

Alma Mater Studiorum – Università di Bologna

DOTTORATO DI RICERCA IN

**Stato, persona e servizi nell'ordinamento europeo
e internazionale**

Ciclo XXIX

Settore Concorsuale di afferenza: 12/C1

Settore Scientifico disciplinare: IUS 08

TITOLO TESI

**Tutela dei diritti sociali tra ordinamento interno e Unione
europea: aspetti problematici e prospettive future**

Presentata da: Dott.ssa Lorella Ponzetta

**Coordinatore Dottorato
Chiar.mo Prof.
Andrea Morrone**

**Relatore
Chiar.mo Prof.
Andrea Morrone**

Esame finale anno 2017

INTRODUZIONE.....	4
CAPITOLO I.....	10
L'Unione europea nel contesto della crisi economica tra <i>governance</i> e prove di democrazia.....	10
1. Il contesto della crisi economica.....	10
2. L'Europa davanti alla crisi: dalla <i>governance</i> europea all'obbligo del pareggio di bilancio.....	12
3. Le conseguenze della <i>governance</i> in Italia e la riforma costituzionale.....	15
3.1. (segue). Le misure di austerità nella legislazione	19
4. La <i>governance</i> europea e la sua legittimazione	27
4.1. Le conseguenze sugli Stati: alla ricerca della sovranità perduta	30
5. Prove di democrazia: dal Progetto di una Costituzione per l'Europa al Trattato di Lisbona.....	36
5.1. (segue). a) Sulla Costituzione europea e sull'ipotesi di un diritto costituzionale europeo.....	38
5.2. (segue) b) Il Trattato di Lisbona: un nuovo modello sociale europeo?.....	46
5.3. (segue). c) Alle origini del modello sociale europeo.....	51
6. Cenni su crisi economica e modello sociale europeo.....	54
CAPITOLO II	57
I diritti nella dimensione dell'UE: una nuova era per i diritti sociali?	57
1. L'Europa e i diritti: un percorso accidentato o accidentale?.....	57
2. La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nuovi orizzonti per l'Europa dei mercati?.....	65
2.1. (segue). a) Il processo di approvazione della Carta	67
2.2. (segue). b) I contenuti della Carta.....	69
2.3. (segue). c) La Carta di Nizza: stesso valore dei Trattati, o quasi	74
2.4. (segue). d) La Carta di Nizza e l'incerto destino dei diritti in Europa	76
3. Considerazioni preliminari per uno studio dei diritti sociali. a) Cenni introduttivi	78
3.1. (segue). b) I diritti sociali in Europa	82
4. Il lavoro e i diritti sociali ad esso connessi. a) Nel contesto costituzionale italiano ...	92
4.1. (segue) b) Nel contesto europeo.....	95

5. Il ruolo della giurisprudenza nella teoria dei diritti.....	99
6. Corte di giustizia dell'Unione europea	101
CAPITOLO III.....	115
I diritti sociali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia.....	115
1. Il bilanciamento tra libertà economiche fondamentali e diritti sociali prima del Trattato di Lisbona. Brevi considerazioni a margine del c.d. “ <i>Laval Quartet</i> ”	115
2. Il <i>dumping</i> sociale a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.....	129
3. La sicurezza sociale dei lavoratori nello spazio europeo. a) Introduzione.....	134
3.1. (segue). b) I diritti previdenziali declinati secondo il principio di non discriminazione	137
3.2. (segue). c) I diritti previdenziali in funzione delle libertà fondamentali dell'UE	145
4. Problematiche relative ai contratti di lavoro a tempo determinato	154
4.1. (segue). b) Un <i>case study</i> : i precari della scuola italiana tra Corte di giustizia e Corte costituzionale.....	163
5. La tutela della sfera privata del lavoratore: a) orario di lavoro e conciliazione vita familiare e professionale	168
5.1. (segue). b) Il diritto alle ferie retribuite e l'efficacia orizzontale delle direttive: il caso “ <i>Dominguez</i> ”.....	170
5.2. (segue). c) Il lavoro in itinere rientra nell'orario di lavoro	184
5.3. (segue). d) Il diritto alla conciliazione vita lavorativa – vita familiare. La giurisprudenza in materia di congedi parentali.	186
5.4. (segue). e) Sul congedo di maternità e sui dubbi di legittimità della Direttiva 92/85.....	198
6. La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al fenomeno del “ <i>welfare shopping</i> ” e le implicazioni sul piano della cittadinanza europea.....	201
7. Il principio di uguaglianza nell'ambito della tutela dei diritti dei lavoratori	211
8. La Corte di giustizia davanti alle nuove istanze in materia di diritti sociali	227
Conclusioni	236
Esiste una dimensione per i diritti sociali dei lavoratori nell'ordinamento UE?	236
Opere citate	250

INTRODUZIONE

Il presente lavoro si pone l'obiettivo di analizzare alcune pronunce della Corte di Giustizia in materia di diritti sociali connessi allo *status* di lavoratore, partendo da un'analisi del contesto europeo a seguito delle trasformazioni verificatesi in virtù del Trattato di Lisbona. L'analisi del contesto e dell'evoluzione dell'assetto istituzionale si reputa necessaria premessa per un'indagine sui diritti sociali, in quanto alcune problematiche ad essi relative possono essere comprese in maniera più agevole tenendo conto delle peculiarità e delle anomalie dell'ordinamento europeo.

In particolare, verrà presa in esame parte della copiosa giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo a partire dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e le ragioni sottese a tale scelta sono diverse e meritano, pertanto, una breve riflessione alla luce della quale giustificare la scelta della materia da trattare e il metodo che si utilizzerà.

La scelta di indagare sull'attuale stato di salute dei diritti sociali, in particolare dei diritti sociali connessi al diritto del lavoro alla luce della giurisprudenza europea, deriva dall'ipotesi che sia oggi imprescindibile volgere lo sguardo al livello sovranazionale ed internazionale per comprendere quanto avviene all'interno dell'ordinamento costituzionale italiano. Non sono sporadiche le voci di chi ritiene che attualmente il concetto stesso di Stato sociale¹ e, addirittura di Stato costituzionale, sia definitivamente entrato in crisi, poiché l'unità politica da esso presupposta è seriamente minacciata da diversi fattori quali la globalizzazione dell'economia e dei mercati nazionali, ovvero dai flussi migratori che negli ultimi anni hanno assunto un'intensità particolarmente elevata². Nel mondo globalizzato, secondo parte della dottrina, i diritti rischiano di essere destinati ad una progressiva riduzione della propria sfera di tutela e garanzia, poiché gli stessi necessitano, non solo di essere sanciti in documenti formali ed ufficiali ma, soprattutto, essi hanno estremo bisogno di istanze giurisdizionali che ne assicurino l'azionabilità³.

¹ Secondo G. DI PLINIO, lo Stato sociale rappresenta «la più straordinaria esibizione di *resilienza* e di *adattamento* alle forme di potere alle trasformazioni dell'economia e alle conseguenti crisi di sistema, al caos/ordine di quel tempo, le cui contraddizioni interne si manifestavano, allora come oggi, soprattutto come *arresto del processo di accumulazione*, che non è la causa né l'effetto, ma è appunto la *crisi interna stessa che si esteriorizza*», cit. *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, G.C. FERONI, G. F. FERRARI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2012, pag. 88.

² Cfr. A. MORRONE, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 12.09.2014, pagg.1-26.

³ Cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 11.10.2013.

Infatti, sebbene si assista ad una sempre maggiore capacità delle Corti nazionali, internazionali e sovranazionali di dar avvio a dialoghi tra loro, tuttavia, non può ancora parlarsi di un sistema giurisdizionale globale basato su regole comuni.

Il discorso sui diritti riveste ancora oggi un ruolo centrale poiché la crisi economica che ha caratterizzato gli ultimi anni, secondo alcuni punti di vista, rappresenta un fenomeno strettamente connesso alla globalizzazione, per cui, da un lato, nel mondo globalizzato si pongono nuovi problemi in merito alla garanzia e alla tutela dei diritti - soprattutto alla luce della molteplicità delle fonti di produzione del diritto e della progressiva erosione dei confini nazionali - dall'altro, la crisi economica, i cui effetti risultano tanto più dirompenti quanto più il mondo si fa globalizzato, mette a rischio la tutela stessa di tali diritti.

In generale, pare si possa affermare che i tradizionali modelli entro i quali potevano essere collocati gli Stati e i modi di produzione del diritto sono messi in crisi o, comunque, sono oggetto di una trasformazione in corso⁴. Le regole giuridiche, infatti, non sono più generate entro il rassicurante recinto tracciato dai confini nazionali, ma esse traggono origine da più livelli⁵.

I confini dello Stato nazionale sono dunque sempre più evanescenti⁶, o meglio, si potrebbe dire che i singoli ordinamenti statali siano necessariamente portati ad entrare in

⁴ Sulla crisi delle tradizionali categorie giuridiche determinata dai nuovi assetti istituzionali ci si soffermerà nel capitolo I del presente lavoro. Tuttavia, ai fini dell'indagine che ci si prefigge di svolgere, l'attenzione sarà focalizzata prevalentemente sulla idoneità di tali categorie nel nuovo contesto sovranazionale, mentre non sarà approfondita la loro indagine dal punto di vista delle istituzioni nazionali se non nella misura in cui essa sia funzionale all'obiettivo del lavoro.

⁵ Cfr. A. MORRONE, *Crisi economica*, op. cit., pag. 16.

⁶ La globalizzazione ha sostanzialmente messo in crisi lo Stato nazionale, per cui attualmente, secondo una parte della dottrina, anche i tradizionali criteri in base ai quali ordinare le fonti normative risultano superati e non più utilizzabili, in quanto il posto dello stato tradizionalmente inteso è ricoperto da un pluralità di ordinamenti tra loro indipendenti i quali, tuttavia, sono destinati ad entrare in contatto e, in ipotesi, anche in conflitto. Tale teoria, c.d. "costituzionalismo societario", i cui maggiori esponenti sono Gunther Teubner e David Sciulli, tende a divincolare il concetto di costituzione da quello di Stato per adeguare la dimensione costituzionale alla realtà globalizzata e strutturalmente poliarchica. In tale cornice teorica non si sostiene soltanto il concetto del superamento dei confini nazionali ma, al contrario, si pone l'accento sul processo di costituzionalizzazione che interessa anche segmenti del settore privato. Su tale teoria si rimanda a F. RIMOLI, *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2012, pagg. 357-402, secondo il quale uno dei meriti di tale elaborazione teorica risiede nell'aver superato l'illusione degli universalismi, sebbene, tuttavia, la teoria di un diritto costituzionale globale risulti di difficile realizzazione, soprattutto a causa del fatto che sembra arduo riuscire ad ottenere una convergenza di valori tra culture assolutamente tra loro estranee. L'A., peraltro, si interroga sulla possibilità concreta di scindere il concetto di Costituzione da quello di Stato ma la conclusione cui perviene è nel senso di rimarcare il ruolo fondamentale che la costituzione politica nata nel sistema costituzionale occidentale svolge per il perseguimento del fine-valore dell'integrazione.

contatto con altri ordinamenti i quali, in maniera più o meno incisiva, sono capaci di influenzare le loro scelte politiche ed economiche. La collocazione dell'ordinamento giuridico statale, *rectius* degli ordinamenti statali, nell'alveo di un ordinamento più esteso e dai confini labili, ha messo in discussione i canoni tradizionali del diritto costituzionale, tanto da rendere diffusa tra gli studiosi del diritto l'idea che la sovranità nazionale riversi in uno stato di evidente sofferenza e che, anzi, essa si stia dirigendo verso un prossimo smarrimento⁷.

Nel "villaggio globale", dunque, la sovranità statale sembra divenire ogni giorno più evanescente; il principio democratico e i suoi corollari sembrano essere destinati a cedere davanti alla supremazia del mercato e alle sue esigenze; le ridotte risorse economiche paiono imporre una limitazione nel godimento dei diritti. Il mondo che i giuristi hanno per decenni descritto, dunque, sembrerebbe appropinquarsi verso la strada del proprio tramonto.

È, altresì, diffusa l'idea che la crisi economica che ha sconvolto gli equilibri economico-politici dell'area occidentale del Pianeta faccia da sfondo, da causa scatenante o, comunque, coesista – a seconda dei diversi punti di vista assunti a tal riguardo dalla dottrina – ad altre crisi, tra le quali, ad esempio, quella del concetto di sovranità. Ora, se è vero che alcuni dei tradizionali corollari della sovranità statale e, più in generale, delle tradizionali categorie di riferimento del diritto costituzionale sono interessate da evidenti e rilevanti processi di trasformazione, tuttavia, sembra affrettato concludere che effettivamente tali concetti siano destinati a scomparire dal panorama che sino ad oggi ha rappresentato il campo di indagine dello studioso del diritto pubblico.

Come si è accennato, oggetto della presente indagine è soprattutto la giurisprudenza della Corte di giustizia, tuttavia, prima di addentrarsi nell'analisi delle decisioni selezionate,

⁷ Cfr. A. RUGGERI, *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"* (Nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in *federalismi.it*, 23 novembre 2011. L'A. sostiene che la sovranità nazionale sia fortemente messa in discussione dallo stato emergenziale causato dalla crisi economica, il quale ha reso indispensabile nell'anno 2011 un'attiva presa di posizione dell'allora Presidente della Repubblica Giorgio Napolitano, la cui massima espressione è data dalla nomina del "Governo Monti", il quale tuttavia non travalica i confini del costituzionalmente legittimo poiché, in ogni caso, entrato in carica a seguito della fiducia accordata dalle Camere. Tuttavia tale vicenda, per l'A., è emblematica delle profonde trasformazioni che attraversano da più parti lo Stato costituzionale e proprio tali circostanze impongono di pensare in termini diversi le categorie teoriche usualmente utilizzate per descriverne i caratteri essenziali. La questione ruota, cioè, attorno al dubbio se, una volta superata la crisi, sia possibile tornare all'originario dettato costituzionale o se, al contrario, i governi dovranno ottenere non soltanto l'investitura parlamentare ma necessiteranno altresì della fiducia dell'UE e dei mercati.

sarà svolta una breve analisi della Carta di Nizza, del suo processo di formazione e dei suoi trattati essenziali, così come un approfondimento in parte simile sarà rivolto alla Corte di giustizia. Tali indagini si reputano propedeutiche rispetto allo studio della giurisprudenza europea, sia al fine di comprendere le peculiarità del sistema giurisdizionale dell'UE, sia per verificare le affinità con le attuali tendenze che si registrano, più in generale, nell'ambito del potere giudiziario.

Affrontare la tematica dei diritti sociali guardando al contesto europeo ha, inoltre, un'ulteriore giustificazione che va rinvenuta in quel concetto di cittadinanza europea che, sebbene consacrata nei Trattati da ormai più di due decenni, stenta a trovare autonoma collocazione proprio tra coloro i quali sono titolari di tale *status*. Tale correlazione può essere individuata nel fatto che i diritti sociali, sebbene ormai considerati dalla maggior parte della dottrina veri e propri diritti fondamentali dell'uomo, siano, talvolta, ancora strettamente connessi, e il loro godimento subordinato, all'esistenza di un vincolo sussistente tra lo Stato-erogatore e il cittadino-fruitori⁸. Con ciò non si vuol concludere che i diritti sociali spettino esclusivamente ai cittadini di un determinato Stato⁹, ma, piuttosto, si vuol far riferimento a quei casi in cui il legislatore, spinto da esigenze di tenuta dei conti pubblici, limita la garanzia dei diritti di prestazione ai soli cittadini o agli stranieri residenti sul territorio nazionale da un determinato periodo di tempo. Tali scelte politiche, inoltre, trovano spesso l'avallo del Giudice delle Leggi il quale risolve gli ipotetici vizi di legittimità costituzionale attraverso la lente del giudizio di ragionevolezza.

Non mancano, tuttavia, esempi meritevoli di attenzione nell'opera attuata dalla Corte di Giustizia in tale campo. Essa, infatti, ha spesso utilizzato il concetto di cittadinanza europea come grimaldello per perseguire un'estensione dei diritti che alcuni Stati hanno

⁸ A differenza dello Stato liberale, infatti, nelle forme di Stato liberaldemocratico la tutela dei diritti umani è sganciata dalla cittadinanza come categoria *ad alios excludendos*, come sottolinea T. DE PASQUALE, *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto «europeizzato» di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli Stati membri*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3/2014, pag.447.

⁹ È da segnalare, infatti, che sempre più spesso il legislatore prevede il riconoscimento dei diritti sociali anche a soggetti che risultano essere meramente residenti sul territorio nazionale. Tuttavia, come si avrà modo di verificare nel Capitolo II non mancano casi in cui gli Stati membri prevedano che il godimento di determinate misure assistenziali sia riservato ai titolari della cittadinanza nazionale, mentre per i cittadini europei provenienti da altri Paesi membri l'erogazione di tali misure può legittimamente essere subordinata alla soddisfazione di ulteriori requisiti quali, ad esempio, l'essere stati titolari di un rapporto di lavoro entro un determinato periodo di riferimento.

tentato di connettere in qualche modo all'appartenenza o, comunque, al collegamento¹⁰ esistente tra il soggetto beneficiario e l'ordinamento nazionale.

La scelta di prendere in esame le sentenze della Corte di giustizia deriva dal fatto che oggi i giudici, tanto quelli nazionali quanto internazionali ed europei, sempre più frequentemente si fanno portavoce delle istanze provenienti da una società in costante trasformazione, anche nelle more dell'intervento legislativo. Oltretutto, la Corte di giustizia ha da sempre svolto un ruolo di primaria importanza nella costruzione di un patrimonio comune di diritti e principi europei, per cui risulta interessante valutare come essa operi oggi, soprattutto a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del nuovo valore assunto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Per le ragioni evidenziate, particolare attenzione verrà dedicata nel capitolo III allo studio delle sentenze relative ai diritti connessi al lavoro in quanto questi sembrano avere un legame profondo con l'impianto originariamente assunto dalle Comunità europee e, in particolare, con le quattro libertà fondamentali su cui esse si reggevano¹¹. Inoltre, negli anni della crisi, il diritto del lavoro¹² e i diritti dei lavoratori sono stati oggetto di

¹⁰ Si pensi, ad es. al caso *Bidar* in cui la Corte ha ritenuto che gli aiuti concessi agli studenti da parte del Regno Unito non potessero essere subordinati a condizioni relative alla cittadinanza oltre la soglia strettamente necessaria, dal momento che la concessione di tali sussidi rappresentava un aspetto tipico della libertà di circolazione delle persone riconosciuta ai cittadini europei. Si veda, altresì, la sentenza del 21 febbraio 2013, C-46/12 con la quale la Corte si è espressa in merito ad una questione pregiudiziale vertente sull'interpretazione di una norma di diritto danese la quale negava la concessione di un sussidio per gli studi, prevista per i lavoratori subordinati, a coloro che si fossero recati in Danimarca per motivi di studio. La Corte ha però precisato che gli articoli 7, paragrafo 1, lettera c), e 24, paragrafo 2, della Direttiva 2004/38/CE che ad un cittadino europeo che si rechi in un Paese membro per motivi di studio, e che contemporaneamente acquisisca lo *status* di lavoratore subordinato, a norma dell'art. 45 TFUE non possa essere negato l'accesso agli aiuti di mantenimento agli studi che il Paese ospitante prevede per i propri cittadini. Anche in tale decisione, dunque, al di là delle ricadute sul giudizio principale – la Corte, infatti, precisa come spetti al giudice del rinvio verificare se il ricorrente abbia o meno i requisiti per essere considerato lavoratore ai sensi del diritto europeo – il Giudice di Lussemburgo circoscrive entro precisi vincoli le deroghe che il diritto dell'UE concede agli Stati in materia di parità di trattamento tra cittadini dello stato e quelli proveniente da altri Paesi membri.

¹¹ Si consideri, infatti, la centralità rivestita dal rapporto di lavoro subordinato nella vita di relazione a livello europeo, sin dalla nascita della Comunità europea, come sottolineato da G. FIENGO, *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2015, pag.1030.

¹² Il diritto del lavoro, come un "cantiere continuo" risente molto delle trasformazioni che si registrano nel contesto in cui esso si colloca. Tra i vari fattori che hanno esercitato maggiori spinte evolutive si annoverano l'internazionalizzazione dell'economica, la globalizzazione del mercato e il nuovo ruolo assunto dalle istituzioni europee. Quest'ultimo, peraltro, ha determinato una riduzione della sovranità degli Stati nazionali sulle politiche interne e, inoltre, impone all'interprete nuove riflessioni sulla funzione stessa del diritto del lavoro. Sul punto si rinvia a L. CORAZZA E R. ROMEI, *Il puzzle delle trasformazioni*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, L. CORAZZA E R. ROMEI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2014, pagg. 7-14.

numerose riforme da parte degli Stati membri; l'allarmante livello della disoccupazione registrato in alcuni di essi ha rappresentato uno dei più evidenti sintomi della crisi economica. Di particolare interesse risulta la giurisprudenza relativa a due fenomeni connessi con la crisi economica: quello del c.d. *dumping* sociale, e quello che potrebbe essere considerato come l'altra faccia della medaglia di tale fenomeno, ovvero il c.d. *welfare shopping*. Verranno, altresì, analizzate decisioni relative ai contratti di lavoro a tempo determinato, nell'ambito delle quali verrà approfondito il caso cd. "Mascolo" che ha attirato l'attenzione della dottrina soprattutto per il ruolo svolto dalla Corte costituzionale che, per la prima volta nell'ambito di un giudizio in via incidentale, ha adito la Corte di giustizia in qualità di giudice del rinvio. Peraltro, oggetto di indagine saranno anche alcune pronunce relative alle prestazioni previdenziali previste per i lavoratori migranti, in cui sarà evidenziata la centralità rivestita dalla libertà di circolazione. Inoltre, dallo studio delle decisioni relative alle misure previste per favorire la conciliazione tra vita professionale e vita privata si potrà osservare come, spesso, tanto le politiche europee quanto quelle statali siano non del tutto soddisfacenti. L'indagine, peraltro, verterà su alcune pronunce in cui la Corte di giustizia, pur giungendo ad ampliare determinate sfere di tutela attraverso l'applicazione del principio di uguaglianza, sembra passibile di critiche laddove essa non opera secondo il principio di ragionevolezza. Infine, per valutare quale contributo possa offrire la giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo alla tutela dei diritti sociali dei lavoratori nell'ordinamento europeo, pare opportuno e di particolare interesse soffermarsi su una breve analisi di alcune sentenze relative alle nuove istanze di tutela provenienti dalla società.

