law 2002, pagg. 136-144.

Marzo C., *La définition d'une nouvelle méthode de jugement attachée à la citoyenneté européenne*, in Revue trimestrielle de droit européen, Juillet/septembre, 2009 n.3, p.444 ss..

Marzo C., *Vers une citoyenneté sociale européenne*, Dr. Soc., 2007, p. 28.

Mazuyer V. E., *L'harmonisation sociale européenne : Processus et modèle*, Bruxelles, Brylant, 2007.

Mengozi P., *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans le perspective de son adhésion à la CEDH*, Dir. Ue, 2/2010 p.231 ss

Merino M., *Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour EDH en question*, Rev. Trim. droit de l'homme, 70/2007, p. 463

Moreham N. A., *The right to respect for private life in the European Convention on Human Rights : a re-examination* , in European Human Rights Law Review, 1/ 2008, p. 44-79 ;

Morgan C., *Are article 6 Echr and the ECtHR Enough to Protect Defence Rights?*, in Journal of European criminal Law, 1/2006, p. 27.

Golyunker O., Jobseekers 'rights in the European Union : challenges of chaining the paradigm of social solidarity, in European Law Review, 2005, p.11-122, spéc. p. 120.

O'Leary, S., *Putting flesh on the bones of European Union citizenship*, in European Law Review, 1999, pagg. 75-79.

Shaw, J. & Fries, S., *Citizenship of the Union: First Steps in the European Court of Justice*, in European Public Law, 1998, pag. 533.

O'Leary S., *Current topic: Acession by the European Community to the Euroean Convention on Human Rights, The Opinion of the ECJ*, in European Human Rights Law Review, 1996, p. 362.

Pagano E., *I diritti fondamentali nella Comunità europea dopo Maastricht*, in Il diritto dell'Unione Europea, 1996, p. 163 ;

Palladino Rossana, *L'autonomia del dialogo sociale europeo nel Trattato di Lisbona* pp. 149-173, in Studi sull'integrazione europea 2010 vol. 3.

Pernice I. e Kanitz R., *Fundamental rights and multilevel Constitutionalism*, in Europe, in WHI paper n.7, 2004

Perrin L., *Les aspects sociaux du traité de Lisbonne*, Politeia 2008, n. 13, p.565.

Petit V. B., *Un regard juridique sur la dynamique du model social europeén*, Dr. Soc., fev. 2010.

Pinelli C., *Judicial Protection of human rights in Europe and the limits of the judge-made system*, in Il diritto dell'Unione Europea, 1996, p. 1005-1006.

Pinelli C., *Modello sociale europeo*, in *Rivista del diritto e della sicurezza sociale*, 2008, p. 251-270, spéc. p.254 ;

Pinelli C., *Diritti e politiche sociali nel progetto di trattato costituzionale europeo*, RDSS.2004. p. 477.

Rosas A. e Kaila H., *L'application de la Charte des droits fondamentaux de l'union européenne par la Cour de justice: un premier bilan*, *Dir. UE*, 1/2011, p. 1

Rossi L. S., *Il parere 2/94 sull'adesione della comunità europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, *Dir. Ue*, 1996 p. 839 ss.

Rubrica *Droit communautaire des droits fondamentaux – chronique de la jurisprudence de la Cour de justice des Communauté européennes* (2007) in *Rev. Trim. droits de l'homme*, 2008 p.687 ss.

Ruggeri A., *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, *Dir. UE*, 2010 p. 125 ss.

Sabel F. and J. Zeittin, *Active welfare, experimental governance, pragmatic constitutionalism: the new transformation of Europe*, paper presented at the workshop "Opening the OMC", Firenze, European University Institute, 4-5 Luglio 2003.

Sarkin J., *Developing the right to work: intersecting and dialoguing human rights and economic policy*, in *Human Rights Quarterly: a comparative and international journal of the social sciences, humanities, and law*, vol. 33, no. 1 (Feb. 2011), p. 1-42.