Attraverso il presente lavoro, oltre a verificare lo stato di salute dei diritti sociali dei lavoratori all'interno dell'ordinamento europeo, si vuole provare a comprendere come la Corte si ponga nei confronti, non solo degli Stati nell'attuazione del diritto europeo, ma anche nei confronti delle politiche stabilite dalle istituzioni europee, se, cioè, il Giudice di Lussemburgo operi come "notaio" delle scelte di queste ultime o se, al contrario, sia capace di effettuare un bilanciamento tra esigenze dell'UE e diritti dei cittadini europei. Infine, si vuole verificare se esista, o meno, una dimensione europea per i diritti dei lavoratori.

CAPITOLO I

L'Unione europea nel contesto della crisi economica tra *governance* e prove di democrazia

Sommario: **1.** Il contesto della crisi economica. – **2.** L'Europa davanti alla crisi: dalla *governance* europea all'obbligo del pareggio di bilancio – **3.** Le conseguenze della *governance* in Italia e la riforma costituzionale – **3.1.** (*segue*). *Le misure di austerità in Italia nella legislazione* – **4.** La *governance* europea e la sua legittimazione - **4.1.** (*segue*). *Le conseguenze sugli Stati: alla ricerca della sovranità perduta* - **5.** Prove di democrazia: dal Progetto di una Costituzione per l'Europa al Trattato di Lisbona - **5.1** (*segue*). a) Sulla Costituzione europea e sull'ipotesi di un diritto costituzionale europeo - **5.2.** (*segue*). b) *Il Trattato di Lisbona: un nuovo modello sociale europeo?* - **5.3.** (*segue*). c) *Alle origini del modello sociale europeo* – **6.** Cenni su crisi economica e modello sociale europeo

1. Il contesto della crisi economica

A seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona è fiorita nella dottrina e, in particolare, tra i giuspubblicisti, una nuova attenzione per il contesto europeo e per quel processo noto come "integrazione europea". Prima di addentrarsi nelle varie e peculiari novità che si sono registrate a livello sovranazionale, e che sono capaci di riflettersi all'interno dei singoli Paesi membri, occorre partire da un dato di fatto: parallelamente all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona l'Unione europea, oltre a dover affrontare le nuove sfide derivanti dall'assetto che iniziava a delinearsi proprio a causa del nuovo Trattato, ha dovuto fare i conti con una crisi economica¹³ che ha interessato il continente in maniera più vistosamente problematica a partire dal 2010¹⁴. I vari sistemi economici

¹³ Come noto, la crisi economica di cui si parla ha avuto origine negli Stati Uniti nel 2007 con il fallimento della Banca *Lehman Brothers* e progressivamente si è estesa sino ad interessare l'intero continente europeo il quale, nel primo biennio, sembrava essere immune agli effetti della stessa. Agli occhi di parte della dottrina, la crisi si è presentata come «al punto di intersezione fra fallimenti di mercato, fallimenti istituzionali e fallimenti sovrani», cit. M. LAMANDINI, *La riforma dell'ordinamento finanziario europeo: quali cure per i fallimenti di mercato, i fallimenti istituzionali e i fallimenti sovrani?*, in *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, G. C. FERONI E G. F. FERRARI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2012, pag. 51. Nell'ambito del presente lavoro di ricerca non verranno approfondite le cause dalle quali tale crisi è scaturita, ma, piuttosto, essa sarà considerata come il contesto all'interno del quale analizzare il processo di integrazione europea.

¹⁴ Nel 2010, infatti, si è reso evidente che la Grecia non avrebbe potuto saldare i propri debiti e nell'Eurozona si è progressivamente propagata la crisi economico-finanziaria che ha mostrato i segnali più evidenti in Irlanda, Spagna, Portogallo e Italia.

caratterizzanti i singoli membri dell'Unione - diversi tra loro e, non di rado, denotati da pregresse criticità - hanno contribuito a rendere difficoltoso il processo di integrazione europea poiché l'esigenza di salvaguardare la stabilità finanziaria dell'Eurozona, minata anche dalla crisi dei mercati, ha imposto la predisposizione di strumenti di protezione di ultima istanza. Tali misure emergenziali si sono rese necessarie sia a causa del carattere straordinario della crisi, sia a causa del fatto che nei Trattati dell'UE non erano previste misure organiche atte a gestire il pericolo di collasso del debito pubblico degli Stati membri¹⁵. L'endemica espansione delle speculazioni finanziarie in diversi Stati dell'Unione ha fatto sì che le istituzioni europee predisponessero un sistema di *governance*¹⁶ economico-finanziaria caratterizzato, almeno nelle intenzioni, dalla temporaneità delle relative misure¹⁷.

Già prima del vigoroso irrompere della crisi economica, l'Europa si proponeva di modificare il proprio sistema economico, tentando di perseguire un'integrazione tra i diversi sistemi dei Paesi membri, svolgendo prevalentemente un'opera di coordinamento, lasciando agli Stati lo spazio per poter adottare le misure più idonee al raggiungimento degli obiettivi fissati a livello sovranazionale. Occorre osservare che la *governance* europea è nata come una forma di sorveglianza multilaterale, le cui estrinsecazioni pratiche consistevano in pareri e raccomandazioni della Commissione e del Consiglio relative alle politiche economiche nazionali e sul controllo dei disavanzi pubblici eccessivi. Tale modalità di azione sembra essere perfettamente in linea con l'assetto che connota l'Europa, la quale non ha assunto la forma dello Stato federale, per cui, in assenza di entrate proprie e di una propria e autonoma capacità redistributiva, non

¹⁵ Cfr. L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014, pagg. 87-88.

¹⁶ Con tale termine si indica il metodo comunitario di governo, utilizzato in alcuni settori in cui sono competenti gli Stati, attuata prevalentemente attraverso strumenti di *soft law*. La "nuova *governance*", invece, si caratterizza per essere collocata all'interno di una cornice definita da atti di *hard law*, ovverosia regolamenti o direttive. Il Consiglio, cioè, pone degli obiettivi che gli Stati devono perseguire e su di essi incombe la sorveglianza della Commissione europea. Sul punto si veda L. DE LUCIA, 'Pastorato' e 'disciplinamento' nella *governance economica europea*. *Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2015, pagg. 872-873.

¹⁷ Si pensi al Regolamento 407/2010/UE che ha istituito un meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria, il quale, come è dato leggere nel preambolo, intendeva introdurre uno strumento che consentisse all'Unione di reagire alla situazione eccezionale determinata dalla crisi economica la quale si dimostrava idonea a mettere in pericolo la stabilità finanziaria dell'area europea. È evidente, dunque, la straordinarietà ed eccezionalità della misura introdotta, la quale, tuttavia, risulta giustificata ai sensi dell'art. 122 par. 2 del TFUE, il quale prevede la possibilità di introdurre azioni a sostegno di un Paese membro che si trovi in una grave situazione economica per cause non dipendenti dal suo controllo.

avrebbe potuto agire in maniera diretta e vincolante in ambiti rigorosamente assegnati agli Stati, tra i quali occorre annoverare la materia del bilancio interno¹⁸. Per tale motivo, dunque, il metodo aperto di coordinamento ben si inserisce all'interno dell'assetto istituzionale europeo e, soprattutto, sembra essere confacente rispetto ai rapporti che intercorrono tra Stati e UE, poiché attraverso tale tecnica le rispettive sfere di competenza non risultano, almeno formalmente, minacciate da invasioni da parte del soggetto privo della relativa attribuzione.

2. L'Europa davanti alla crisi: dalla *governance* europea all'obbligo del pareggio di bilancio

Nella cornice tratteggiata dalla crisi si colloca una serie piuttosto cospicua di misure economiche, di natura sovranazionale e internazionale¹⁹, le quali hanno avuto particolari ricadute all'interno dei vari ordinamenti statali. Tendenzialmente le politiche stabilite a livello europeo hanno avuto ad oggetto misure volte a ridurre i disavanzi pubblici dei diversi ordinamenti nazionali al fine di limitare i forti squilibri che in taluni casi sussistevano tra il *deficit* e il PIL di Paesi fortemente vulnerabili sui mercati finanziari. Tali politiche sono state perseguite attraverso il meccanismo della *governance* che ha avuto come effetto quello di influenzare in maniera più vincolante rispetto al passato le politiche economiche e di bilancio degli Stati. Nell'ottica di procedere verso un rafforzamento della *governance* economica europea si deve collocare, innanzitutto, la riforma della vigilanza finanziaria approvata grazie al via libera concesso il 7 settembre 2008 dall'Ecofin²⁰ al compromesso che era stato raggiunto precedentemente dal Parlamento europeo. L'avvio della complessiva riforma ha avuto inizio nel maggio del medesimo anno quando la Commissione aveva presentato la comunicazione COM(2010)

¹⁸ Cfr. L. DE LUCIA, 'Pastorato' e 'disciplinamento', op. cit. pag. 874.

¹⁹ Si pensi, ad es. al c.d. *fiscal compact*, su cui si tornerà più dettagliatamente nel prosieguo. Tale atto, infatti, non è stato sottoscritto da Regno Unito e Repubblica Ceca, per cui per la sua predisposizione non è stato prescelto il metodo comunitario ma, al contrario, si è seguito il metodo intergovernativo. Secondo alcuni autori, tra i quali M. BERTOLISSI, in *Fiscalità e spesa pubblica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* n. 1/2016, pag. 41, il metodo intergovernativo è stato lo strumento prescelto per trovare una soluzione alla crisi economica in ambito europeo.

²⁰ Tal organo dell'Unione, composto dai ministri dell'economia e delle finanze dei Paesi membri, è l'organo preposto alla formazione del bilancio annuale dell'UE; è competente in materia di politica monetaria; coordina le politiche economiche degli Stati membri, ne monitora le politiche di bilancio e persegue la convergenza dei loro risultati economici. Inoltre, esso coordina le posizioni dell'UE alle riunioni del G-20, del Fondo monetario internazionale e della Banca Mondiale.

250²¹ con la quale esternava l'intenzione di rafforzare il coordinamento delle politiche economiche tra gli Stati membri²².

La *governance* economica ha subito ulteriori variazioni grazie alla sottoscrizione del c.d. Patto *Europlus*²³, sottoscritto nel marzo del 2011 dai capi di Stato e di governo dell'Eurozona, avallato in un momento successivo dal Consiglio europeo²⁴. Nel preambolo del Patto è dato leggere che esso è stato adottato allo scopo specifico di uscire dalla crisi economica e di realizzare una crescita sostenibile. Un ulteriore e fondamentale tassello nel rafforzamento della *governance* europea è da rinvenirsi nell'introduzione del (MES)²⁵ e del cd. *fiscal compact*²⁶, i quali hanno apportato notevoli novità in materia di

²¹ Indirizzata al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio, alla Banca Centrale europea, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni.

²² Nella cornice di tale riforma risiedono diverse misure la cui adozione ha determinato l'istituzione di nuove autorità europee preposte ad assumere decisioni vincolanti circa le controversie sui gruppi *cross-border* operanti nei settori delle banche, assicurazioni e mercati, nel caso di mancato accordo tra le autorità di vigilanza nazionale. Per maggiori approfondimenti sul punto si rimanda a M. LO BUE, *Crisi economica e trasformazione delle istituzioni europee. Meccanismi istituzionali di governo della recessione*, Torino, Giappichelli, 2013, pag. 59 e ss.

²³ Il testo del Patto corredato dell'Allegato I è consultabile all'indirizzo: https://www.consilium.europa.eu/uedocs/cms_data/docs/pressdata/it/ec/120304.pdf. Tale atto è atipico rispetto al diritto dell'Unione, sebbene non possa dirsi ad essa estraneo. Esso è formalmente un accordo internazionale ma allo stesso tempo viene richiamato dalle conclusioni del Consiglio europeo. Inoltre del marzo 2011 tra gli Stati sottoscrittori figurano anche Paesi non aderenti all'Eurozona. Sul punto si veda M. P. CHITI, *La crisi del debito sovrano*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità. Atti del 58° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2013, pag. 177. In dottrina vi è chi sottolinea come tale patto rappresenti una vera svolta all'interno della *governance* economica europea, in particolare se si tiene conto delle modifiche apportate in tema di controlli svolti a livello sopranazionale, i quali avranno cadenza annuale. Sul punto si rimanda a S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Bari, Laterza, 2013, pag. 14 e ss, la quale pone particolare attenzione sul contenuto del Patto in materia di politiche salariali e costo del lavoro. In particolare, l'A. mette in risalto come da tale documento emergesse la necessità di attuare misure urgenti volte alla semplificazione delle politiche salariali e al perseguimento di una maggiore efficienza delle politiche attive di lavoro. Tuttavia, per ciò che attiene all'Italia, la nota lettera inviata dalla BCE nel 2011, su cui ci si soffermerà nel prosieguo del presente lavoro, ha comportato l'adozione di misure diverse, rivolte soprattutto alla disciplina dei licenziamenti.

²⁴ Ad esso hanno aderito, altresì, Bulgaria, Danimarca, Lettonia, Lituania, Polonia e Romania ed è, inoltre, prevista la possibilità di un'adesione futura da parte di nuovi Paesi membri.

²⁵ Il Meccanismo europeo di stabilità è stato introdotto nel 2012 e ad esso sono state attribuite le funzioni precedentemente svolte dal Fondo europeo di stabilità finanziaria (EFSF) e dal Meccanismo europeo di stabilizzazione finanziaria (EFSM) i quali, cioè intervenivano nel caso in cui uno o più Stati appartenenti all'Eurozona necessitassero di assistenza finanziaria. Nelle conclusioni del Consiglio europeo del 25 marzo 2011 era stata assunta la Decisione 2011/199/UE con la quale è stato modificato l'art. 136 del TFUE, al quale è stato aggiunto un paragrafo sancisce che: «Gli Stati membri la cui moneta è l'euro possono istituire un meccanismo di stabilità da attivare ove indispensabile per salvaguardare la stabilità dell'intera zona euro. La concessione di qualsiasi assistenza finanziaria necessaria nell'ambito del meccanismo sarà soggetta a una rigorosa condizionalità».

stabilità e coordinamento delle politiche economiche all'interno dell'ordinamento europeo, con particolare riguardo per i Paesi appartenenti alla zona Euro. Importante rilievo ha, peraltro, assunto la istituzione del cd. "semestre europeo"²⁷, il quale ha previsto il coordinamento delle leggi finanziarie dei Paesi membri dell'Unione che allineano le rispettive politiche economiche e di bilancio agli obiettivi e alle norme stabilite a livello europeo.

A seguito di tali riforme, dunque, la Commissione e il Consiglio esercitano un rilevante ruolo sulle politiche economiche e di bilancio degli Stati²⁸ e proprio tale circostanza è stata spesso considerata in termini più o meno critici dagli studiosi, i quali contestano a tali istituzioni una eccessiva carenza di democraticità²⁹. Inoltre, il fatto che si sia

²⁶ «Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'unione economica e monetaria», sottoscritto da 25 Stati membri – Regno Unito e Repubblica ceca non vi hanno preso parte - , in data 2 marzo 2012, ed entrato in vigore il 1° gennaio 2013. In tale trattato sono contenute due regole fondamentali: da un lato è fatto divieto per il *deficit* di superare lo 0,5% del PIL nell'arco di un ciclo economico; dall'altro viene fissato un percorso di diminuzione del debito pubblico in rapporto al PIL, per cui ogni anno dovrà ridursi di 1/20 la distanza tra il suo livello effettivo e la soglia del 60%.

²⁷ Definito «uno dei pilastri sui quali l'Unione europea intende basare una nuova *governance* economica finalizzata a scongiurare per il futuro l'insorgenza di crisi finanziarie e si configura come un ciclo di procedure definite temporalmente in modo tale da assicurare un coordinamento *ex ante* ed una più adeguata sorveglianza delle politiche economiche e di bilancio nell'Eurozona e nell'UE a 27 da parte del Consiglio europeo su impulso della Commissione», cit. *La riforma della governance economica europea. Una analisi preliminare*, Servizio del bilancio del Senato, n. 36, ottobre 2010. Si legge in tale documento che la *ratio* del semestre europeo è quella di favorire una incisiva guida politica e strategica da parte delle istituzioni europee quando le politiche di bilancio statali si trovano ancora in una fase di programmazione. Esso è stato introdotto ad opera del c.d. "Six Pack", la cui disciplina è stata completata successivamente dal c.d. "Two Pack".

²⁸ Sebbene a livello formale non siano state introdotte sostanziali modifiche in merito ai ruoli rispettivamente svolti dal Consiglio e dalla Commissione, tuttavia, come osserva G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, Relazione presentata al Seminario «Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012». Seminario di studio – Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013, reperibile all'indirizzo <http://www.cortecostituzionale.it/convegniSeminari.do>, pag. 10, tuttavia, il *reverse majority voting*, introdotto dal *Six pack* e rafforzato dal *Fiscal compact* potrebbe attribuire un ruolo maggiormente rilevante alla Commissione le cui proposte in materia di bilancio hanno infatti un peso maggiore rispetto a quanto avveniva nel passato. In particolare le proposte della Commissione si intendono approvate se non il Consiglio non si oppone con una maggioranza qualificata.

²⁹ Le decisioni assunte per contrastare gli effetti della crisi quasi mai hanno visto il Parlamento europeo giocare un ruolo decisivo all'interno di tale circuito, così come scarso peso hanno avuto i parlamenti nazionali. Questo è quanto indicato da A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti. Quali contrappesi alla governance europea e internazionale*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2013, pagg. 1011-1049, il quale, peraltro, assume anche l'assenza di un coinvolgimento dell'opinione pubblica come fattore negativo per la democraticità delle decisioni relative alle misure economiche elaborate dall'UE.

prediletto il metodo intergovernativo ha fatto sì che il *deficit* democratico³⁰ che viene spesso contestato all'ordinamento europeo non sia stato superato ma, al contrario, sia stato rinvigorito a discapito del processo di integrazione politica³¹.

Prima di approfondire i diversi aspetti che già in questa introduzione sembrano essere meritevoli di particolare attenzione, pare utile aprire una breve parentesi entro la quale analizzare il contesto italiano, al fine di iniziare a tratteggiare i lineamenti essenziali di quelle che sono le conseguenze della crisi economica e della *governance* sul piano dei diritti. In Italia, infatti, gli anni della crisi e le misure della *governance* economica europea hanno determinato conseguenze particolarmente evidenti e discusse che hanno avuto effetti più o meno incisivi sul piano dei diritti sociali connessi alla condizione lavorativa, i quali rappresentano l'oggetto della presente ricerca che, tra i propri obiettivi, pone quello di valutarne lo stato di salute all'interno dell'odierno contesto europeo.

3. Le conseguenze della *governance* in Italia e la riforma costituzionale

Sebbene esuli dall'oggetto del presente lavoro, tuttavia sembra utile un, seppure breve, sguardo a come l'ordinamento italiano ha reagito davanti alla crisi e alle misure adottate in ambito europeo. Le politiche economiche definite negli atti di cui si è appena detto, infatti, hanno avuto risvolti pratici più o meno evidenti nella maggior parte degli ordinamenti degli Stati membri i quali, sebbene non abbiamo giocato un ruolo preponderante nella definizione di tali politiche, ne hanno, però, subito gli effetti e hanno, altresì, dovuto provvedere a darvi attuazione all'interno dei propri ordinamenti³². Il

³⁰ Come osserva un'attenta dottrina, si parla di "deficit" non di totale assenza del principio democratico, e, peraltro, esso attiene i rapporti che intercorrono tra Parlamento-Commissione-Consiglio, mentre, al contrario, i processi decisionali che confluiscono poi nel Consiglio sono condizionati dai governi che hanno una propria legittimazione democratica. Sul punto si veda A. BARBERA, *Esiste una "costituzione europea"?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2000, pagg. 68-69.

³¹ Cfr. A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti*, op. cit. pag. 1013 il quale, oltretutto, evidenzia come sia stato, di contro, rafforzato il procedimento di integrazione economica. Oltretutto la progressiva corrosione della democraticità delle istituzioni coinvolte nella lotta alla crisi in Italia si è concretamente mostrata con il "Governo Monti", governo composto esclusivamente da tecnici, nell'anno 2011 in un contesto di particolare crisi economica e politica, la cui entrata in carica, secondo alcuni, sarebbe stata imposta dai mercati con il sostegno delle istituzioni europee. Su tale ultimo aspetto si veda A. MORRONE, *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 12 settembre 2014, pag. 2.

³² Sul punto si veda P. BILANCIA, *La nuova governance dell'Eurozona: alla ricerca del demos*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), Napoli, Jovene editore, 2012, pag. 19. L'A. ritiene che le novità così introdotte ad opera di tali trattati abbiano di fatto costretto gli Stati dell'Eurozona ad adeguarsi alle stesse, senza una vera volontà espressa in tal senso. In senso critico nei confronti dell'iniziativa del Governo Monti di procedere ad una riforma costituzionale per l'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione si veda M. LUCIANI, *Unità nazionale e*

complesso di norme di matrice europea in materia economico-finanziaria ha creato una serie di vincoli alla sovranità statale in materia di politica economica e di gestione dei conti pubblici, giungendo persino ad esercitare riflessi sugli assetti costituzionali interni³³. In tale contesto, infatti, l'ordinamento italiano ha modificato l'art. 81 della Costituzione³⁴, adeguandosi così al contenuto del c.d. *fiscal compact*, il quale ha imposto agli Stati di introdurre il principio del pareggio di bilancio³⁵ - che si intende raggiunto qualora l'indebitamento strutturale sia uguale o inferiore allo 0,5% del PIL³⁶ - consentendo loro, tuttavia, di scegliere se farlo attraverso una disposizione di rango costituzionale o meno³⁷. Tale modifica costituzionale è stata oggetto di un vivace e florido dibattito che ha visto contrapporsi voci contrastanti circa i possibili effetti dell'introduzione del pareggio di bilancio in Costituzione. Parte della dottrina, infatti, ha sin da subito criticato la riforma

struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana, op. cit., pag. 67 e ss. L'A., in particolare, rileva come nonostante il pareggio di bilancio possa essere utile come prospettiva di tendenza, tuttavia in determinate congiunture economiche uno sbilancio risulta essere indispensabile per il rilancio dell'economia o per il mantenimento di livelli quanto meno accettabili della qualità della vita e del consenso dei cittadini. Inoltre, secondo l'A. anche alcuni economisti si sono dimostrati scettici circa l'inserimento del principio del pareggio di bilancio in Costituzione, come dimostra la lettera sottoscritta da 8 economisti e indirizzata al Presidente degli Stati Uniti per dissuaderlo dall'introdurre tale regola all'interno del testo costituzionale.

³³ Cfr. G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europei e interno*, op. cit.

³⁴ La cui nuova formulazione così recita: «Lo Stato assicura l'equilibrio tra le entrate e le spese del proprio bilancio, tenendo conto delle fasi avverse e delle fasi favorevoli del ciclo economico. Il ricorso all'indebitamento è consentito solo al fine di considerare gli effetti del ciclo economico e, previa autorizzazione delle Camere adottata a maggioranza assoluta dei rispettivi componenti, al verificarsi di eventi eccezionali. Ogni legge che importi nuovi o maggiori oneri provvede ai mezzi per farvi fronte. Le Camere ogni anno approvano con legge il bilancio e il rendiconto consuntivo presentati dal Governo. L'esercizio provvisorio del bilancio non può essere concesso se non per legge e per periodi non superiori complessivamente a quattro mesi. Il contenuto della legge di bilancio, le norme fondamentali e i criteri volti ad assicurare l'equilibrio tra le entrate e le spese dei bilanci e la sostenibilità del debito del complesso delle pubbliche amministrazioni sono stabiliti con legge approvata a maggioranza assoluta dei componenti di ciascuna Camera, nel rispetto dei principi definiti con legge costituzionale». Tuttavia, occorre ricordare che la riforma introdotta con la l. cost. n. 1/2012 non ha modificato esclusivamente l'art. 81 Cost., ma essa ha interessato anche altre disposizioni della Carta costituzionale, oltretutto l'art. 97, 117 e 119.

³⁵ Per una dettagliata ricostruzione del complesso delle regole di bilancio contenute nei Trattati istitutivi dell'UE, in regolamenti e direttive e nel trattato internazionale c.d. *fiscal compact* si rimanda a G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio, alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli di governo*, in *Rivista di diritto internazionale*, n. 1/2014, pagg. 5-35.

³⁶ Cfr. D. CABRAS, *Su alcuni rilievi critici cl c.d. "pareggio di bilancio"*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, 08 maggio 2012, pag. 3.

³⁷ Solo con l'entrata in vigore del *fiscal compact* gli Stati membri sono stati giuridicamente vincolati ad adeguare i propri ordinamenti alle regole europee in materia di bilancio e conti pubblici, tuttavia, tale obbligo non copriva anche la scelta circa gli strumenti giuridici attraverso i quali realizzare tale adeguamento.

costituzionale approvata nel 2012³⁸, in quanto vi ha visto una pericolosa minaccia per la garanzia dei diritti sociali³⁹, mentre altra parte ha sostenuto tesi meno pessimistiche, ritenendo, al contrario, che attraverso un ripensamento della spesa pubblica fosse effettivamente possibile garantire una migliore distribuzione delle risorse di disponibilità statale e, di conseguenza, una più efficiente tutela dei diritti a prestazione⁴⁰. In base a tali punti di vista, dunque, il nuovo principio del pareggio di bilancio potrebbe rappresentare un'occasione per dare attuazione al disegno costituzionale di promozione dell'eguaglianza, nella misura in cui esso si dimostri effettivamente capace di condizionare le scelte economiche effettuate dal legislatore, rendendole più efficienti e razionali⁴¹. I commentatori della riforma si sono, altresì, interrogati sulla possibilità che la costituzionalizzazione della “regola aurea” del pareggio di bilancio potesse operare

³⁸ Tra gli altri, si veda, ad es. P. BILANCIA, *Note critiche sul c.d. 'pareggio di bilancio'*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012, la quale ha analizzato in termini fortemente critici il contenuto della riforma già prima della sua approvazione in seconda lettura da parte del Parlamento. Oltre alle perplessità circa la mancanza di un dibattito pubblico sulla riforma costituzionale, l'A. mette in evidenza che il requisito della maggioranza assoluta per l'approvazione di leggi che comportino un ricorso all'indebitamento equivalga a sottrarre la politica economica dalla potestà di qualunque governo, ad eccezione dei governi tecnici e paventa, altresì, “drammatiche” conseguenze sull'autonomia finanziaria di regioni ed enti locali.

³⁹ C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 11 ottobre 2013, sembra intravedere nella riforma una forza potenzialmente limitativa dei diritti fondamentali laddove l'A. afferma che sarebbe auspicabile il diffondersi di una prassi in virtù della quale, date le limitate risorse economiche e le regole di bilancio, i governi individuino delle priorità in materia di diritti fondamentali rispetto ad altri obiettivi. Secondo l'A. le nuove regole economiche rappresentano un pericolo non solo per la tenuta dei diritti sociali, ma dei diritti fondamentali in generale i quali possono essere effettivamente goduti soltanto attraverso prestazioni da parte dello Stato.

⁴⁰ Secondo alcuni, infatti, attraverso la regola del pareggio di bilancio si garantirebbe quella che viene definita “equità intergenerazionale”, ovvero, impedendo allo Stato di ricorrere all'indebitamento, sarebbe garantito il trasferimento di una maggiore quantità di risorse pubbliche a favore delle generazioni future. Tuttavia, non è possibile giungere a tali conclusioni *sic et simpliciter*, dal momento che occorre svolgere una serie di ulteriori analisi per comprendere il reale vantaggio di cui potrebbero godere i cittadini del futuro grazie al rispetto della regola del pareggio di bilancio. Come chiarisce G. PISAURO, *La regola costituzionale del pareggio di bilancio: fondamenti economici*, in AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità. Atti del LVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2013, pagg. 89 e ss., infatti, le generazioni future potrebbero trarre dei benefici anche dal finanziamento attraverso il ricorso al debito laddove tali operazioni siano destinate non a coprire le spese correnti ma, al contrario, ad incrementare il capitale sociale. Tuttavia, a tale tesi si può obiettare che, dal momento che la nozione di spesa di investimento è ambigua, potrebbe essere ricompreso al suo interno qualsiasi impiego di risorse pubbliche. L'A. sottolinea, però, che il problema comune delle regole fiscali risiede nel fatto che sia sempre possibile aggirarle attraverso pratiche contabili creative appositamente individuate, per cui a ben vedere, da tale punto di vista non esisterebbe una regola superiore alle altre.

⁴¹ Cfr. T. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, pagg. 73-74.

trasformazioni in seno alla gerarchia dei valori costituzionali o, comunque, sul bilanciamento degli interessi costituzionalmente protetti⁴².

Una prima risposta contro la paventata riduzione della garanzia e della tutela dei diritti fondamentali causata dall'introduzione del principio del pareggio di bilancio può essere rinvenuta direttamente nel testo della legge cost. 1/2012, laddove essa, all'art. 5, comma 1 lett. g), prevede un meccanismo per mezzo del quale lo Stato, nelle fasi avverse del ciclo economico e nel caso di eventi eccezionali, è tenuto, in ogni caso, a concorrere affinché le autonomie territoriali garantiscano il finanziamento dei livelli essenziali delle prestazioni e delle funzioni fondamentali dei diritti civili e sociali⁴³.

Come alcuni sottolineano, tuttavia, la riforma costituzionale adottata dal Parlamento italiano non deve essere vista come un segno di rottura rispetto al passato, ma, al contrario, essa rappresenta piuttosto una conferma dell'opera di adeguamento al diritto dell'UE in materia di bilancio da parte dell'ordinamento italiano, avviata precedentemente alla sottoscrizione del *fiscal compact*. Infatti, tale materia risulta disciplinata da un complesso di fonti di rango europeo ed internazionale che sono sempre state recepite e attuate all'interno dell'ordinamento italiano⁴⁴, per cui, da tale punto di vista, la riforma costituzionale non era un atto giuridicamente necessario⁴⁵.

⁴² Cfr. G. D'AURIA, *Intervento*, in AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio*, op. cit., pag. 148. Secondo l'A. l'introduzione di tale regola determinerebbe una evidente subordinazione dei diritti sociali alle esigenze di bilancio, tuttavia, egli sottolinea al contempo come occorra riferirsi ad un diverso punto di partenza, dal momento che bisogna innanzitutto valutare la capacità dei governi di promuovere programmi realistici che rendano effettivo il godimento dei diritti sociali.

⁴³ Cfr. A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2013, pag. 373.

⁴⁴ Cfr. G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio*, pag. op. cit., pag. 19, secondo il quale tale riforma è stata realizzata più per rispondere ad esigenze politiche e alle richieste dei mercati finanziari che per strette regole giuridiche. Della stessa opinione pare essere G. PISAURO, *La regola costituzionale del pareggio di bilancio*: op. cit., pag. 82, il quale ritiene che inserire la regola del pareggio di bilancio all'interno della Carta costituzionale rappresenti un segnale rivolto ai mercati della ferma volontà dello Stato di raggiungere il pareggio e di mantenerlo al di là di quanto sia possibile ottenere attraverso provvedimenti del governo *pro tempore*. Si veda, altresì, T. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, op. cit., il quale sottolinea che, sebbene sul piano giuridico non vi fosse alcun obbligo di introdurre la regola del pareggio di bilancio all'interno del testo costituzionale, tuttavia, una volta che ciò è avvenuto le conseguenze non sono irrilevanti.

⁴⁵ Cfr. G. L. TOSATO, *La riforma costituzionale del 2012*, op. cit., pag. 3, il quale peraltro osserva che il rinvio operato dalla riforma costituzionale ad una legge rinforzata di attuazione, introdotto per non appesantire il testo costituzionale, ha contribuito a delineare un sistema di recezione misto, composto da norme costituzionali e sub-costituzionali dotate, però, di una forza maggiore della legge ordinaria. In tal modo il legislatore italiano ha scelto di utilizzare più di una tra le strade suggerite dalle norme europee.

3.1. (segue). *Le misure di austerità nella legislazione*

Se, come visto, in molti casi la dottrina ha ritenuto che la *governance*⁴⁶ economica europea rappresenti un sicuro *vulnus* nella sfera dei diritti individuali per tutti coloro che sono destinatari - in via diretta o per mezzo delle concrete applicazioni statali - di tale complesso di decisioni politiche, tuttavia pare fondato osservare che tale equazione è stata suggerita, principalmente, da un'altra parola chiave che ha trovato largo uso all'interno del dibattito sui diritti sociali nella cornice della crisi economica che si è abbattuta all'interno dei confini dell'Unione europea: *austerity*. Le soluzioni ritenute più idonee a superare la grave situazione di crisi economica, in Paesi che registravano alti livelli di debito pubblico, sono andate nel senso di ridurre la spesa pubblica attraverso interventi di vario tipo, i quali sono stati tanto più restrittivi quanto maggiore era l'ammontare del debito sovrano. Tuttavia, le politiche di austerità non sempre si sono rivelate come le più appropriate per contrastare le criticità più evidentemente connesse alla crisi economica, quali il fenomeno della disoccupazione⁴⁷ e quello della lenta crescita del PIL che, in alcuni casi, segnava addirittura segnali pari o comunque vicini allo zero⁴⁸. Le politiche di *austerity* hanno avuto effetti negativi soprattutto a discapito dei cittadini e, in particolare, dei lavoratori, contribuendo così ad accrescere quel generale sentimento di "euro-sceetticismo" e di scarsa fiducia nelle istituzioni statali le quali sono state viste, il più delle volte, come mere esecutrici degli ordini imposti dall'Europa.

In Italia le politiche di *austerity* sono state perseguite soprattutto a partire dal 2011 a seguito della nota lettera inviata dalla Banca centrale europea, con la quale il Governo

⁴⁶ Essa risulta, altresì, rinforzata dall'approvazione del "Six Pack", costituito da cinque regolamenti e una Direttiva emanati nel novembre 2011 nel solco tracciato dalle Conclusioni del Consiglio europeo del marzo 2011. Tale complesso normativo ricomprende sostanzialmente tre ambiti di intervento: la creazione di una più forte sorveglianza macroeconomica per affrontare gli squilibri di competitività e crescita; l'applicazione più rigorosa del patto di stabilità e crescita; la definizione di requisiti minimi che ciascuno Stato deve introdurre nel proprio sistema di regole e procedure di bilancio. Peraltro il *Six Pack* ha introdotto la regola del voto "a maggioranza inversa" in virtù della quale una raccomandazione o una proposta della Commissione risulta adottata se non è stata respinta dal Consiglio a maggioranza qualificata. Inoltre, a tale complesso normativo si deve sommare il c.d. "Two pack", costituito dai Regolamenti n. 472/2013 e 473/2013.

⁴⁷ In Italia il livello di disoccupazione nel 2008 era pari al 6,7%, nel 2010 tale tasso era aumentato sino al 8,4% per raggiungere la quota del 12,7 nel 2014. Alla luce di tali dati forniti dall'ISTAT, solo a volersi soffermare su un'analisi del tutto superficiale basata esclusivamente sulle cifre, si può notare come le politiche economico-fiscali adottate nell'onda dell'emergenza economico-finanziaria non hanno sortito effetti positivi sui livelli di occupazione ma, al contrario, negli anni presi di riferimento il livello di disoccupazione è aumentato quasi del doppio. Ad oggi, invece, i dati ISTAT aggiornati al secondo semestre 2016 registrano un livello della disoccupazione pari al 10,6%.

⁴⁸ Cfr. C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, op. cit.

italiano veniva invitato ad adottare una serie di misure ritenute necessarie per poter uscire dalla crisi economica. Tra le misure consigliate figuravano la riforma del mercato del lavoro; ulteriori misure atte a realizzare una più ampia liberalizzazione di determinati settori economici; l'abolizione di livelli amministrativi intermedi come le provincie, alle quali il legislatore si è successivamente attenuto. Tali riforme si rendevano necessarie al fine di ridurre il debito pubblico⁴⁹ e di adeguare le politiche di bilancio alle regole definite a Bruxelles⁵⁰. È in tale contesto, infatti, che va collocata la c.d. “riforma Monti-Fornero”⁵¹ la quale è intervenuta in maniera particolarmente incisiva sulla disciplina delle pensioni di anzianità. In particolare la riforma ha innalzato l'età pensionabile con l'obiettivo di raggiungere nel medio-lungo termine un equilibrio tra la riduzione della spesa pubblica e l'adeguatezza delle prestazioni previdenziali⁵². Tale novella legislativa, la cui entrata in vigore ha suscitato critiche da più parti, è stata una delle misure che maggiormente hanno inciso in via diretta sul panorama dei diritti sociali, mentre in altri casi le scelte politiche hanno avuto effetti mediati sugli stessi, dovuti, in particolar modo, alle minori risorse economiche disponibili⁵³.

⁴⁹ Nel 2015 il debito pubblico in Italia ammontava ad € 2.171.671, mentre il PIL era pari ad € 1.636.372, per cui il rapporto debito/PIL era pari al 132,75, dati disponibili sul sito del Dipartimento del Tesoro.

⁵⁰ Come alcuni ritengono, tuttavia, le politiche di *austerità* approvate in Italia non sono state determinate esclusivamente da imposizioni provenienti dall'Europa o, comunque, la causa delle stesse non va rinvenuta unicamente nella necessità di trovare risposte alla crisi economica. Le scelte politiche effettuate negli ultimi anni, infatti, derivano anche da un altro tipo di crisi che da decenni ormai è presente all'interno del nostro Paese, una crisi, cioè, della *leadership* politica e istituzionale. Sul punto si veda D. TEGA, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 142/2014, pagg. 303-325. Di una pregressa crisi degli istituti tipici del costituzionalismo, incarnati dalla rappresentanza politico-parlamentare e dal principio democratico, parla anche G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pag. 15. l'A. osserva che il declino di tali principi si è fatto drammaticamente evidente a causa della crisi economica, sebbene lo stesso avesse radici ben più antiche, come dimostrano le risalenti discussioni della dottrina sul tema della crisi della rappresentanza politica e dei sistemi democratici.

⁵¹ Contenuta nell'art. 24 del d.l. 201/2011, convertito in l. 214/2011, c.d. “Decreto salva Italia”.

⁵² Tra le varie novità introdotte dalla riforma vi era anche l'obiettivo di raggiungere una piena omogeneizzazione dell'età pensionabile di uomini e donne che a fare data dal 2018 dovrebbe essere per tutti quella di 66 anni e 7 mesi; il blocco della perequazione automatica per diverse pensioni di anzianità per gli anni 2011/2013.

⁵³ Cfr. D. TEGA, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, op. cit., pag. 305 e ss. In particolare, pag. 321 per alcuni dati sui tagli alle risorse pubbliche destinate al finanziamento di alcuni fondi preordinati alla crescita sociale. Si veda, altresì, C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, op. cit., pag. 12 in cui si fa riferimento ai tagli effettuati dal 2009 al 2012 al fondo per le politiche sociali distribuita alle regioni e alle Provincie autonome di Trento e Bolzano che rende evidente la minore protezione sociale assicurata alla persone. I tagli in questione, infatti, riguardano fondi destinati alle prestazioni assistenziali che dopo la Riforma costituzionale del

Dunque, per ciò che attiene all'ordinamento italiano, la *governance* economica stabilita a livello europeo ha avuto effetti diretti e consistenti soprattutto nel campo del diritto del lavoro - e dei diritti sociali ad esso connessi -, il quale è stato spesso oggetto di riforme e di politiche che in qualche modo hanno contribuito alla sua precarizzazione⁵⁴. Infatti, oltre alla riforma delle pensioni "Monti-Fornero" di cui si è appena detto, va annoverata un'altra misura stabilita dal governo tecnico Monti, la c.d. "Riforma Fornero"⁵⁵ la quale è intervenuta a modificare la disciplina del mercato del lavoro e, in particolare, dei licenziamenti, a sua volta al centro di lunghi dibattiti⁵⁶. Da ultimo il mercato del lavoro è stato nuovamente oggetto di riforma ad opera del c.d. "*Jobs act*" realizzata dal Governo Renzi⁵⁷.

2001 relativa al Titolo V della Cost. ricadono nella potestà residuale delle regioni. Occorre, peraltro, osservare che al fine di correggere i disavanzi eccessivi e ridurre, dunque, il debito pubblico, gli Stati hanno la possibilità di scegliere tra due ordini di misure: ridurre la spesa pubblica, oppure aumentare le entrate attraverso un incremento della pressione fiscale. Come dimostrato da G. PITRUZZELLA, *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1 /2014, pag. 36, a seconda della strada prescelta dallo Stato per il consolidamento dei conti pubblici, gli effetti sono destinati ad essere diversi. In Italia, osserva l'A., la correzione dei conti pubblici è stata perseguita attraverso l'aumento delle entrate fiscali. Nel periodo 2009-2012 la pressione fiscale era pari al 42,6%, nel 2012 era arrivata al 43,5%, e tale percentuale persiste sino al 2015 dopo un biennio di leggera inflessione. Si veda altresì C. MARCHESE, *Diritti sociali e vincolo di bilancio. Ricerca di dottrina*, Servizio studi Corte costituzionale, marzo 2015, pag. 16 secondo la quale gli interventi in materia di diritti sociali sono stati volti alla razionalizzazione della spesa più che a tagli indiscriminati.