Scharpf F., *The European social model: coping with challenges of diversity*, *Journal of common market studies*, 2002, 40, 2 p. 649-652.

Schlosem J. C., *A propos de la Circulation des étudiants: vers un fédéralisme financier européen?*, *Chaiers de droit européen*, 1989, p. 309-310

Schmitt M., *La dimension sociale du traité de Lisbonne*, *Dr. Soc. N. 6*, juin 2010 p. 682.

Sciarra S., *Diritti sociali. Riflessioni sulla Carta europea dei diritti fondamentali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2001 ;

Sciarra, *La libertà sindacale nell'Europa sociale*, in *DLRI*, 1990, 48, p. 657.

Scott J., M. Trubek, *Mind the gap: law and new approaches to governance in the European Union*, in *European Law Journal*, 2002, 8, p. 15.

Simitis S., *Dismantling on strengthening labour law: the case of European Court of Justice*, in *European Law Journal*, 1996, p. 1-57.

Spaventa E., *From Gebhard to Carpenter: towards a (non)-economic European constitution*, in *Common Market Law Review*, 2004, p. 743-773.

Spaventa E., *Seeing the wood despite the trees? On the scope of Union citizenship and its constitutional effect*, in *Common Market Law Review*, 45, 2008, p. 40.

Spyropoulos V. G., *L'avenir incertain du modèle social européen dans une Europe élargie*. *Dr. Soc.* 2005, p.603.

Spyropoulos V. G., *Le modèle social européen*, *Sem. Soc. Lamy* n. 212, suppl. 25/4/05 p. 15.

Stijn Smismans, *The European Union's Fundamental Rights Myth / Stijn Smismans, 2010*, in *Journal of common market studies*, ISSN 1468-5965, vol. 48, issue 1, pp 45-66.

Sudre F., *La protection des droits sociaux par la Cour EDH: un exercice de "jurisprudence fiction"?*, *Rev. trim. Dr. h.*, 55/2003, p. 755.

Sudre F., *Les droits sociaux et la CEDH*, 2000, *RUDH*, p. 28.

Syrpis P., « The Treaty of Lisbon: Much Ado . . . But About What? », *Ind. Law Journ.* 37, 3, 2008, p. 219.

Tiberi G., *L'effettività dei diritti fondamentali nell'Unione Europea: verso una politica dei diritti fondamentali decisa a Bruxelles?*, in *Astrid Rassegna* n. 62, anno 3 n. 21, 21.12.2007.

Tiberi G., *La questione dell'adesione della Comunità alla Cedu al vaglio della Corte di Giustizia*, Riv. it. Dir. Pubbl. comunit., 1997, p.451 ss.

Tizzano A., *Les Cours européennes et l'adhesion de l'Union a la CEDH*, Dir. UE, 1/2011, p. 29-57.

Tomuschat C., *Nota alla sentenza Martinez Sala*, in *Common Market law review*, 2000, p. 449.

Toner H., *Comments on Mary Carpenter v. Secretary of state, 11 July 2002 (Case C-60/00)*, *European journal of migration and law*, 2003, p.170

Trubek D., *New governance and legal regulation: complementarity, rivalry or transformation*, in *Columbia Journal of European Law*, 2007, pp. 539-564.

Trubek M. and L. G. Trubek, *Hard and soft law in the construction of Social Europe: the role of the open method of coordination*, in *European Law Journal*, No. 3, May 2005, p. 343-364.

Van de Gronden, *Cross-border healthcare in the EU and the organization of the national health systems of the Member States: the dynamics resulting from the European Court of Justice's free movement and competition law*, in *Wisconsin international law journal*, 2009, p. 705.

Van Der Mei A. P., *Union citizenship and the "de-nationalisation" of the territorial Welfare State*, in *European Journal of Migration and Law*, 2005, pp. 203.