⁵⁴ Si osservi, tuttavia, che anche altri ordinamenti hanno subito trasformazioni nel mercato del lavoro e hanno registrato una riduzione dei livelli di tutela dei diritti dei lavoratori come conseguenza della dipendenza dalla nuova *governance* europea, come viene indicato da P. CHIECO, "*Riforme strutturali*" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova *governance economica europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2015, pag. 377.

⁵⁵ Attuata con l. 92/2012.

⁵⁶ Le critiche e le maggiori perplessità hanno avuto ad oggetto soprattutto la modifica relativa ai licenziamenti e al noto art. 18 dello Statuto dei lavoratori. Attraverso la modifica della disciplina dei licenziamenti, il legislatore ha inteso rendere più flessibile il rapporto di lavoro in uscita, mentre dal punto di vista della flessibilità in entrata poco, o nulla, è stato fatto. Sul punto si veda F. CARINCI, *Jobs act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n.1/2015, pagg. 30 e ss.

⁵⁷ Con legge delega n. 183/2014 il Parlamento ha delegato al Governo la riforma del mercato del lavoro. Nello specifico le deleghe legislative sono 5 e riguardano: la riforma degli ammortizzatori sociali; la riforma dei servizi per il lavoro e le politiche attive; la semplificazione delle procedure e degli adempimenti in materia di costituzione e gestione dei rapporti di lavoro; riordino delle forme contrattuali e dell'attività ispettiva; la tutela e la conciliazione delle esigenze di cura, vita e di lavoro. Il decreto che maggiormente ha suscitato l'interesse della dottrina e dell'opinione pubblica è stato il d.lgs. n. 23/2015, con il quale è stata introdotta la figura del "contratto a tutele crescenti", tipologia contrattuale sino ad ora ignota al mercato del lavoro, la quale consiste in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato. Dunque, tale circostanza dovrebbe essere letta con favore, dal momento che potrebbe essere vista come una risposta in controtendenza rispetto al passato nel quale sono sorte svariate tipologie contrattuali volte a disciplinare rapporti di lavoro a tempo

Inoltre, al fine di tratteggiare un quadro che possa effettivamente dare conto di quali siano stati i risultati delle politiche di *austerità* in Italia, non si può trascurare di prendere in considerazione anche alcune decisioni della Corte costituzionale negli anni della crisi. Sebbene in questa sede non sarà possibile soffermarsi in maniera approfondita sulla giurisprudenza costituzionale degli ultimi anni in materia di diritti sociali e, più in generale, sulle decisioni che hanno avuto ad oggetto norme relative a misure economico-fiscali adottate per contrastare gli effetti della crisi, è imprescindibile riferirsi alle più note pronunce della Corte costituzionale⁵⁸ in cui maggiormente è venuto in rilievo il bilanciamento tra esigenze economico-fiscali e tutela dei diritti⁵⁹. Pertanto, quasi imposto appare un richiamo alle note sentenze nn. 10/2015, 70/2015 e 178/2015. Come è risaputo, nella sentenza n. 10/2015 la Corte, chiamata a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale

determinato, minando così la stabilità del rapporto di lavoro. Tuttavia, il contratto di lavoro a tutela crescenti è a sua volta idoneo a contribuire ad una perdurante precarizzazione del rapporto di lavoro nella misura in cui esso ha modificato la disciplina dei licenziamenti. Coloro che verranno assunti sotto la vigenza del c.d. *Jobs Act* saranno sottoposti alla nuova disciplina, per cui nel caso di licenziamento la valutazione della conformità dello stesso alle previsioni di legge spesso sfuggirà al giudizio dei tribunali, dato che la nuova disciplina mira ad evitare il contenzioso in merito ai licenziamenti che non siano avvenuti per motivi discriminatori. Ad eccezione di quest'ultimo caso, infatti, il datore di lavoro sarà tenuto a corrispondere al lavoratore ingiustamente licenziato un'indennità non strettamente connessa all'effettivo pregiudizio da quest'ultimo patito. Inoltre, i nuovi assunti non potranno fare ricorso agli strumenti processuali introdotti dalla riforma Fornero e tale esclusione vale anche per coloro che possono, in ogni caso, ricorrere alla tutela reintegratoria. In generale, pare si possa affermare che la tutela giudiziaria sia destinata a rimanere ipotesi remota e di scarso utilizzo, poiché la nuova disciplina prevede un procedimento conciliativo particolarmente economico e fiscalmente vantaggioso per le imprese datrici di lavoro e, allo stesso tempo, risulterà probabilmente più appetibile anche per il lavoratore il quale potrà vedere soddisfatte le proprie legittime pretese in tempi più rapidi e con esiti meno incerti rispetto all'ipotesi in cui gli stessi dovessero adire l'autorità giudiziaria, sebbene tale strada alternativa imponga, tuttavia, un soddisfacimento parziale delle loro aspettative. Si precisa, però, che la tutela reale è tuttora prevista per il caso di licenziamento disciplinare, quando si accerti che il fatto materiale contestato al lavoratore è insussistente e, altresì, per il caso di licenziamenti discriminatori o nulli per altri motivi. Sul punto, per maggiori approfondimenti si veda M. DE LUCA, *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT, n. 252/2015 e F. SCARPELLI, *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti del nuovo sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT n. 252/2015, pagg. 1-18; S. GIUBBONI, *Profili costituzionali del contratto di lavoro e tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015.

⁵⁸ Come verrà messo meglio in evidenza nel prosieguo di tale lavoro, le Corti costituzionali negli anni della crisi hanno svolto un ruolo di sicuro rilievo all'interno della complessa dinamica costituita dai fattori crisi del debito sovrano - pareggio di bilancio - *austerità* - diritti sociali. Secondo alcuni autori le Corti costituzionali si sono poste a presidio delle conquiste del *Welfare State*, così come sostenuto da F. SAITTO, *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2016, pagg. 422-450.

⁵⁹ Per un maggiore approfondimento del tema si rimanda al capitolo conclusivo.

della c.d. “Robin Tax”⁶⁰, ha emesso una sentenza che ha infiammato il dibattito dei costituzionalisti per un periodo piuttosto lungo⁶¹. La pronuncia in oggetto ha dato avvio ad un concitato dibattito soprattutto a causa della scelta della Corte di modulare gli effetti della propria decisione nel tempo, al fine di evitare conseguenze eccessivamente gravose per le casse dello Stato⁶². Poco più tardi, la Corte costituzionale italiana è stata chiamata a pronunciarsi circa la legittimità del blocco della perequazione automatica delle pensioni per gli anni 2012 e 2013 per i trattamenti di importo complessivo superiore a tre volte il minimo INPS, disposto dall'art. 24, comma 25, del d.l. 201/2011⁶³. In questo caso la Corte ha dichiarato l'illegittimità della norma impugnata senza fare alcun cenno agli effetti economici che tale pronuncia avrebbe potuto provocare⁶⁴, per cui la declaratoria di

⁶⁰ Oggetto del giudizio di costituzionalità era l'art. 81, commi 16, 17 e 18 del d.l. 112/2008, convertito, con modificazioni, dall'art. 1, comma 1, della legge 6 agosto 2008, n. 133, per violazione degli artt. 3, 23, 41, 53, 77 e 117 della Costituzione.

⁶¹ Tra i numerosi commenti alla pronuncia in esame si vedano, A. PUGIOTTO, *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it, 3 aprile 2015; M. RUOTOLO, M. CAREDDA, *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista AIC* n. 2/2015, 17 aprile 2015; R. BIN, *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano i principi*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it, 27 aprile 2015; C. BERGONZINI, *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti)*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it, 27 aprile 2015.

⁶² Si ricorderà, infatti, che la c.d. *Robin Tax* aveva imposto un prelievo aggiuntivo, qualificato come “addizionale” all'imposta sul reddito delle società operanti in alcuni settori dell'industria petrolifera e la Corte ne aveva dichiarato l'incostituzionalità in quanto tale misura fiscale era stata posta a carico solo di una categoria di contribuenti in modo irragionevole e sproporzionato. La stessa, inoltre, non aveva carattere temporaneo e finiva per applicarsi, non al sovra-profitto, ma la base imponibile risultava essere l'intero reddito. Orbene, nonostante la Corte abbia effettivamente rilevato l'illegittimità di tale scelta legislativa, essa ha altresì voluto prendere in considerazione gli effetti che tale declaratoria di incostituzionalità avrebbe potuto produrre su altri principi costituzionali. Dal momento che una pronuncia d'accoglimento secco avrebbe potuto comportare una grave violazione dell'equilibrio di bilancio prescritto dall'art. 81 Cost., il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'incostituzionalità della norma sottoposta al suo giudizio con effetto a partire dal giorno successivo alla pronuncia.

⁶³ Il riferimento è alla sentenza n. 70/2015 con quale la Corte costituzionale ha dichiarato inammissibili le questioni di legittimità costituzionale sollevate per la presunta violazione dell'art. 117, comma primo, Cost.; non fondate la questione relativa agli articoli 2, 3, 23 e 53 Cost. La Corte, al contrario, ha accolto la questione di legittimità rispetto agli artt. 3, 36, comma 2, e 38, comma 2, Cost. ritenendo che la disciplina emergente dall'art. 24, comma 25, del d.l. 201/2011 avesse introdotto un intervento fortemente incisivo senza, tuttavia, dare sufficiente prova della necessità dello stesso. Il diritto dei pensionati al mantenimento del potere di acquisto delle proprie pensioni risultava irragionevolmente sacrificato nel nome di esigenze finanziarie non illustrate nel dettaglio.

⁶⁴ Manca, invero, nella sentenza qualsiasi richiamo all'art. 81 Cost. e alle esigenze derivanti dal principio del pareggio di bilancio che hanno, invece, fortemente indirizzato la decisione della Corte in merito alla legittimità della *Robin Tax*.

incostituzionalità ha potuto dispiegare i propri effetti *ex tunc*⁶⁵. La forte discrasia tra le due pronunce è stata al centro del dibattito dei costituzionalisti, sorpresi davanti ad un così repentino e drastico cambiamento di posizioni da parte del Giudice delle Leggi. Senza voler trarre conclusioni eccessivamente affrettate e superficiali, sembra si possa osservare che la Corte, nel momento in cui è chiamata a decidere sulla legittimità delle scelte del legislatore italiano capaci di restringere l'ambito di tutela dei diritti sociali, -meglio, dei diritti previdenziali - attribuisce a questi un peso assolutamente preminente rispetto ad altri valori ugualmente meritevoli di garanzia. Nello specifico, la maggior parte della dottrina ha messo in evidenza la totale assenza nella sent. n. 70/2015 di qualsivoglia richiamo alla previsione dell'art. 81 Cost. e, conseguentemente, è stato criticato il disinteresse della Corte rispetto al principio del pareggio di bilancio per come esso è entrato a far parte delle regole di rango costituzionale che possono, dunque, essere parte di un giudizio di bilanciamento nel caso di conflitto con altri principi di pari rango. La dottrina, peraltro, ha guardato con stupore e con occhio critico all'indifferenza mostrata dalla Corte sia per quelle che sarebbero state le ricadute economiche, sia per gli effetti rispetto agli impegni assunti dall'Italia nei confronti delle istituzioni europee. Il Giudice delle Leggi, dunque, affida ai diritti sociali una tutela più ampia rispetto a quanto ritiene di dover garantire ai diritti dei contribuenti⁶⁶?

Dare una risposta chiara e precisa a tale quesito non è semplice, soprattutto se si guarda ad una, di poco successiva, sentenza emessa dalla Corte costituzionale in tema di pubblico impiego. Il riferimento è alla sentenza n. 178/2015⁶⁷ con la quale il Giudice costituzionale si è pronunciato sulla disciplina relativa alla sospensione delle procedure

⁶⁵ Anche questa pronuncia ha dato adito ad un florido dibattito tra la dottrina, soprattutto a causa della forte disomogeneità rispetto alle sent. n. 10/2015. Tra i numerosi commenti si veda, fra gli altri, A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 110/2015, 20 maggio 2015; S. LIETO, *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in *www.forumdiquadernicostituzionali.it*, 17 maggio 2015; A. ANZON, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico dell'erario*, in *Osservatorio costituzionale*, settembre 2015; A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 15 maggio 2015.

⁶⁶ Sul punto si veda A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, op. cit., secondo il quale nella sentenza n. 70/2015 non è stato effettuato alcun bilanciamento ma, al contrario, «è stabilito un ordine gerarchico di valori sbilanciato a tutto vantaggio dei diritti previdenziali: diritti, questo il punto, dei quali è affermata la supremazia assoluta sulle concorrenti, non ponderate, esigenze di solidarietà e di eguaglianza sottese alla manovra finanziaria presupposta dalla "legge Monti" c.d. salva Italia».

⁶⁷ Tra i vari commenti si veda A. RUGGERI, *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi. Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178/2015*, in *Questione Giustizia*, 27 luglio 2015.

negoziali e dell'ordinaria dinamica retributiva dei dipendenti pubblici⁶⁸. Il Giudice delle Leggi ha dichiarato l'illegittimità costituzionale «sopravvenuta, a decorrere dal giorno successivo alla pubblicazione di questa sentenza nella Gazzetta Ufficiale delle Repubblica e nei termini indicati in motivazione, del regime di sospensione della contrattazione collettiva⁶⁹». Orbene, seguendo il ragionamento fatto poco sopra, la Corte costituzionale, davanti alla paventata minor garanzia dei diritti sociali, considerando gli stessi quali dotati di valore superiore rispetto ad altri principi costituzionali, avrebbe dovuto seguire il solco tracciato dalla sentenza n. 70/2015 e limitarsi a dichiarare l'illegittimità *tout court* della normativa in esame. Al contrario, la Corte ha anche in questo caso limitato gli effetti della propria decisione nel tempo, i quali cioè decorrono in questo caso solo *pro futuro*. Anche alla luce di alcune pronunce del giudice costituzionale italiano che verranno approfondite nel prosieguo⁷⁰, non è dato rinvenire un organico e uniforme orientamento giurisprudenziale in merito ai rapporti tra conti pubblici e tutela dei diritti. Si può, però, sottolineare come dalle sentenze citate emerga un cambio di rotta della Corte rispetto al passato in cui essa, conscia delle conseguenze finanziarie che le proprie decisioni avrebbero potuto determinare nell'ordinamento interno, dopo aver dato avvio alla tecnica della decisioni additive di principio, ha preferito circoscrivere i provvedimenti di annullamento delle scelte del legislatore solo in riferimento ai casi in cui era del tutto evidente l'irragionevolezza, l'arbitrarietà delle norme sottoposte al suo giudizio, ovvero quando le stesse rappresentavano una concreta minaccia per il nucleo essenziale dei diritti di volta in volta chiamati in gioco⁷¹. Peraltro, verificare e comprendere quale sia l'atteggiamento della Corte costituzionale in merito a tali complessi rapporti potrebbe giovare a capire come essa interpreti la posizione dell'Italia all'interno dell'UE, verificando se, ad esempio, i vincoli contratti attraverso la sottoscrizione dei diversi trattati di cui si è parlato vengano tenuti in debita considerazione dalla Corte allorché questa si trovi a decidere in materia di diritti e, in particolar modo, di diritti sociali. La Corte costituzionale, cioè, considera il pareggio di bilancio solo in termini di regola costituzionale rivolta esclusivamente all'interno

⁶⁸ Nello specifico era stato impugnato l'art. 9, commi 1, 2 bis, 17 primo periodo e 21 ultimo periodo del d.l. 78/2010 e l'art. 16, comma 1, lettere b) e c) del d.l. 98/2011 per violazione degli articoli 2, 3, comma 1, 35, comma 1, 36, comma 1, 39, comma 1, 53 Cost.

⁶⁹ Punto 1) del dispositivo della sentenza.

⁷⁰ Si pensi, ad es., alla sent. n. 187/2016 relativa alla disciplina dei contratti a tempo determinato nel settore dell'istruzione pubblica.

⁷¹ Sul punto si veda C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti fondamentali*, op. cit., pag. 8.

dell'ordinamento? O, al contrario, essa è consapevole che al di là dell'obbligo di adattare la legislazione interna in materia di pareggio di bilancio l'Italia si è altresì impegnata a rispettare il principio ora sancito solennemente dall'art. 81 Cost.? e, ancora, ci si potrebbe chiedere, la Corte si pone come il soggetto capace di fungere da contraltare rispetto alle politiche del governo, ovvero essa opera per spostare l'ago della bilancia a favore dei diritti laddove il governo abbia, invece, dato preminenza alle esigenze fiscali?

Quanto sin qui osservato dimostra come negli anni della crisi l'ordinamento interno ha prodotto norme nel solco dell'emergenza dovuta alla grave situazione dei conti pubblici. Tali misure, spesso dettate dal livello sovranazionale, hanno avuto effetti mediati sui diritti sociali e, proprio per tale motivo, sono state oggetto di attenzione, non solo del potere politico, ma anche da parte del Giudice preposto alla tutela della rigidità costituzionale e, in generale, della legittimità delle decisioni assunte dal legislatore.

Infine, sembra opportuno chiedersi se le politiche di rigore dettate dall'UE, le quali impongono agli Stati il rispetto di determinate regole nella gestione delle entrate e delle spese pubbliche, vietando il ricorso all'indebitamento, se non entro certi limiti e in determinate, e pressoché tassative, circostanze rappresenti effettivamente un *vulnus* alla tutela dei diritti sociali. Non sembra, infatti, irragionevole pensare che prevedere più stringenti regole in materia di gestione del bilancio pubblico rappresenti un modo attraverso il quale di fatto estendere la platea dei destinatari dei diritti sociali e, in generale dei diritti fondamentali⁷², garantendo questi ultimi non soltanto alle tradizionali categorie di soggetti beneficiari dei diritti di prestazione, ma predisponendo un sistema che possa garantire anche alle generazioni future la possibilità di accedere ad un sistema di *Welfare State* più equo ed inclusivo. In questo modo, dunque, il pareggio di bilancio e le nuove regole relative alla gestione dei conti pubblici possono essere viste come il corollario di un principio solidaristico e democratico, nella misura in cui le stesse si

⁷² Sebbene la categoria dei diritti sociali appartenga per propria natura ai diritti "costosi" in quanto per definizione il loro godimento è reale soltanto se, e nella misura in cui, lo Stato predisponga i mezzi economici necessari per la loro fruizione, tuttavia non si può sostenere che "gli altri diritti fondamentali" non comportino oneri in capo alla Repubblica. Basti pensare, infatti, che nel momento in cui una situazione giuridica soggettiva viene lesa dall'azione di un determinato soggetto, l'ordinamento non tollera che il singolo faccia ricorso ad una qualsivoglia forma di giustizia privata ma, al contrario, questi dovrà necessariamente rivolgersi all'organo giudiziario competente affinché accerti l'entità del danno e quantifichi un risarcimento, ovvero predisponga una misura atta a ripristinare la situazione derivante dal diritto leso. L'accesso alla tutela giurisdizionale comporta ovviamente dei costi che saranno sostenuti sia da parte del singolo che da parte dell'ordinamento statale che dovrà utilizzare le risorse necessarie, ad es., per il personale del Tribunale, per la gestione dei locali adibiti a Tribunali, ecc. Sul punto si veda C. SALAZAR, *Crisi economica e diritti*, op. cit. pag. 13.

presentano come una forma di «contropotere democratico al dispotismo di qualsiasi maggioranza»⁷³, permettendo, dunque, anche alle minoranze, ovverosia a quelle categorie generalmente escluse da tali garanzie, di potervi accedere.

4. La *governance* europea e la sua legittimazione

Tornando ad analizzare la reazione dell'ordinamento europeo alla crisi economico-finanziaria, si può osservare che, in generale, le novità introdotte nell'ambito della *governance* economica hanno determinato una sua trasformazione, nel senso che essa oggi consiste in tre diverse attività: monitoraggio, prevenzione e correzione. Peraltro, secondo parte della dottrina, il nuovo assetto assunto dalla *governance* fa sì che il controllo esercitato dalle istituzioni europee non si limiti alle sole politiche economiche, ma si estenda al punto da coinvolgere qualsiasi politica pubblica, per cui, sostanzialmente, agli Stati sarebbe sottratta una sovranità piena, poiché la loro azione sarebbe sottoposta in ogni ambito ad un controllo dell'UE⁷⁴.

Il fatto che l'Europa abbia fatto ricorso agli strumenti tipici della *governance*⁷⁵ ha suscitato un florido dibattito tra gli studiosi, specie tra coloro che hanno visto in tale metodo la scarsa presenza di una legittimazione democratica. Tale carenza, secondo alcuni, avrebbe avuto delle ripercussioni sulle misure concrete effettivamente adottate dalle istituzioni europee, le quali, non solo hanno ristretto in maniera eccessiva e indesiderata il raggio di azione degli Stati, ma, soprattutto, possono incidere negativamente sulla garanzia dei diritti fondamentali delle persone. È proprio la capacità dell'ordinamento europeo di produrre norme idonee ad incidere in maniera evidente e profonda nella sfera degli individui a far sorgere dubbi circa la legittimità di tali politiche

⁷³ Cit. A. MORRONE, *Pareggio di bilancio e Stato costituzionale*, op. cit., pag. 379.

⁷⁴ Sul punto si veda L. DE LUCIA, 'Pastorato' e 'disciplinamento', op. cit., pag. 876.

⁷⁵ Secondo alcuni autori, il passaggio dal *government* alla *governance* rappresenta uno dei due fenomeni fondamentali - insieme alla liberalizzazione dei mercati finanziari - registrati in Europa che hanno contribuito all'adeguamento delle istituzioni alle trasformazioni dovute alla globalizzazione e che al tempo stesso possono essere interpretati come due importanti premesse della crisi economica. In particolare, M. R. FERRARESE, in *La crisi tra liberalizzazioni e processi di governance*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica: la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, R. BIFULCO O. ROSELLI, (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013 pag. 45 ss., la *governance* rappresenta un insieme di tecniche di governo preposte a rispondere a nuovi bisogni, non solo di natura politica ma, soprattutto, di natura economica. Il passaggio dal *government* alla *governance* oltre a mettere in crisi la separazione Stato-società sarebbe capace peraltro, secondo l'A., di "ammorbidire" le tecniche di governo, in quanto le decisioni sono assunte anche grazie alla partecipazione di soggetti non istituzionali. Il governo dello Stato, dunque, avrebbe il proprio baricentro diviso tra l'ordinamento sovrastatale e una dimensione sub-statale.

nella misura in cui esse sono emanate da istituzioni e organi posti al di fuori del circuito democratico, o che, in ogni caso, non operano secondo gli schemi tradizionalmente riconosciuti come democratici. Tuttavia, pare ragionevole chiedersi se l'ordinamento giuridico dell'UE debba essere valutato secondo le categorie classiche entro cui sono analizzati gli ordinamenti degli Stati nazionali⁷⁶.

L'Unione europea, infatti, ha dato vita ad un ordinamento peculiare, la cui esatta definizione sfugge dalle classiche categorie del diritto pubblico. Sebbene, infatti, la natura giuridica dell'UE sia stata – e continui ad essere – oggetto di numerosi studi e tentativi di categorizzazione da parte della dottrina, tuttavia manca ad oggi una convergenza di opinioni. Secondo alcuni, l'Europa «segna uno stadio intermedio tra il diritto statale ed un diritto già vivente oltre lo stesso spazio segnato dai confini geografici dell'Unione»⁷⁷. Le maggiori perplessità sollevate dalla dottrina derivano soprattutto dalla forte ingerenza esercitata dalle istituzioni europee in materia di bilanci interni, da sempre considerati terreno di esclusiva competenza statale, espressione, dunque, della stessa sovranità statale⁷⁸. E tale impatto è stato, secondo alcuni, talmente evidente e forte da svuotare di

⁷⁶ Secondo A. MANZELLA, *Il governo democratico della crisi*, in AA. VV. *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità*, op. cit., pag. 129-137, infatti, nei confronti dell'ordinamento europeo non possono essere elaborati giudizi in termini di legittimità e di democraticità, basati sul modello di Stato, considerato come modello "eterno" e, dunque, universale.

⁷⁷ Cit. A. MANZELLA, *Il governo democratico*, op. cit., pag. 132. Secondo l'A. occorre pensare ai concetti di democrazia, Costituzione e governo in termini diversi rispetto al passato. Inoltre, nel contesto dell'ordinamento europeo il *trend* democratico sarebbe rinvenibile in «forme di governo integrato (tecnico-politico-economico), di livelli parlamentare intersecati per legittimazione e per funzioni, di dritti universali tutelati dai giudici con competenze non domestiche. In questa interdipendenza istituzionale è quella che si chiama la nuova 'democrazia globale'», cit. pag. 136. Secondo l'A., inoltre, le emergenze derivanti dalla crisi impongono di pensare in maniera nuova e differente le regole relative allo "stare insieme", poiché occorre prendere atto delle trasformazioni avvenute in capo ai modelli statuali storici e alla luce della quale declinare i principi, i diritti fondamentali, la rappresentanza, la necessità di equilibri istituzionali, l'indipendenza del potere giurisdizionale in una nuova concezione della Costituzione.

⁷⁸ Il fatto che gli Stati membri abbiano dovuto adeguare le proprie regole in materia di bilancio alle previsioni stabilite dall'Europa rappresenta sicuramente un novità di particolare rilievo, secondo alcuni una vera e propria sfida che vede coinvolti l'Europa e gli Stati membri, dal momento che il diritto del bilancio rappresenta un elemento essenziale del diritto dello "Stato costituzionale" il quale, infatti, affonda le proprie radici nelle decisioni in materia di entrate e spese pubbliche. Così A. Morrone, *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, op. cit., pag. 359. Così pure T. GIUPPONI, *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio*, op. cit., pag. 55. Peraltro, la materia del bilancio per i costituzionalisti ha da sempre rivestito un ruolo fondamentale anche per lo studio, ad esempio, delle forme di governo. Infatti, dapprima nell'evoluzione storica inglese e francese, poi nell'esperienza tedesca, la distribuzione dei poteri in materia di bilancio segnò la composizione degli equilibri tra parlamento e governo, nel passaggio dalla monarchia assoluta a quella costituzionale, e da questa alla monarchia o repubblica parlamentare. Sul punto si veda M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA. VV., *Dalla crisi economica al*

significato gli aspetti fondamentali, le basi materiali degli ordinamenti costituzionali, quegli elementi, cioè, che non possono essere considerati meri enunciati linguistici ma che, al contrario, contribuiscono a definire l'identità stessa dell'ordinamento costituzionale. Parallelamente a questa progressiva corrosione dei tratti essenziali dell'ordinamento costituzionale si registra un fenomeno opposto che vede la nascita di termini nuovi, relativi alla crisi e alle misure di contrasto che, come alcuni evidenziano, hanno preso il sopravvento e hanno determinato una «degradazione del diritto costituzionale nazionale»⁷⁹. Dalla contrapposizione di tale fenomeni emerge, comunque, un dato piuttosto evidente: le categorie classiche con cui il giurista era abituato ad analizzare l'ordinamento giuridico sono entrate in una fase nuova, in cui occorre rispondere a domande diverse dal passato poiché inediti sono i parametri di riferimento. È indubbio, infatti, che l'UE abbia acquisito, rispetto all'originario impianto posto alla base dei suoi rapporti con gli Stati membri, diverse nuove competenze e poteri in materia economica e monetaria⁸⁰, e, anzi, in tale ultimo ambito essa vanta una competenza assoluta rispetto agli Stati che hanno volontariamente deciso di entrare a far parte dell'Eurozona. È, altresì, un dato noto che la sovranità statale ha diverse connessioni con la capacità del potere costituito di governare l'economia⁸¹, così come è evidente che la capacità degli Stati di destinare determinate risorse economiche a ben definiti scopi ha forti ricadute sulla forma di Stato sociale tipica di diversi Paesi facenti parte dell'Unione europea. Tali ordinamenti sono, infatti, caratterizzati dal riconoscimento e dalla tutela più o meno forte dei diritti sociali i quali, il più delle volte, necessitano, oltre che di un formale riconoscimento all'interno di una Costituzione, anche, e soprattutto, di risorse

pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità, op. cit., pag.685-686.

⁷⁹ Cfr. G. GRASSO, *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 4 febbraio 2016, pagg. 1-2. Per l'A. le tre parole chiave sono: Costituzione, Sovranità – tra Stato, popolo e mercato –, rappresentanza politico-parlamentare, solidarietà. Tali parole sono contrapposte dall'autore a globalizzazione, *governance*, sovranità del mercato.

⁸⁰ Basti pensare al fatto che l'Europa è nata con l'obiettivo di creare un mercato unico e che proprio a tal fine gli Stati hanno messo in comune diversi e rilevanti poteri normativi relativi ad alcuni settori economici fondamentali, quali l'agricoltura, il commercio e l'industria. Inoltre, va ricordato che l'Unione europea, per mezzo della BCE regola oggi il tasso di cambio e la moneta che, come evidenziato da A. REPOSO, *Sovranità*, in *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015, rappresenta per *Jean Bodin* il principale *mark de souveraineté*.

⁸¹ Le Costituzioni democratiche nate nel periodo immediatamente successivo alla Seconda Guerra Mondiale sono caratterizzate da un rapporto tra potere politico e potere economico nuovo rispetto a quello tipico degli stati liberali. Nelle costituzioni post-belliche, infatti, il potere economico dismette i panni del soggetto attivo della trasformazione costituzionale rivoluzionaria per indossare quelli di un oggetto delle regole e dei limiti fissati dallo Stato sociale. Sul punto si rimanda a S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, pag. 22.

economiche.

Inoltre, a partire dal *fiscal compact* sembra essersi ulteriormente realizzata la dicotomia tra sovranità politica e sovranità finanziaria⁸².

4.1. Le conseguenze sugli Stati: Alla ricerca della sovranità perduta

Per le ragioni appena viste, dunque, si è diffusa l'idea che il concetto di "sovranità"⁸³ tradizionalmente inteso come elemento costitutivo della statualità, espressione, cioè, della potestà di imperio degli Stati, abbia subito negli ultimi anni gravi scosse⁸⁴ e pressioni anche ad opera del fenomeno della globalizzazione, prima ancora che dall'evoluzione dell'ordinamento europeo⁸⁵.

Per ciò che concerne propriamente l'ordinamento giuridico europeo, secondo parte della dottrina, esso, al fine di sopperire alla carenza di sovranità nell'assenza di una Costituzione federale, ha tentato o di ignorare l'esistenza del concetto stesso o, in alternativa, ha provato a sostituirvi altri concetti, tra cui quello di "sovranità dei diritti", "sovranità dei valori", tentando, dunque, di disancorare il concetto di sovranità da una propria base politica⁸⁶.

Accanto e chi rileva una crisi totale della sovranità dello Stato⁸⁷, non mancano, tuttavia, coloro che al contrario osservano la realtà secondo diversi punti di vista. Sebbene l'ordinamento giuridico europeo sia di per sé idoneo a comprimere la sovranità statale,

⁸² Sebbene tradizionalmente le due forme di sovranità fossero di fatto coincidenti, proprio a causa dell'evolversi dell'ordinamento europeo e delle maggiori funzioni oggi svolte in ambito economico finanziario, si può forse affermare che la sovranità politica tende ad assumere diverse forme, come, appunto, quella finanziaria. Così F. ZATTI, *Diritti e coesione sociale tra governance economica e 'sovranità finanziaria'*. Dalla carta costituzionale del 1948 al trattato c.d. 'fiscal compact', in *Persona e Mercato*, n. 1/2015, pag 2.

⁸³ L'etimologia del vocabolo deriva dalla radice del termine "superior" che tra il XII e il XIII sec. è stato volgarizzato in *superanus* da cui derivano *suveranus*, *souverain* e *sovrano*. Nonostante l'origine del vocabolo sia riconducibile a tale epoca, tuttavia il concetto giuridico ad esso sotteso non poteva trovare apposita collocazione in quel dato contesto politico "puntiforme", così come evidenziato da A. REPOSO, *Sovranità*, in *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015.

⁸⁴ Le cause andrebbero ricercate, oltre che nella crisi e nella *governance* europea, anche nella globalizzazione e nel moltiplicarsi dei centri di potere e dei soggetti capaci di influire sulle scelte politiche degli Stati.

⁸⁵ Cfr. A. BARBERA, *L'Europa di fronte alle tragedie nel Mediterraneo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015.

⁸⁶ Cfr. A. BARBERA, *L'Europa di fronte alle tragedie*, op. cit., pag. 785.

⁸⁷ Alcuni sostengono, ad esempio, che oggi alla luce dell'attuale assetto istituzionale e, soprattutto, della presenza di fonti sovranazionali quali i Trattati, dai quali si dovrebbero prendere le mosse finanche per lo studio della Costituzione italiana, al concetto di "Stato sovrano" dovrebbe sostituirsi quello di "Stato regionale". Così F. R. DE MARTINO, *Parlamento nazionale e decisione comunitaria*, in *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, M. SCUDIERO (a cura di), Napoli, Jovene editore, 2002, Tomo I, pag. 230, il quale riprende un ragionamento di G. Guarino, *Verso l'Europa. Ovvero la fine della politica*, Milano, 1997, pag. 179.

dal momento che le decisioni assunte a livello sovranazionale sono dotate di forza vincolante, per lo meno nelle materie di competenza esclusiva o concorrente, tuttavia esso, nella sua specificità, rappresenta il risultato di ciò che gli Stati membri hanno voluto realizzare, per cui i due livelli sono strettamente integrati. L'adesione all'UE crea un ordinamento di nuovo genere nel panorama costituente europeo, in cui soggetti sovrani deleganti delegano parti di sovranità ad altri soggetti⁸⁸.

Ad ogni buon conto, ciò che maggiormente evidenzia la crisi in cui riversa attualmente il concetto di sovranità è il fatto che la moneta unica sia stata adottata in assenza di sovranità politica. Si è tentato, cioè di formare una sovranità politica a partire da una sovranità monetaria, ma i risultati sino ad ora raggiunti fanno dubitare dell'efficacia di un tale sistema⁸⁹.

Più in generale si potrebbe dire che il mondo globalizzato ha determinato una sorta di inversione dei fattori, dal momento che l'economia non sarebbe più governata dallo Stato, ma dal mercato, dalla "mano visibile" delle grandi multinazionali che riescono in un certo qual modo a regolare i mercati⁹⁰. Come si diceva, la presenza di una moneta unica per gli Stati dell'Eurozona la cui disciplina spetta esclusivamente all'Europa, ha destato le perplessità più evidenti all'interno del dibattito dottrinale, dal momento che gli Stati che hanno scelto di adottare l'Euro hanno accettato di trasferire le proprie competenze in materia all'Europa. La moneta unica europea, la quale secondo l'UE rappresenta «la prova più tangibile dell'integrazione europea»⁹¹ è stata adottata da 19 Paesi membri⁹². L'unione monetaria è stata progressivamente realizzata a partire dal trattato di Maastricht⁹³, il quale, proprio nell'ottica di realizzare il progetto della moneta unica ha

⁸⁸ Per un approfondimento di tali riflessioni si rimanda a M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea. Democrazia, governance e diritti dei singoli nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè editore, II ed. 2015, pagg. 4-6, il quale, peraltro, evidenzia che dal punto di vista prettamente giuridico occorre superare la teoria dello Stato fondata sulla esclusiva natura interna degli atti aventi forza di legge nel territorio nazionale, dal momento che ora è più che mai necessario riconsiderare in termini nuovi l'assetto della divisione dei poteri, delle competenze e del loro effettivo realizzarsi.

⁸⁹ Cfr. A. BARBERA, *L'Europa di fronte alle tragedie*, op. cit., pag. 785 *ibidem*.

⁹⁰ Cfr. A. MORRONE, *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»* in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2012, pag. 833.

⁹¹ Cit. http://europa.eu/european-union/about-eu/money/euro_it.

⁹² Bulgaria, Croazia, Polonia, Repubblica ceca, Romania, Svezia e Ungheria non fanno parte dell'unione monetaria, mentre Danimarca e Regno Unito hanno deciso espressamente di non aderirvi.

⁹³ Noto anche come Trattato sull'Unione europea, venne firmato il 7 febbraio 1992 ed è entrato in vigore il 1° gennaio 1993. A seguito del crollo del Muro di Berlino gli Stati europei hanno deciso di rafforzare il processo di integrazione europea e, contestualmente, di rafforzare la posizione

imposto agli Stati dei c.d. parametri (criteri di convergenza)⁹⁴. In particolare, il Trattato ha comportato il coordinamento delle politiche economiche degli Stati membri, ha imposto l'istituzione di una sorveglianza multilaterale di tale coordinamento; ha previsto norme di disciplina finanziaria e di bilancio cui gli Stati hanno dovuto adeguarsi. L'instaurazione della moneta unica è stata realizzata attraverso tre fasi: nella prima di essa è stata disposta la liberalizzazione della circolazione dei capitali; nella seconda, a partire dal 1994, si è attuata la convergenza delle politiche economiche degli Stati; la terza fase, invece, a partire dal 1° gennaio 1999 è stata creata la moneta unica europea ed è stata costituita la Banca Centrale europea⁹⁵. L'unione economica e monetaria introdotta con il Trattato di Maastricht, sin dalle sue origini, si è configurata come un sistema *sui generis* a causa dei suoi originali meccanismi di funzionamento, per gli organi dirigenziali e per i poteri attribuiti. Essa ha reso necessario il coordinamento delle politiche economiche tra gli Stati e proprio per tali sue peculiarità si presenta quasi come un sistema di tipo federale⁹⁶. In tale contesto sono stati affidati alla BCE importanti compiti, dal momento che ad essa è stata trasferita la competenza in materia monetaria, e tale delega rappresenta senz'altro un trasferimento considerevole della sovranità da parte degli Stati⁹⁷. Le peculiarità della BCE e i suoi poteri in materie di particolare rilievo per la vita degli Stati suscitano perplessità in merito alla sua legittimazione politica e democratica⁹⁸. Infatti, pur essendo la Banca centrale europea un organo prettamente tecnico, essa ha talvolta posto in essere condotte

internazionale dell'Europa. Peraltro l'istituzione della moneta unica europea si inseriva nel complessivo disegno volto alla realizzazione di un mercato unico europeo.

⁹⁴ Gli Stati dovevano evitare disavanzi eccessivi; la Commissione assumeva il ruolo di organo di controllo della situazione di bilancio e dell'entità del debito pubblico degli Stati membri. Al Trattato veniva altresì allegato il Protocollo sulla procedura per i disavanzi eccessivi, il cui art. 1 fissava al 3% il rapporto tra disavanzo pubblico, previsto o effettivo, e il PIL ai prezzi di mercato; il 60% il rapporto tra debito pubblico e prodotto interno lordo ai prezzi di mercato. Cfr. I. MASSA PINTO, *Il processo d'integrazione europea*, in *Vent'anni di Costituzione (1993-2013)*, S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO, (a cura di), Bologna, Il Mulino 2015, pag.484.

⁹⁵ La Banca centrale europea è nata come l'organo centrale dell'unione economica e monetaria. Essa è dotata di personalità giuridica, è connotata dalla assoluta indipendenza dagli altri organi europei e dai governi degli Stati membri e ha competenze consultive e normative. Con l'entrata in vigore del trattato di Lisbona essa è stata assunta al ruolo di istituzione europea, essendo essenziale per il suo funzionamento.

⁹⁶ Cfr. G. STROZZI, *Unione europea, Digesto*, Utet, 1999.

⁹⁷ Cfr. J. KOKOTT, *European Central Bank*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2011, pag. 3.

⁹⁸ Tale organo pare essere emblematico della tendenza alla depoliticizzazione a favore della tecnocrazia nell'ambito dell'Unione europea. La BCE rappresenta il nucleo essenziale dell'eurosistema e del sistema europeo di banche centrali. Essa opera sulla esclusiva base di criteri tecnici. Si veda in tal senso G. C. FERNI, *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in *Federalismi.it*, n. 20/2016, 19 ottobre 2016, pag. 5 e ss.

che esulano dal campo proprio dei compiti che le sono stati assegnati dai Trattati. Da tale punto di vista, l'invio della lettera al Governo italiano nell'agosto del 2011 risulta emblematico.

Il concetto di democrazia, il quale implica che il governo di una data istituzione derivi dalla partecipazione del popolo o dal consenso espresso da quest'ultimo, è difficilmente utilizzabile nei confronti di un'istituzione indipendente come la BCE, la quale, infatti, nasce come organo tecnico. La legittimazione, dunque, non può prescindere dal consenso del popolo, mentre una fonte più specifica è la legittimazione legale, per cui il potere deve essere esercitato in base a regole e principi stabiliti democraticamente. Nel caso della BCE, dunque, secondo alcuni⁹⁹ la legittimazione va ricondotta alla firma del Trattato di Maastricht: gli Stati membri, attraverso i propri rappresentanti democraticamente e legittimamente eletti, hanno volontariamente sottoscritto il Trattato e accettato integralmente il suo contenuto che prevedeva, infatti, proprio la nascita di un organo indipendente come la BCE, dotata di specifiche competenze tecniche. Inoltre, il principio democratico deve riflettersi anche nel metodo in base al quale opera un determinato organo il quale, cioè, deve agire in modo trasparente affinché il suo operato possa essere compreso e valutato dal popolo. Nel caso della BCE, occorre, da un lato, porre attenzione ai rapporti intercorrenti con il Parlamento europeo, organo dotato di maggiore legittimazione democratica nel contesto europeo, dall'altro sul fatto che i suoi atti sono sottoponibili al giudizio della Corte di Giustizia.

L'attribuzione delle funzioni e delle competenze cui si è accennato hanno portato parte della dottrina a ritenere che le funzioni politiche fondamentali che gli Stati avevano ceduto a favore degli organi politici dell'UE, passaggio che era avvenuto democraticamente, sono state assegnate definitivamente alla BCE. A ridurre ulteriormente la sovranità statale ha concorso il fatto che siano stati fissati dei vincoli in materia di politiche di bilancio attraverso un lungo percorso che trae origine nel Patto di stabilità e crescita del 1997 fino a giungere al trattato sul *fiscal compact*¹⁰⁰.

⁹⁹ Cfr. J. KOKOTT, *European Central Bank*, op. cit., 2011, pag. 9.