Veneziani B., *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2000, pp. 779 – 840.

Villani U., *I diritti fondamentali tra Carta di Nizza. Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di costituzione europea*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2004 p. 103.

Von Bogadney A., *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione europea*, in *Diritto pubblico*, 2001, p. 882.

Von Bogdandy A., *The European Union as a human rights organization? Human rights and the core of the European Union*, in *Common Market Law Review*, 2000, p. 1333.

Wachsmann P., *L'avis 2/94 de la Cour de justice relatif à l'adhésion de la Communauté européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in *Revue du droit eur.*, juill-sept, 1996.

Whelan D., e Donnelly J., *The west, economic and social rights, and the global human rights regime: setting the record straight*, in *Human Rights Quarterly*, 29(4)-2007, p. 908 ss..

Zapirain L., J. Marcos, *Una nueva encrucijada para el derecho del trabajo: la compatibilidad del ejercicio de los derechos colectivos de la acción sindical con el respeto a las libertades fundamentales del mercado interior comunitario*, in *Relaciones laborales*, 2008/11 p. 21.

SITI INTERNET

Alberto Mattei e Michele Simonato, *Primi approdi della Cassazione italiana al Bill of Social Rights made in Europe*, in www.europeanrights.eu

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

Christian Joerges *The Lisbon Judgment, Germany’s Sozialstaat, the ECJ’s Labour Law Jurisprudence and the Reconceptualisation of European Law as a new Type of Conflicts Law*, in www.europeanrights.eu

Christian Joerges, *Rechtsstaat and social Europe. How a classical tension resurfaces in the European integration process*, in www.europeanrights.eu

Cinelli, *I diritti sociali nella recente giurisprudenza della Corte Cedu*, in www.europeanrights.eu

Giubboni S., *Diritti e politiche sociali nella “crisi” europea*, Working Paper n.30, Centro studi di diritto del lavoro europeo “Massimo D’Antona”, <http://www.lex.unict.it/eurolabor/ricerca>

Mirando Boto J. M., *Mehr papiere und beamten? La creciente importancia del Consejo Europeo en materia social*, in www.euopenrights.eu

Joerge, *Conflict of laws as the legal paradigm of the postnational constellation*, www.europeanrights.eu

Joerges C. e Rodl F., *Social market economy as Europe’s social model?*, EUI Working Paper LAW n.8, <http://www.iue.it/PUB/law04-8.pdf>

Rossi L.S., *I diritti fondamentali nel Trattato di Lisbona*, www.europeanrights.eu

Tria Lucia, *La più recente giurisprudenza della Corte costituzionale in materia di rapporti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento europeo (con lo sguardo rivolto alla tutela del lavoro e della sicurezza sociale)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 61/2008

Moccia Luigi, *Europa dei diritti, soggetti deboli e tutele: spunti introduttivi*, in www.europeanrights.eu

Menéndez A.J ., *Chartering Europe: the Charter of Fundamental rights and the European Union* ", ARENA Working Papers, WP 01/13, http://www.arena.uio.no/publications/wp01_13.htm

Menéndez, A. J., *The rights foundation of solidarity: social and economic rights in the Charter of Fundamental rights of the European Union*, ARENA Working Papers WP 03/01, http://www.arena.uio.no/publications/wp03_1.pdf

Michelini, Picone, *Giurisprudenza europea e diritti sociali*, www.europeanrights.eu

Pernice I., *Elements and structures of the European Constitution*, WHI Paper n.4, <http://www.rewi.hu-berlin.de/WHI/deutsch/papers/whipapers402/index.htm>

Pochet, *Dynamics of european sectorial social dialogue, European foundation for the improvement of living and working conditions*, www.eurofound.eu

Pollicino, Sciarabba, *La Carta di Nizza oggi fra sdoganamento giurisprudenziale e Trattato di Lisbona*, www.europeanrights.eu