¹⁰⁰ Cfr. G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, op. cit., pag. 21. Seguendo il ragionamento proposto dall'A. si potrebbe dunque sostenere che tale progressiva erosione è destinata a perdurare e a rappresentarsi come procedimento dinamico dal momento che potenzialmente le misure relative a bilanci statali e debito pubblico adottate nell'ambito europeo possono essere prodotte di continuo, almeno fino a che le stesse non vadano a scontrarsi con i contro-limiti tipici di ciascun ordinamento. Tuttavia, proseguendo in tale ragionamento, si potrebbe sostenere che la sovranità è destinata ad erodersi del tutto, poiché necessariamente il suo livello quantitativo deve essere inversamente proporzionale alla produzione normativa europea in materia di finanza e bilanci

Orbene, a ben guardare il problema della sovranità oggi non rileva soltanto da un punto di vista che potremmo dire “positivo” nel senso che esso investe la difficoltà che si riscontra nell’individuare la fonte, la forma e la legittimazione della sovranità dell’Unione europea; esso, infatti, rileva anche e soprattutto da un punto di vista “negativo”, poiché le voci di chi ritiene che gli Stati abbiano perso la propria sovranità sono ormai numerose. Tale perdita non deriverebbe, peraltro, esclusivamente dalle cessioni di sovranità che gli Stati hanno esercitato a favore di organizzazioni internazionali o sovranazionali, dal momento che, ad es., all’interno dell’ordinamento italiano è possibile osservare come l’esercizio del potere politico sia oggi distribuito tra vari livelli di governo, per cui l’ordine interno nel suo insieme risulta «ad ogni modo circoscritto nelle sue manifestazioni “sovrane” dall’appartenenza della “Repubblica” all’Unione¹⁰¹. In ogni caso, nonostante la crisi dogmatica del concetto di sovranità, il mutamento di contenuti del diritto costituzionale di fronte alla crisi non può determinare il dissolvimento del paradigma della sovranità statale¹⁰².

Ebbene, alla luce di tutto quanto sinora osservato, si potrebbe ritenere che, sebbene la sovranità oggi debba essere intesa senz’altro in termini problematicamente nuovi, tuttavia dichiarare la sua estinzione sarebbe eccessivamente pessimistico e non condivisibile, così come non potrebbe trovare pieno accoglimento la tesi secondo cui gli Stati hanno ceduto totalmente la propria sovranità a favore dell’Europa. Può, semmai, sostenersi che la sovranità è cambiata, che tale categoria ha assunto aspetti nuovi rispetto al passato e che, probabilmente, ha perso parte del carattere dell’unitarietà essendo la stessa frazionata fra più livelli, “condivisa” tra più soggetti e perciò, suscettibile di ottenere nuovo vigore anche al fine di affermarsi in forme e dimensioni inedite¹⁰³. Anche alla luce delle deleghe conferite dagli Stati in via permanente all’UE la sovranità spetta ancora ad essi, in quanto

pubblici. Per tale motivo, dunque, può forse opporsi alla ricostruzione qui analizzata una forma alternativa che non veda il livello della menomazione della sovranità come una variabile dipendente dal progressivo proliferare di atti normativi ma che, al contrario, sia legata ad un determinato intervallo temporale e, perciò, non sia destinata ad aumentare. Se infatti si ritenesse che, nel momento in cui gli Stati hanno democraticamente aderito all’UE e alla unione monetaria, hanno consapevolmente ceduto parte della propria sovranità, consentendo cioè che l’esercizio di una parte della stessa venisse affidato ad organi extra-statali, si potrebbe considerare tale “menomazione della sovranità” in termini statici e non dinamici e, conseguentemente, il concetto stesso di sovranità resterebbe valido nella misura in cui la stessa non sia destinata a subire continue e imprevedibili erosioni.

¹⁰¹ Cit. A. RUGGERI, *Un diritto costituzionale per l’Europa unita*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell’Unione europea*, op. cit., pag. 16.

¹⁰² Cfr. G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, op. cit. pag. 22.

¹⁰³ Cfr. A. RUGGERI, *Un diritto costituzionale per l’Europa unita*, op. cit. pag. 21.

questi sono gli unici detentori del potere coercitivo, il quale è monopolio dello Stato, il che dimostra come il monopolio della forza sia strettamente inerente all'esistenza e all'essenza del soggetto-Stato¹⁰⁴. Oltretutto non si può sostenere che gli Stati abbiano abdicato alla propria sovranità aderendo all'UE e all'unione economica, poiché agli stessi è sempre consentito di ricorrere alla previsione dell'art. 50 TUE e di decidere di abbandonare l'Unione europea, come dimostra il "caso *Brexit*", o, al più, agli stessi è sempre concesso di agire *ex art.* 48 TUE per procedere alla modifica dei Trattati. E se questi ultimi rappresentano il DNA dell'Unione europea, nella misura in cui lo stesso può essere modificato per iniziativa degli Stati, e, in ogni caso, attraverso la loro partecipazione al procedimento di revisione, questi ultimi rimangono detentori della sovranità, la quale può anche porsi sotto volti diversi e ignoti ma, in ogni caso, deve persistere in maniera continuativa e duratura per la vita di qualsiasi comunità politica, sociale, economica. Può cambiare forma, dunque, ma proprio in quanto suscettibile di trasformazioni essa deve necessariamente esistere e, perciò, deve esservi un soggetto che la detenga e la eserciti e, a ben vedere, ancora oggi, nonostante le avvenute trasformazioni, gli Stati rappresentano gli unici reali detentori della sovranità, poiché questi possono decidere di modificare le regole del gioco. Gli Stati, dunque, continuano a detenere un ruolo determinante nel processo di integrazione europea, e, infatti, essi restano i "Signori dei Trattati" e sono loro che definiscono la maggior parte dei tempi e dei ruoli della normazione europea¹⁰⁵.

Dunque, sebbene sia diffusa l'opinione secondo cui uno dei principali problemi relativi all'integrazione europea risieda nel *deficit* democratico delle istituzioni e conseguentemente nelle scelte politiche da queste adottate con chiare ripercussioni sulla vita degli Stati e dei cittadini degli stessi, i quali sono destinati a sentire quasi come un'imposizione le scelte assunte a Bruxelles e capaci di influire sulla loro sfera individuale, non può sottacersi che la struttura europea rappresenta l'esito di un processo,

¹⁰⁴ Cfr. G. FERRARA, *Verso la Costituzione europea?*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2002, pag. 167, il quale sottolinea che gli Stati laddove hanno ceduto parte della propria sovranità lo hanno fatto non a favore dell'Unione europea, ma nel loro esclusivo interesse, dal momento che comunque sono essi stessi attraverso i propri rappresentanti a costituire le istituzioni europee e a loro, dunque, spetta assumere le varie decisioni. L'A., peraltro, ritenendo che il potere costituente può risiedere soltanto nello Stato, afferma che per poter realizzare l'integrazione europea sarebbe necessario che gli Stati rinunciassero definitivamente alla propria sovranità, dando vita ad un'Assemblea costituente cui conferire il potere di decidere innanzitutto la sorte delle istituzioni europee. Tale decisione darebbe, dunque, vita ad un nuovo Stato sovrano.

¹⁰⁵ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, op. cit., pag. 702.

ancora *in fieri*, approvato democraticamente da ciascuno Stato membro. L'UE, infatti, è costruita sui Trattati i quali sono sottoposti alle procedure costituzionali e democratiche secondo le regole stabilite dai singoli Stati. In tale senso, dunque, l'Europa è stata creata dalla volontà democraticamente espressa dalle istituzioni democratiche dei diversi Stati membri, alcuni dei quali, peraltro, prevedono una partecipazione attiva anche da parte del proprio corpo elettorale, per cui non è forse del tutto irragionevole ritenere che, anche se in via indiretta e mediata, anche l'UE e le sue istituzioni godono di un determinato grado di legittimazione democratica¹⁰⁶ e che, ad ogni modo, il loro grado di democraticità e, dunque, la legittimazione delle loro azioni, è strettamente connessa al ruolo che i rappresentanti degli Stati sapranno giocare all'interno delle istituzioni europee.

5. Prove di democrazia: dal Progetto di una Costituzione per l'Europa al Trattato di Lisbona

Quanto analizzato sin qui permette di osservare come al di là dei problemi derivanti dalla crisi economica, l'Unione europea sia al centro di numerosi dibattiti dottrinari i quali mettono allo scoperto gli aspetti problematici che hanno reso sino ad oggi difficoltoso il procedimento di integrazione politica. Il giudizio negativo che accompagna gli studi attorno alle istituzioni europee e al loro deficit democratico cela una latente preoccupazione della dottrina riguardo alla possibilità che i diritti fondamentali garantiti dai singoli ordinamenti possano subire una contrazione a causa della sempre maggiore pervasività delle politiche europee. Tali timori trovano riscontro sul piano delle reali interazioni tra ordinamento europeo e ordinamenti statali? E, nel caso di risposta affermativa, tali problematiche sono destinate a segnare definitivamente il futuro del processo di integrazione europeo? E, ancora, l'Unione europea come si pone nei confronti del tema della democrazia delle proprie istituzioni e dei loro procedimenti decisionali? Analizzando l'assetto istituzionale europeo nel tentativo di individuare quali possano essere i suoi possibili sviluppi a seguito dell'attuale fase in cui l'Europa sta dimostrando

¹⁰⁶ Tale riflessioni riprendono quanto sostenuto da H. J. WEILER, *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, Il Mulino, 2000, pagg. 50-51. Tuttavia l'analisi dell'A. prosegue mettendo in evidenza che tali considerazioni possono essere valide soltanto da un punto di vista formale, poiché le varie forme di partecipazione democratica oltre a fornire un efficace aspetto democratico alla Comunità europea, mostrano anche come la struttura europea abbia inciso negativamente sul significato autentico della democrazia. La prova di quanto così sostenuto risiederebbe nel fatto che mai siano stati messi in discussione alcuni usi discutibili diffusi nella prassi europea, il che dimostrerebbe che i cittadini sono divenuti «consumatori di prodotti politici più che attivi partecipanti al processo politico». I soggetti dell'ordinamento europeo, cioè subiscono le deliberazioni delle istituzioni rimanendo quasi totalmente ignari circa i procedimenti attraverso cui tali deliberazioni sono state assunte.

le proprie debolezze strutturali, e, dunque, le eventuali ricadute all'interno degli Stati membri, infatti, l'attenzione si deve spostare sul tema della forma della democrazia europea. Le difficoltà strutturali dimostrate dell'UE nella odierna fase derivano, secondo alcuni, dal fatto che essa si sia sino ad oggi basata su una *governance* priva di una base politica¹⁰⁷. La debolezza dell'assetto europeo risiederebbe proprio nella carenza di legittimazione politica che si rende, al contrario, particolarmente necessaria quando i vincoli di bilancio mettono in discussione alcuni aspetti degli Stati sociali europei. La perdita di vigore della sovranità non sarebbe, secondo parte della dottrina, un problema meramente formalistico e teorico, poiché una conseguenza concreta ed evidente potrebbe verificarsi sul piano della sostenibilità sociale: infatti, una sempre più debole sovranità politica sarebbe in grado di determinare il collasso dei sistemi di *welfare* dei Paesi di democrazia pluralista e, conseguentemente, una inaccettabile compressione dei diritti sociali¹⁰⁸.

Orbene, nonostante le evidenti debolezze dell'assetto europeo, le chiare difficoltà che si riscontrano nel momento in cui si tenta di descriverlo attraverso le tradizionali categorie del diritto costituzionale; nonostante le eccezioni di carenza democratica e le paventate ripercussioni sul piano degli ordinamenti nazionali e, in particolare, sulla tutela dei diritti fondamentali, concludere che l'Europa sia nata per soli fini economici¹⁰⁹ e che gli stessi rimangano l'unico obiettivo che essa persegue, potrebbe risultare fuorviante e non necessariamente corretto¹¹⁰. Un dato su tutti impone, infatti, di soffermarsi ancora ad analizzare il contesto politico-istituzionale europeo prima di giungere a qualsivoglia conclusione: l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

Prima di analizzare le novità introdotte ad opera di tale Trattato, sembra opportuno un cenno, seppur breve, al tentativo di adottare una Costituzione per l'Europa, poiché, nonostante non sia stato approvato il trattato che avrebbe introdotto un testo

¹⁰⁷ Sul punto si veda B. DE GIOVANNI, *L'Europa, oggi*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2012, pagg. 9-21.

¹⁰⁸ Cfr. G. GRASSO, *il costituzionalismo della crisi*, op. cit., pag. 73.

¹⁰⁹ Secondo M. LUCIANI, «È cosa evidente che il processo di integrazione europea iniziatosi negli anni '50 aveva in origine una finalizzazione essenzialmente economica», *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3/2000, pag. 367.

¹¹⁰ Secondo, alcuni, i Trattati istitutivi non ignoravano le questioni sociali, ma le inquadravano in una prospettiva che potesse essere coerente con due diverse esigenze: da un lato quella connessa alla prioritaria funzionalizzazione delle nuove istituzioni sopranazionali alla costruzione di un mercato comune; dall'altro con il bisogno di garantire il pieno rispetto della sovranità degli Stati membri nella materia delle politiche sociali e di redistribuzione. Si veda S. GIUBBONI, *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato europeo*, in *La costituzione economica: Italia, Europa*, C. Pinelli, T. Treu (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010, pag. 95.

costituzionale per l'Unione europea, gran parte dei suoi contenuti sono stati trasposti nel Trattato di Lisbona.

5.1. (segue). a) *Sulla Costituzione europea e sull'ipotesi di un diritto costituzionale europeo*

Si è già accennato al fallito tentativo di approvare una costituzione per l'Europa proposto attraverso il "Progetto di Trattato che istituisce una Costituzione europea. Tale Trattato era stato redatto dopo un lungo percorso avviato a Bruxelles il 28 febbraio 2002 dove si era riunita la Convenzione istituita dal Consiglio europeo del 14 e 15 dicembre 2001 a Leaken. Qui era stata approvata la «Dichiarazione sul futuro dell'Unione europea» in cui si annunciava l'intenzione di razionalizzare l'assetto operativo dell'Unione, promuovendone una trasformazione in senso democratico e una maggiore attenzione verso i diritti fondamentali. L'Europa, dunque, in tale occasione si dimostrò consapevole delle aspettative dei propri cittadini, i quali attendevano maggiore democraticità, trasparenza ed efficacia per il cui perseguimento si rendeva, però, necessario raggiungere una migliore ripartizione e definizione delle competenze; la Convenzione, dunque, avrebbe dovuto dare vita ad una nuova architettura istituzionale. Il 22 maggio del 2002 la Commissione, attraverso l'emanazione di una Comunicazione dal titolo «Un progetto per l'Unione europea»,¹¹¹ invitava la Convenzione ad adottare un testo realmente costituzionale nel quale i cittadini potessero riconoscersi e il quale potesse essere riconosciuto da questi come il loro progetto comune.

Nel mese di ottobre del 2002, il Presidente della Convenzione aveva presentato a nome del *Presidium* uno schema di "Trattato che stabilisce una Costituzione per l'Europa" in base al quale il Trattato sarebbe dovuto essere articolato in un preambolo e tre parti relative, rispettivamente, all'architettura costituzionale, alle politiche e all'attuazione delle azioni dell'Unione e alle disposizioni generali e finali. Oggetto di discussione fu la denominazione dell'assetto europeo da individuarsi tra Unione, Comunità europea, Stati uniti d'Europa o Europa Unita. A seguito di un lungo *iter* si giunse, infine, al Consiglio europeo di Salonicco del 19 e 20 giugno 2003 dove fu presentato il progetto di

¹¹¹Nel quale venivano indicate tre questioni fondamentali derivanti direttamente dalle aspettative dei cittadini: la consolidazione del modello europeo di sviluppo economico e sociale, basato sulla prosperità congiunta alla solidarietà; la costruzione di uno spazio europeo effettivo di libertà, sicurezza e giustizia; il perseguimento dell'efficacia della politica esterna europea, attraverso le sue componenti commerciale, diplomatica e militare e attraverso l'assistenza finanziaria e l'aiuto allo sviluppo. Cfr. V. GUIZZI, *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015, pag. 111.

“Costituzione per l’Europa” il quale venne valutato dal Consiglio europeo come un buon punto di partenza. Quest’ultimo dettò l’agenda per la successiva Presidenza italiana durante la quale si sarebbe dovuta avviare la procedura di revisione dei Trattati e, pertanto, il 29 settembre 2003 venne avviata una nuova Conferenza intergovernativa con il compito di elaborare il Progetto di Trattato costituzionale. Il 29 ottobre 2004 fu firmato il Trattato di Roma che istituiva una Costituzione per l’Europa.

Nonostante il buon esito dei lavori di preparazione¹¹² e redazione del Trattato, tuttavia, durante la fase della ratifica si verificarono degli eventi che interruppero il lavoro svolto fino a quel momento. Francia e Paesi Bassi, infatti, avevano indetto un referendum popolare per la ratifica del Trattato, ma il risultato in entrambi i casi fu negativo e comportò l’interruzione del processo di ratifica anche nel resto degli Stati membri¹¹³. Alcuni tra coloro che hanno commentato il testo della Costituzione per l’Europa che era stato elaborato a seguito della Convenzione di Laeken ne hanno messo in evidenza le criticità. In particolare, i numerosi riferimenti ai “cittadini” risultavano sostanzialmente vuoti di significato, tanto da ingenerare l’impressione che la redazione della Convenzione fosse stata eseguita «o da premurosi dirigenti di paternalistiche istituzioni filantropiche o da esponenti delle aristocrazie nazionali che si sono benignamente concessi al servizio dello Stato o da attenti organizzatori delle reti di acquisti per corrispondenza, prima dell’introduzione del mercato elettronico, e sostituiti, ormai, dai *creativi* redattori degli

¹¹² Pare utile sottolineare che tale procedimento è stato caratterizzato da un particolare metodo di lavoro democratico e trasparente, come dimostra il fatto che i lavori svolti durante la prima fase, la cui si ha previsto anche audizioni e interviste, sono stati resi disponibili per la consultazione da parte dei cittadini grazie ai nuovi mezzi di comunicazione, come sottolinea A. ZANOBETTI PAGNETTI, in *La Costituzione per l’Europa*, in *La costituzione europea. Una riflessione interdisciplinare* A. ZANOBETTI (a cura di), Torino, Giappichelli editore, 2005, pag. 3.

¹¹³ Il fallimento del tentativo di adottare una Costituzione per l’Europa sembra affondare le proprie radici in un diffuso sentimento di “disincanto” nei confronti del progetto europeo in senso lato, e, infatti, sebbene in Francia e Olanda il corpo elettorale abbia espressamente rifiutato di aderire al progetto di Costituzione per l’Europa, nel resto del continente tale avversione, pur non manifestasi in maniera ufficiale, poteva dirsi, però, latente. Sul punto si veda I. MASSA PINTO, *Il processo di integrazione europeo*, op. cit., pagg. 502-503. A seguito dell’esito negativo dei referendum svoltisi in Francia e in Olanda, si è aperta una fase definita “periodo di riflessione” dal Consiglio europeo del giugno 2005, in occasione del quale è stato annunciato che tale periodo avrebbe consentito agli Stati di scegliere se proseguire o meno nel processo di ratifica. Di fatto, però, tale fase non ha assolto alla funzione auspicata, per cui il progetto di adottare una Costituzione per l’Europa è stato sostanzialmente abbandonato. Sul punto si veda F. CLEMENTI, *Il Trattato di Lisbona: dalla Convenzione europea del 2003 alla sua entrata in vigore*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI, G. TIBERINI, (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010, pagg. 53-55.

spot pubblicitari dei più vari prodotti»¹¹⁴.

Il progetto di realizzare una Costituzione europea dopo il fallimento del primo tentativo non è stato più rinnovato, per cui, formalmente l'Europa è priva di una Costituzione e continua ad essere regolata dai Trattati istituivi così come modificati dal Trattato di Lisbona.

Una domanda, tuttavia, si impone a chi si avvicina allo studio dei diritti e, in particolare, dei diritti sociali nel contesto europeo, utilizzando gli strumenti e la prospettiva forniti dal diritto costituzionale: ha senso parlare di una Costituzione per l'Europa? O meglio, l'Europa per superare le difficoltà che finora hanno rallentato il processo di integrazione europea e le carenze che le sono spesso attribuite, ha bisogno di adottare un testo che formalmente possa essere paragonato alle Carte costituzionali degli Stati membri?

Non è questa la sede più consona per tentare di fornire una risposta a tali quesiti i quali, tuttavia, a loro volta fungono da pungolo per il sorgere di altri dubbi. Infatti, prima di comprendere se l'UE abbia o meno bisogno di una propria Costituzione, occorrerà, forse, intendersi sul significato da attribuire a tale concetto. Solo allora, infatti, potranno quanto meno essere più chiare le ragioni che rendono necessario, o del tutto inutile ed utopistico, trovare un accordo tra le diverse componenti dell'Unione affinché le stesse portino a compimento il processo costituzionale interrotto nel 2004.

Tra gli studiosi del diritto, innanzitutto, non è dato riscontrare una convergenza di opinioni sul concetto di Costituzione¹¹⁵, poiché esso varia a seconda delle diverse teorie di riferimento. Secondo alcuni, essa rappresenta la *Grundnorm*, quella norma fondamentale intesa «come principio o scaturigine dell'ordinamento»¹¹⁶. Inoltre, secondo altri, la denominazione «Costituzione» è contrassegnata da tre diversi elementi che contribuiscono ad assegnarle un certo grado di supremazia all'interno dell'ordinamento: innanzitutto la partecipazione del popolo al suo processo di formazione, unico titolare del

¹¹⁴ Cit. M. FERRARA, *Verso la Costituzione europea?*, op. cit., pag. 179.

¹¹⁵ «Tra i più oscuri, ambigui e polisemi termini del linguaggio giuridico», così definisce la costituzione F. MODUGNO alla voce «Costituzione, I) Teoria generale», in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, col. X, pagg. 1-7. L'A. sottolinea come il concetto di costituzione possa essere declinato in tre diversi aspetti: come momento istitutivo, come struttura, come legge fondamentale di un'entità giuridica. In relazione ad un gruppo sociale essa si presenta come momento costituente, come quello costituito e come sintesi dei due come principio di produzione e trasformazione normativa. Sulla molteplicità dei significati che possono essere attribuiti al concetto di costituzione si veda anche S. BARTOLE, «Costituzione (Dottrine generali e diritto costituzionale)», in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1989 Vol. IV, pagg. 288-321.

¹¹⁶ Cit. F. MODUGNO, «Costituzione, I) Teoria generale», op. cit., pag. 1.

potere di creare una costituzione, in quanto titolare di una potestà di volere dotata di particolare supremazia. Il secondo aspetto attiene al procedimento solenne attraverso il quale si giunge alla redazione di un testo scritto in cui sono racchiusi i principi essenziali dell'assetto statale. Il terzo, infine, attiene al fine politico della tutela della libertà dei cittadini di fronte allo Stato¹¹⁷.

Essa è, altresì, regola del potere sovrano, si occupa di disciplinare l'organizzazione dell'autorità costituita, ovverosia dello Stato. Diffusa è l'idea che la Costituzione negli Stati liberali risieda nella separazione dei poteri, la quale a sua volta si configura come limite per il potere sovrano, posto a servizio dei diritti fondamentali. In questo senso, dunque, il diritto costituzionale ruoterebbe attorno alla tutela dei diritti fondamentali, almeno per i Paesi che considerano le libertà e il principio di uguaglianza come propri caratteri indefettibili e caratterizzanti¹¹⁸. Sin dalla Dichiarazione dei diritti dell'uomo del 1789, infatti, la garanzia dei diritti fondamentali costituisce uno dei pilastri del costituzionalismo¹¹⁹.

Per comprendere appieno la portata del concetto di "Costituzione", occorre, dunque, guardare anche alla funzione cui essa è preposta, la quale, secondo una nota parte della dottrina risiede nella sua capacità di condizionare la validità delle attività dello Stato¹²⁰. Inoltre, la Costituzione rappresenterebbe un nucleo di valori «che danno un senso al processo costituente»¹²¹ in quanto gli stessi rappresentano la base storico-politica che ha condotto alla realizzazione del processo costituente. Peraltro, una Carta costituzionale non può essere analizzata prescindendo dal contesto del più ampio «ordinamento costituzionale». A sua volta, l'ordinamento costituzionale deve essere valutato alla luce del progetto attorno al quale i vari elementi che lo costituiscono interagiscono tra di loro e si connettono. Il *prius*, dunque, è l'ordinamento stesso, l'aspetto materiale, poiché esso rappresenta l'ordine attraverso il quale le singole norme sono messe a sistema, secondo principi e valori. Secondo tale dottrina, dunque, la Costituzione deve intendersi come «il

¹¹⁷ Questi sono, secondo C. MORTATI, "Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)", in *Enciclopedia del diritto*, XI, 1962, pag. 222 e ss.

¹¹⁸ Cfr. A. RUGGERI, *Una Costituzione ed un diritto costituzionale per l'Europa unita*, op. cit., pag. 6. Altra parte della dottrina sottolinea che, sebbene il costituzionalismo contemporaneo tenda a far conciliare i diritti di proprietà con i diritti sociali, mercato e programmi pubblici, tuttavia esso vale a determinare solo determinati modelli costituzionali e non il modello costituzionale, essendo, pertanto, possibile l'esistenza di Costituzioni che non prevedano un tale tipo di tutele. Sul punto si veda A. BARBERA, *Esiste una costituzione europea?*, op. cit., pag. 70.

¹¹⁹ Cfr. A. MORRONE, *Teologia politica v. Teologia economica*, op. cit., pag. 837.

¹²⁰ Cfr. C. MORTATI, "Costituzione dello Stato", op. cit.

¹²¹ Cit. A. RUGGERI, *Un diritto costituzionale per l'Europa unita*, op. cit., pag. 5.

precipitato formale di un complessivo ordine costituzionale»¹²². Tra la Costituzione, posta al vertice dell'ordinamento, e il progetto ordinante a questo sotteso sussiste un nesso particolarmente stretto che può essere compreso facendo riferimento all'ordinamento costituzionale. Quest'ultimo, a sua volta, è ordinato attorno a tre elementi: il testo, il contesto normativo e l'"ordine costituzionale", ovvero sia il contesto politico-sociale e politico-culturale all'interno del quale si realizza il riconoscimento dei principi costituzionali fondamentali.

Il brevissimo e parziale richiamo ai diversi elementi che contribuiscono a definire il concetto di costituzione potrebbe consentire di verificare se l'ordinamento europeo presenti anche solo alcuni degli stessi.

Peraltro, se è vero quanto è stato già accennato e, cioè, che l'UE non è uno Stato né pare ipotizzabile che essa possa prima o poi assumerne la forma¹²³, viene da chiedersi se possa

¹²² Cit. A. BARBERA, "Costituzione della Repubblica italiana", in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2016, pag. 266.

¹²³ Ad escludere del tutto la possibilità di parlare dell'Unione europea anche in termini di Stato federale valga il fatto che gli Stati membri continuano ad intrattenere tra loro relazioni internazionali di tipo classico. Anche il fatto che i cittadini dell'Unione conservino in ogni caso la propria cittadinanza, che va ad aggiungersi a quella europea, rende evidente come l'UE sia ben lontana dal poter essere considerata nei termini con cui tradizionalmente ci si riferisce all'entità Stato. In tale senso si veda, tra gli altri, J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004, pagg. 36 e ss. Tuttavia l'ordinamento giuridico europeo presenta caratteristiche del tutto peculiari che lo distinguono, altresì, dalle tradizionali unioni di Stati – confederazioni, alleanze, ecc. -. Si pensi, ad es. al fatto che esso sia per certi versi preminente rispetto agli ordinamenti statali, capace, in taluni ambiti, di avere effetti diretti negli ordinamenti nazionali. Peraltro, altra caratteristica del tutto peculiare è rappresentata dall'essere corredato di un sistema giudiziario preconstituito, posto a presidio della legalità eurounitaria. Sul punto si veda P. COSTANZO, *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*, in P. COSTANZO, L. MEZZETTI, A. RUGGERI, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, pag. 325. Sulla natura giuridica dell'UE non vi è, dunque, unità di vedute e, infatti, sono essenzialmente cinque le teorie che in vario modo hanno tentato di individuarne le caratteristiche essenziali tramite le quali ricondurre l'ordinamento europeo in una delle categorie relative alle diverse forme statali. Sul punto si veda L. MEZZETTI, *Principi costituzionali e forma dell'Europa*, op. cit., pag. 97, il quale suddivide le varie elaborazioni dottrinali raggruppandole attorno a cinque diverse tesi principali: la tesi dell'organizzazione internazionale o sopranazionale; la tesi confederale; la tesi dell'associazione di scopo con fini di integrazione funzionale; la tesi federale; la tesi dell'entità *sui generis*. Secondo alcuni autori, peraltro, la forma di Stato dell'UE sarebbe surreale, in quanto essa, nell'ambito della politica economica, si limita a stampare moneta senza tenere conto delle quantità effettivamente richieste dalla realtà. Il buon governo, secondo l'A., opera utilizzando risorse reali provenienti dalle tasse e dai tributi versati dai cittadini ai quali, però, occorre rendere conto nel senso che occorre che il percorso seguito da tale denaro sia trasparente e reso noto ai cittadini contribuenti, circostanze questa che non è dato riscontrare nel sistema finanziario europeo il quale gode sì di autonomia finanziaria ma tale autonomia non è accompagnata dalla trasparenza. Così M. BERTOLISSI, *Fiscalità e spesa pubblica nell'UE*, op. cit., pagg.49-50.

aversi una Costituzione senza Stato¹²⁴ e, dunque, se sia utile discutere di una Costituzione per l'Europa¹²⁵. Tuttavia la relazione interconnessa tra Stato e Costituzione sembra non rispondere alle attuali forme che hanno assunto concretamente gli ordinamenti statali, nei quali trovano oggi residenza diversi e nuovi modelli di organizzazione. Basti, infatti, pensare all'apertura degli ordinamenti interni a quelli sovranazionali e alla tendenza di questi ultimi ad una progressiva "costituzionalizzazione"¹²⁶ per comprendere come il concetto tradizionale di Stato rischi di non essere del tutto confacente alla realtà attuale. La difficoltà che si riscontra nel fornire una risposta chiara, univoca ed esaustiva alla domanda su che cosa sia una Costituzione deriva anche dal fatto che la sua natura e i suoi caratteri risentono dell'assetto che il singolo ordinamento assume in un determinato periodo storico-politico – e, si potrebbe aggiungere, economico – in quanto non può parlarsi di Costituzione come di una realtà esistente e universalmente valida¹²⁷. Provando ad applicare al contesto europeo quanto sin qui osservato, si può notare che attraverso la Carta di Nizza¹²⁸ tale ordinamento si è effettivamente dotato di un complesso di norme relative alla tutela dei diritti fondamentali i quali, soprattutto nelle Costituzioni liberal-democratiche, rappresentano il nucleo duro delle stesse. Oltretutto nei Trattati istitutivi è possibile rinvenire una serie di principi e di obiettivi che da un lato consentono di individuare quali siano i valori su cui si fonda l'Europa - e che per questo risultano inderogabili dalle sue istituzioni e dagli Stati - dall'altro quale sia il fine verso cui dovrebbe tendere l'attività dell'Unione europea. Manca, invece, ancora oggi all'interno dei Trattati europei una disciplina circa la separazione dei poteri, pur essendo presenti norme relative all'organizzazione e alla disciplina delle singole istituzioni.

Le domande che sorgono attorno al disegno costituzionale europeo non sembrano poter trovare una risposta immediata e semplice¹²⁹, soprattutto se si osserva come sia diffusa

¹²⁴ Cfr. C. PINELLI, *La Carta europea dei diritti e il processo di "costituzionalizzazione" del diritto europeo*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, Milano, Giuffrè, 2005, pag. 57. Secondo parte della dottrina, infatti, una Costituzione senza Stato non è pensabile. Tuttavia, osserva l'A., «Secondo la nozione di stato costituzionale, l'assunto che una costituzione sia riferibile soltanto a uno stato rimane perlomeno indimostrata».

¹²⁵ Sul punto si veda, ad. es., A. RUGGERI, *Un diritto costituzionale per l'Europa unita*, op. cit., pag. 7.

¹²⁶ Cfr. A. RUGGERI, *Un diritto costituzionale per l'Europa unita*, op. cit. *ibidem*.

¹²⁷ Cfr. F. MODUGNO, "Costituzione, I) Teoria generale", op. cit. pag. 6.

¹²⁸ Su cui ci si soffermerà più dettagliatamente nel Capitolo II.

¹²⁹ C. PINELLI, in *La Carta europea dei diritti e il processo di "costituzionalizzazione" del diritto europeo*, op. cit., mette in evidenza la confusione generata dal termine "costituzione". Egli sottolinea che, pur alla luce delle peculiarità dell'ordinamento europeo, per cui può legittimamente

l'idea che la democrazia possa trovare spazio solo all'interno dei confini degli Stati nazionali, i quali sono gli unici detentori della sovranità¹³⁰. È questa, dunque, la dimensione della sovranità e del dibattito politico, oltre che del conflitto sociale, motore stesso della democrazia. Alla luce di tali considerazioni, tuttavia, vien quasi spontaneo chiedersi se, dato che al di fuori dello Stato-nazione non vi è spazio per la democrazia e, dunque, per la sovranità, abbia senso indagare su quale sia la legittimazione sottesa all'assetto comunque assunto dall'Unione europea, dal momento che sembrerebbe

parlarsi di Costituzione europea soltanto se questa si fonda su una combinazione del paradigma comunitario e di quello degli Stati membri, tuttavia, la presenza di una Carta dei diritti fondamentali, l'istituzione della cittadinanza europea, il passaggio al metodo maggioritario su molte deliberazioni potrebbero ad alcuni sembrare come "scampoli di costituzionalismo", mentre secondo altri potrebbe sembrare tappe di un processo di costituzionalizzazione originale e addirittura compiuto.

¹³⁰ Così come evidenziato anche da B. DE GIOVANNI, *L'Europa, oggi*, op. cit., pag. 15, il quale ritiene sintomatica di tale incertezza la sentenza emessa dalla Corte federale tedesca del 2009 in merito alla compatibilità tra il Trattato di Lisbona e il *Grundgesetz*. In tale decisione la Corte federale tedesca aveva dichiarato compatibile il Trattato di Lisbona con l'ordinamento costituzionale tedesco, e, inoltre, aveva precisato che tale Trattato non aveva operato alcun trasferimento del potere costituente e non violava, dunque, la sovranità statale tedesca. L'UE, secondo il giudice tedesco, anche a seguito delle trasformazioni introdotte dal Trattato di Lisbona, continua ad essere un'unione di Stati nazionali sovrani. L'ordine fondamentale dell'UE, dunque, è determinato dalle sole disposizioni degli Stati membri i cui cittadini rappresentano, in ogni caso, la base della legittimazione democratica. Gli atti che contribuiscono alla realizzazione dell'integrazione europea devono comunque rispondere al principio democratico, sia dal punto di vista della natura delle istituzioni europee che da quelli della loro organizzazione e procedure decisionali. Per una sintesi della sentenza si veda F. LIBERATI, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, in *Federalismi.it*, 15 luglio 2009. Si veda, altresì, L. S. ROSSI, *Il processo di integrazione al capolinea? La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona*, in *www.europeanrights.it*, del 9 luglio 2009. L'A. pone in evidenza come tale sentenza sia idonea a mettere in crisi il processo di integrazione europea e come tale decisione possa esser vista come una «fiera rivendicazione di sovranità costituzionale». Con tale sentenza, infatti, dopo aver affermato il principio di apertura verso l'integrazione europea, tuttavia, il giudice tedesco rivendica comunque la sovranità statale della Germania la quale, pur considerando l'integrazione europea come un valore, non è disposta a rinunciare al nucleo essenziale della propria identità a vantaggio di tale principio. Peraltro, sottolinea l'A., la Germania sembra rifiutare una futura evoluzione del processo di integrazione europea in termini di processo costituente. In generale, dunque, la sentenza tende a ricondurre la sovranità statale in una posizione privilegiata rispetto al livello europeo e lo fa anche restringendo il campo d'azione del Governo tedesco nell'ambito delle istituzioni europee, il quale dovrà riferire al Parlamento tedesco circa il proprio operato in seno al Consiglio e al Consiglio europeo. Inoltre, secondo tale decisione, il livello di democraticità dell'UE deve essere commisurato al suo livello di integrazione. Se l'UE continuerà ad essere un insieme di Stati sovrani, il livello di democraticità auspicabile consisterà nel perdurare del principio di attribuzione e nelle regole definite per l'esercizio delle competenze e dei poteri attribuiti alla Unione dai Trattati i quali dovranno svolgersi nel rispetto del principio di leale collaborazione, di sussidiarietà, proporzionalità e nel rispetto delle identità nazionali. Si veda, altresì, A. ANZON, *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2009.

possibile concludere che l'ordinamento europeo, lungi dall'assumere la forma di uno Stato, è di per sé privo di legittimazione democratica. La risposta a tale dubbio, per quanto possa sembrare affrettato e approssimativo trovarne una, sembra essere positiva, in quanto è innegabile che, sebbene l'UE si ponga al di fuori delle categorie appena analizzate, è altrettanto evidente che essa sia dotata della capacità di andare ad incidere sul circuito democrazia-sovranià-conflitto sociale degli Stati nazionali, per cui altrettanto evidente appare l'esigenza di capire se, e come, tale sua capacità sia legittima.

Volendo, dunque, pervenire a brevi ed essenziali conclusioni circa la Costituzione europea si potrebbero individuare due risposte alternative. Si potrebbe, infatti, ritenere che l'Unione europea sia del tutto sprovvista di una Costituzione dal momento che gli atti su cui essa si fonda nulla dicono circa la separazione dei poteri; oltretutto l'Europa non è uno Stato e, si è visto, non sono immaginabili Costituzioni senza Stato. Inoltre, persistendo una carenza democratica, secondo il costituzionalismo democratico liberale, nessuna Costituzione potrebbe trovare spazio in un ordinamento privo dei tratti essenziali delle moderne democrazie¹³¹. Si potrebbe obiettare che, tuttavia, l'Europa si è dotata di una Carta dei diritti fondamentali, che a partire dal Trattato di Maastricht si parla di cittadinanza europea, anche se non ancora di popolo europeo, e che la tutela dei diritti, della dignità umana, della democrazia, dello Stato di diritto rappresentano i principi fondamentali del complessivo disegno europeo che, per tali ragioni, si avvicina ad essere un ordinamento costituzionale. Tale conclusione, tuttavia, non pare convincente dal momento che anche organizzazioni internazionali prive di una Costituzione hanno tra i propri obiettivi la promozione dell'uguaglianza, la tutela dei diritti, ecc., per cui tale argomentazione non varrebbe ad individuare il tratto distintivo di una Costituzione o, comunque, di un ordinamento costituzionale. La seconda delle risposte cui si è accennato, invece, parte dal presupposto che l'Europa non è uno Stato, o, meglio, non è ancora uno Stato ma non è più una semplice organizzazione internazionale¹³², ma un soggetto *sui*

¹³¹ Tuttavia, una parte della dottrina non è persuasa dall'argomento del "deficit democratico", in quanto, pur rilevando il profondo legame che intercorre tra principi democratici e costituzionalismo democratico liberale, ritiene che nei riguardi del contesto europeo si potrebbe sostenere, eventualmente, che esista una Costituzione priva dei caratteri liberal-democratici, non, invece, che non sia possibile l'esistenza di una Costituzione *tout court*. Il principio democratico sarebbe, in sostanza, un principio comune agli Stati non, invece, un elemento indefettibile per definire una Costituzione. Si veda A. BARBERA, *Esiste una Costituzione europea?*, op. cit., pag. 69.

¹³² L'Europa «ha un ordinamento costituzionale in transizione, e quindi sotto questo profilo ha una costituzione», cit. A. BARBERA, *Esiste una costituzione europea?*, op. cit., pag. 80.

generis e proprio tale peculiarità conduce a ritenere che se non può parlarsi di Costituzione può, forse, sostenersi che sia comunque in atto un processo costituente¹³³, i cui tratti più salienti sono rinvenibili proprio nella tutela che l'ordinamento europeo accorda ai diritti, nel fatto che essi oggi trovino la propria disciplina in una Carta che ha acquisito il medesimo ruolo dei Trattati. Tale processo costituente deve essere considerato alla luce del peculiare ordinamento europeo, il quale non sembra aver raggiunto ancora una compiuta formazione ma, al contrario, esso risulta essere in continuo divenire¹³⁴, nonostante talvolta i segni di tale moto perpetuo non siano particolarmente evidenti e, anzi, a volte, sembrano dimostrare che i passi fatti in avanti nel percorso di integrazione politica non siano conquiste destinate a sedimentarsi nel tempo ma, al contrario, suscettibili di trasformazioni radicali o, addirittura, di scomparire¹³⁵.

5.2. (segue) b) *Il Trattato di Lisbona: un nuovo modello sociale europeo?*

Il Trattato di Lisbona¹³⁶ rappresenta sicuramente una tappa fondamentale nel cammino verso un'integrazione politica dell'Unione europea, soprattutto alla luce delle rilevanti novità che esso ha determinato nel complessivo impianto europeo. Nell'ordinamento italiano, la sua entrata in vigore non ha, apparentemente, suscitato particolare clamore nel dibattito politico e giuridico, e, infatti, non si è registrato alcun ostacolo all'immediata applicazione delle nuove regole da esso derivanti. Tuttavia, la sua carica innovativa è molto più forte di quanto potrebbe apparire, e ciò può risultare evidente da un'analisi

¹³³ Sulla Costituzione europea come processo si esprime anche M. PLUTINO, in *Diritti fondamentali, cittadinanza e sistema europeo dei parlamenti*, in M. SCUDIERO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto costituzionale comune tra ordinamento comunitario e Stati nazionali*, Volume II, Tomo I, Jovene, Napoli, 2002, pag. 262.

¹³⁴ Un'immagine della situazione costituzionale europea è fornita da autorevole dottrina, secondo la quale: «Siamo nell'aurora, in cui la notte non c'è più (la piena sovranità degli Stati) ma il giorno non è ancora arrivato (la costituzione europea). Dietro il tormentato dibattito sulla costituzione europea c'è in realtà altro: c'è, da una parte, chi si augura di prolungare la notte e chi, dall'altra parte, vuole affrettare l'alba di un nuovo giorno», cit. A. BARBERA, *Esiste una costituzione europea?*, op. cit., pag. 82

¹³⁵ Basti pensare al fatto che mentre è ancora acceso il dibattito circa lo stadio di integrazione politica raggiunto sinora dall'Unione europea, sono in atto diversi fenomeni che fanno temere una probabile frattura al suo interno. Emblematico in tal caso è, non solo il caso "Brexit", ma anche il ripristino temporaneo dei controlli alle frontiere in area Schengen attivato da parte di Austria, Danimarca, Germania, Norvegia e Svezia o, in generale, le riserve espresse dai diversi Stati nel modificare la disciplina del diritto d'asilo in un senso che dia effettivamente risalto alla solidarietà tra gli Stati.

¹³⁶ Il Trattato di Lisbona, occorre precisare, pur ricalcando alcuni dei contenuti essenziali del progetto di Costituzione per l'Europa, tuttavia, non ripropone i contenuti che più spiccatamente avrebbero contribuito alla creazione di un'identità europea, ed infatti non viene fatta alcuna menzione della bandiera, dell'inno, del motto e della giornata dell'Europa, presenti, invece, nel testo del progetto di Costituzione per l'Europa.

delle sue peculiarità¹³⁷.

Innanzitutto il Trattato di Lisbona, nato anche per l'esigenza di adeguare le istituzioni europee al mutato volto che aveva assunto l'Europa a seguito dell'allargamento a 27 Paesi membri¹³⁸, ha posto tra i propri obiettivi quello di rafforzare la democrazia europea anche, e soprattutto, al fine di rinvigorire la legittimità delle decisioni assunte dalle istituzioni europee. Infatti, le principali critiche al funzionamento dell'Unione europea muovevano dal presupposto che il Parlamento europeo svolgesse un ruolo del tutto marginale e di scarso rilievo; per tale motivo, dunque, l'Europa ha via via intrapreso un percorso che potesse condurre ad una maggiore democratizzazione di tale organo il quale, quasi superfluo sottolinearlo, si poneva in evidente contrasto rispetto alle camere elettive dei singoli Stati membri, costituite dai rappresentanti del corpo elettorale – e che, quindi, dalla loro elezione traggono legittimazione – e giocano il fondamentale ruolo sia di legislatore sia di contropotere rispetto ai governi, oltre che di luogo di rappresentanza anche delle minoranze. In tale ottica, il Trattato di Lisbona ha inserito il Titolo II «Disposizioni relative ai principi democratici» all'interno del TUE, il quale contiene alcune disposizioni indirizzate a rafforzare la democraticità all'interno dell'Unione. Gli articoli 9, 10 e 11 dichiarano che l'Unione, in ogni sua attività, rispetta il principio dell'eguaglianza tra cittadini; che il suo funzionamento si basa sulla democrazia rappresentativa e su quella partecipativa; e prevede il concorso dei parlamenti nazionali al funzionamento dell'UE¹³⁹.

Peraltro, l'art. 2¹⁴⁰ del Trattato individua i “valori”¹⁴¹ sui quali si fonda l'UE, tra i quali

¹³⁷ Sul punto si veda V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, R. FOGLIA R. COSIO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011, pag. 54, secondo cui il Trattato di Lisbona avrebbe determinato una rivoluzione culturale e strutturale nel sistema costituzionale italiano, realizzando uno stravolgimento della gerarchia delle fonti.

¹³⁸ Nel 2007, infatti, anno di sottoscrizione del Trattato da parte degli allora Stati membri, la Croazia non era ancora stata ammessa all'UE di cui inizierà a far parte nel 2013. Nel momento in cui si scrive, tuttavia, l'Europa dei 28 è destinata a tornare all'Europa dei 27 a causa del referendum svoltosi nel Regno Unito il 23 giugno 2016.

¹³⁹ Cfr. F. DONATI, *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014 pag. 2-3.

¹⁴⁰ «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

¹⁴¹ Secondo A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011 pag. 49 tuttavia, l'art. 2 fa riferimento ai “principi” e non già ai valori, dal momento che essi sono soggetti alle procedure ex art. 48 TUE e producono effetti giuridici. Essi, dunque, sono caratterizzati da un carattere pervasivo e costitutivo, si configurano come vere e

sono annoverati la democrazia, la dignità umana, lo Stato di diritto, il rispetto dei diritti umani, ecc. Il successivo art. 3, inoltre, prescrive quelli che sono gli obiettivi che l'EU intende perseguire. Nel primo comma si chiarisce che l'Unione promuove la pace, i suoi valori e il benessere dei suoi popoli¹⁴². Il secondo comma, peraltro, contiene una delle novità più rilevanti apportate dal Trattato del 2007, ovverosia l'obiettivo di creare uno spazio di europeo di libertà, sicurezza e giustizia in ragione del quale sono state rafforzate le competenze europee in materia di controllo alle frontiere, asilo e immigrazione; cooperazione giudiziale in materia civile e penale; cooperazione di polizia. L'art. 3 racchiude, dunque, tutti gli obiettivi che l'Unione intende realizzare e tra questi vi è, altresì, la creazione di un'Europa sociale, all'interno della quale sono abolite le discriminazioni di genere, in cui viene promossa la solidarietà tra le generazioni, la coesione sociale. Si potrebbe, tuttavia, obiettare che, in ogni caso, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non sembra aver determinato evidenti cambi di rotta del Parlamento europeo, dal momento che il banco di prova di tale rinnovato ruolo avrebbe potuto essere la crisi economica di cui si è detto davanti alla quale, tuttavia, l'Europa ha reagito con un rafforzamento della *governance* e con il ricorso al metodo intergovernativo e non, invece, con un maggiore coinvolgimento del Parlamento. Ad ulteriore dimostrazione che le novità introdotte dal Trattato di Lisbona in punto di democrazia siano più formali che sostanziali, si pensi, altresì, al fatto che esso nulla, o quasi, preveda in materia di democrazia diretta, sovranità popolare e separazione di poteri tanto che l'Europa sembra carente di quei connotati essenziali che essa stessa impone agli Stati membri per poter aderire al suo ordinamento¹⁴³. Oltretutto, ciò che maggiormente contribuisce a rendere evidente la perdurante carenza di democraticità risiede nella mancanza di veri partiti europei e di sindacati autenticamente europei e, altresì, di un'opinione pubblica europea¹⁴⁴.

Nonostante il trattato di Lisbona abbia operato un'importante opera di sistematizzazione dei principi fondamentali sui quali si base l'Unione europea, tuttavia, secondo parte della

proprie norme giuridiche e non come convinzioni etiche e morali prive di prescrittività.

¹⁴² Il fatto che non si faccia riferimento al popolo europeo, ma ai suoi popoli, rivela come non vi fosse tra le intenzioni del Trattato quella di porre le basi per una comunità politica simile a quella degli Stati che tra i propri elementi costitutivi ricomprendono, infatti, proprio un popolo.

¹⁴³ Cfr. A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2009 pag. 844.

¹⁴⁴ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri*, op. cit. 703.

dottrina, la struttura generale del diritto primario europeo rimane piuttosto incerta¹⁴⁵. Il Trattato ha, peraltro, introdotto un principio di solidarietà tra Stati sino ad allora sconosciuto a livello Europeo. Tale principio è contenuto nell'art. 122 del TFUE¹⁴⁶, e dunque, dal momento che è stato inserito all'interno delle fonti originarie del diritto europeo, esso rappresenta una norma inderogabile dell'ordinamento sovranazionale, dotato di particolare forza prescrittiva e come tale esso dovrà essere rispettato nell'elaborazione delle politiche UE e nei rapporti intercorrenti tra le istituzioni e gli Stati membri.

Per quanto riguarda, dunque, la dimensione sociale dell'Europa il Trattato di Lisbona ha apportato delle novità prevalentemente in merito ai valori posti alla base del complessivo disegno istituzionale, infatti, il dato per cui ora l'art. 2 enunci i valori, *rectius*, i principi dell'Unione, ricomprendendovi il rispetto dell'uguaglianza, lo stato di diritto, la dignità umana, può essere letto come una dichiarazione di apertura anche alla dimensione sociale, oltre che economica, da parte dell'Unione europea¹⁴⁷. Peraltro il Titolo X del TFUE riguarda esclusivamente disposizioni relative alla politica sociale e non più solo all'istruzione, formazione professionale e gioventù, dando così atto di come le politiche sociali hanno assunto una autonoma rilevanza all'interno della politica europea¹⁴⁸. Tuttavia, è soprattutto nella formulazione dell'art. 3 del TUE che emerge la dimensione sociale europea, ovverosia l'attenzione che l'UE dimostra nei confronti non solo dell'economia, la cui crescita deve essere equilibrata, ma, altresì, della piena occupazione e del progresso sociale¹⁴⁹.

Sebbene a livello formale il diritto primario dell'Unione preveda un rinnovato interesse

¹⁴⁵ Cfr. A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, pag. 30

¹⁴⁶ 1. Fatta salva ogni altra procedura prevista dai trattati, il Consiglio, su proposta della Commissione, può decidere, in uno spirito di solidarietà tra Stati membri, le misure adeguate alla situazione economica, in particolare qualora sorgano gravi difficoltà nell'approvvigionamento di determinati prodotti, in particolare nel settore dell'energia. 2. Qualora uno Stato membro si trovi in difficoltà o sia seriamente minacciato da gravi difficoltà a causa di calamità naturali o di circostanze eccezionali che sfuggono al suo controllo, il Consiglio, su proposta della Commissione, può concedere a determinate condizioni un'assistenza finanziaria dell'Unione allo Stato membro interessato. Il presidente del Consiglio informa il Parlamento europeo in merito alla decisione presa.

¹⁴⁷ Non mancano voci critiche in merito all'art. 2 e, in particolare, rispetto a quanto la disposizione sancisce circa il rispetto del principio di eguaglianza il quale, non contenendo alcun riferimento al concetto di eguaglianza in senso sostanziale rischierebbe di risultare come mera enunciazione formale, priva di effettivi risvolti sostanziali, come messo in evidenza da A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, op. cit., pag. 846.

¹⁴⁸ Cfr. A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 82/2010, pag. 5.

¹⁴⁹ Cfr. A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti*, op. cit. pag.12.

nei confronti della dimensione sociale, tuttavia non è detto che anche sul piano concreto si registri una così evidente apertura. Infatti, come parte della dottrina sottolineava subito dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, permangono tuttora elementi idonei a limitare il rafforzamento della crescita della dimensione sociale in Europa tra i quali, ad esempio, occorre pensare al fatto che sia stato prescelto il metodo del coordinamento quale modalità di azione dall'Unione in materia sociale; alla perdurante carenza di alcune competenze in capo all'Unione e alla mancanza di previsioni circa i criteri di riferimento nel caso di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche¹⁵⁰.

Dunque, per quanto sinora detto, sebbene il progetto di adottare una Costituzione per l'Europa sia fallito, occorre in ogni caso verificare attraverso l'analisi delle circostanze concrete in cui oggi continua ad evolversi l'UE se esista un modello sociale europeo pur in assenza di un vero e proprio Stato costituzionale europeo. A tal fine può rivelarsi utile mettere a confronto l'assetto europeo con la forma di Stato sociale affermatosi in Europa a seguito della II Guerra mondiale. Alle origini della sua nascita vi fu la funzione di garanzia normativa attuata dallo Stato pluriclasse attraverso un processo di integrazione politica e sociale. Il potere economico venne sottoposto a regole e limiti prodotti dal governo dello Stato, indirizzando la politica economica alla realizzazione di una coesione ed eguaglianza sociale sino ad allora ignoti¹⁵¹. Il modello sociale diviene, dunque, fondamento e motore della nascita del nuovo Stato che era uscito sconfitto dalla guerra e che cercava, dunque, una nuova linfa vitale. Sebbene, come visto, non sia possibile parlare dell'Europa come uno Stato, tuttavia il progetto di adottare una Costituzione per l'Europa impone di fermarsi a riflettere sulla funzione stessa che esso intendeva perseguire. Chiedersi infatti cosa vi fosse alla base del progetto di adottare una costituzione per l'Europa può servire a spiegare che tipo di Europa doveva nascere nei progetti originari i quali non possono dirsi del tutto superati, dal momento che oggi il processo evolutivo dell'Unione non si è ancora arrestato. Prima di Lisbona, in Europa era del tutto assente un'attenzione nei confronti dei diritti, in particolar modo dei diritti sociali? In Europa, cioè, esisteva un modello sociale¹⁵²? Su che cosa si reggeva quel

¹⁵⁰ Cfr. A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti*, op. cit. pag. 18. Su tale aspetto, peraltro, ci si soffermerà approfonditamente nel Capitolo III.

¹⁵¹ Cfr. S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, pagg. 20 e ss.

¹⁵² Come è possibile leggere in M. LUCIANI, *Diritti sociali ed integrazione europea*, op. cit., pagg. 367 e ss. Già con il Trattato di Maastricht e soprattutto con il Trattato di Amsterdam lo scenario europeo sembra cambiare radicalmente rispetto al disegno originario posto alla base delle

progetto? e oggi sono ancora le stesse le basi giuridiche ed ideologiche sulle quali devono convergere le azioni politiche dell'UE?

Sostenere che l'Europa prima del trattato di Lisbona non avesse dato alcun rilievo alla tematica dei diritti non sarebbe veritiero, per cui prima di verificare quale sia l'attuale modello sociale europeo e quanto la Carta di Nizza abbia contribuito al suo sviluppo, occorre rilevare come l'attenzione per la dimensione sociale dell'UE non sia improvvisamente sorta con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, poiché sebbene l'origine dell'Unione europea venga spesso legata esclusivamente a mere ragioni economiche, tuttavia, alcune osservazioni possono contribuire a dimostrare l'eccessiva rigidità e la parziale infondatezza di tale asserzione.

5.3. (segue). c) *Alle origini del modello sociale europeo*

In occasione del Consiglio europeo di Lisbona del 2000, tenutosi in via straordinaria al fine di concordare un obiettivo strategico per l'Europa, con lo scopo di sostenere l'occupazione, le riforme economiche e la coesione sociale nel contesto di un'economia basata sulla concorrenza, l'Europa si era mostrata consapevole di dover affrontare nuove sfide, dovute in particolar modo al fenomeno della globalizzazione. Per tale motivo, dunque, occorre procedere ad una trasformazione radicale dell'economia europea¹⁵³ la quale doveva diventare «la più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e migliori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale»¹⁵⁴. In tale fase, peraltro, era chiaro che per poter migliorare l'economia non poteva essere trascurato il piano sociale ma, al contrario, esso doveva essere oggetto di riforme e di interventi volti a combattere l'esclusione sociale. Nelle Conclusioni del Consiglio di Lisbona 2000 si metteva in risalto il ruolo svolto dalle persone all'interno dell'Unione europea e su di esse, considerate in tale documento come la risorsa fondamentale dell'Europa, dovevano essere impiegate le politiche europee. Una «modernizzazione» del modello sociale europeo capace di creare uno stato sociale attivo e dinamico era un obiettivo raggiungibile ed, anzi, esso risultava essenziale per garantire all'economia europea una nuova vitalità capace di consentirle di resistere alle nuove

Comunità europee, in quanto la dimensione sociale sembra assumere una corposità sconosciuta. Tuttavia, l'A. mette in evidenza la debolezza delle novità introdotte in materia di diritti sociali e le evidenti divergenze rispetto alle norme in materia economico-finanziaria in cui l'Europa vanta senz'altro un ruolo di maggiore peso.

¹⁵³Così è possibile leggere nelle conclusioni del Consiglio europeo del 23-24 marzo 2000 svoltosi a Lisbona

¹⁵⁴Cit. Conclusioni del Consiglio europeo 2000.

sfiere.

Tali obiettivi dovevano essere raggiunti entro il 2010, ma nel 2005 i risultati sino a quel momento raggiunti hanno dimostrato la necessità di ripensare il piano strategico fissato nel 2000. Pertanto, la Commissione ha rivolto delle raccomandazioni politiche al Consiglio europeo del 2005¹⁵⁵ allo scopo di riformulare parzialmente le conclusioni del Consiglio europeo 2000. In sostanza, la Commissione ha ritenuto che, dal momento che gli obiettivi sembravano ancora lungi dall'essere realizzati, un modo per tentare di rendere l'economia europea realmente competitiva a livello globale fosse quello di creare una crescita più stabile e duratura e creare nuovi e migliori posti di lavoro. Tale documento politico, il quale si rivolgeva non soltanto all'UE ma, altresì, agli Stati membri, ha posto due traguardi essenziali: rendere l'Europa più attraente per gli investitori stranieri e accrescere il livello di conoscenza e innovazione. In questo modo, dunque, la strategia è stata prevalentemente incentrata sulla crescita e l'occupazione.

Nonostante le modifiche così apportate alla Strategia Lisbona 2000, il percorso verso il perseguimento degli obiettivi in essa prefissati ha dovuto subire un'ulteriore fase di rallentamento causata dalla crisi economica esplosa a partire dal 2007. Nel 2010 la Commissione¹⁵⁶ ha formulato una nuova proposta, nota come «Strategia Europa 2020¹⁵⁷» nella quale sono stati fissati nuovi obiettivi da raggiungere nell'ambito dell'economia e della crescita. Tale programma si basa su tre obiettivi essenziali: crescita intelligente, da attuarsi attraverso un'economia basata sull'innovazione; crescita sostenibile, sviluppando un'economia più efficiente e più verde; crescita inclusiva la quale può essere realizzata per mezzo di una forte occupazione che favorisca la coesione sociale e territoriale. La Commissione nel 2010 ha evidenziato, peraltro, che la realizzabilità delle priorità stabilite in quell'occasione era strettamente connessa anche ad una *governance* economica più forte.

Anche nella Strategia Lisbona 2020 è tornata ad essere al centro delle prospettive europee la tematica della modernizzazione, con particolare riferimento al mercato del lavoro, il

¹⁵⁵ Esse sono contenute nella Comunicazione COM (2005) 24 «Lavorare insieme per la crescita e l'occupazione - Il rilancio della strategia di Lisbona - Comunicazione del presidente Barroso d'intesa con il vicepresidente Verheugen».

¹⁵⁶ COM(2010) 2020 del 3 marzo 2010, «Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva».

¹⁵⁷ Essa prevede il coordinamento delle politiche interne economiche e del lavoro volto a favorire la crescita e l'occupazione. Attori principali risultano il Consiglio, la Commissione e i singoli Paesi membri, i quali elaborano programmi nazionali di riforma la cui conformità agli scopi della strategia è oggetto di valutazione da parte della Commissione.

quale deve essere improntato al principio della “flessicurezza”¹⁵⁸. Una delle iniziative faro della Strategia 2020, infatti, rubricata «Crescita inclusiva – un’economia con un alto tasso di occupazione che favorisca la coesione economica, sociale e territoriale», si pone l’obiettivo di realizzare un incremento dell’occupazione e allo stesso tempo della formazione dei lavoratori. La “flessicurezza”¹⁵⁹, intesa quasi come una “terza via” fra il mantenimento dei livelli di sicurezza sociale dei singoli ordinamenti statali e le esigenze di allocazione efficiente delle risorse disponibili¹⁶⁰, in tale senso, secondo la Commissione, garantirebbe ai lavoratori la possibilità di acquisire nuove competenze capaci di consentire un adattamento alle mutate condizioni del mercato del lavoro consentendo così di poter accedere anche a un riorientamento professionale¹⁶¹.

Non sono mancate le critiche rivolte a tale nuovo programma politico europeo, il quale avrebbe ridimensionato l’attenzione riservata ai temi sociali, proprio a vantaggio di questioni relative alla crescita, la competizione, il mercato e, più in generale alla *governance* economico-finanziaria¹⁶². Numerose sono le criticità del modello sociale europeo attuale, e diverse sono le ragioni sottese a tali aspetti problematici. Innanzitutto, occorre pensare al fatto che la sua attuazione non risulta esigibile dal livello sovranazionale poiché esso non dispone di strumenti atti a costringere gli Stati a dare effettivamente seguito al contenuto di tale modello il quale, ad oggi, può essere definito come un mero programma, carente, dunque, dal punto di vista della vincolatività¹⁶³. Tuttavia, non può allo stesso tempo trascurarsi il fatto che il nuovo art. 7 TUE¹⁶⁴ assegna alle istituzioni europee degli strumenti per garantire che gli Stati membri rispettino i

¹⁵⁸ Tale termine deriva dalla congiunzione tra “flessibilità” e “sicurezza” il cui compendio dovrebbe dare significato a tale neologismo. In particolare la flessicurezza dovrebbe consentire da un lato una flessibilità in entrata e in uscita nel mondo del lavoro, dall’altro dovrebbe contemporaneamente garantire la sicurezza, ovverosia la protezione del reddito che dovrebbe essere garantito anche nelle more della ricerca di un nuovo posto di lavoro. Tuttavia, garantire tale misura di protezione sociale richiede un intervento dello Stato particolarmente impegnativo in termini di investimenti economici.

¹⁵⁹ Secondo alcuni autori la *flexecurity* rappresenterebbe per le istituzioni europee elemento imprescindibile per la modernizzazione del Modello Sociale Europeo. Sul punto si veda, A. ALAIMO, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in *RIDL*, n. 3/2012, pag. 228.

¹⁶⁰ Così R. FOGLIA, *La politica sociale nell’ordinamento dell’Unione*, in *Il diritto del lavoro nell’Unione europea*, R. FOGLIA, R. COSIO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011, pag. 39.

¹⁶¹ Cfr. COM(2010) 2020, pag. 18.

¹⁶² In tal senso si veda A. ALAIMO, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020»*, op. cit., pag. 224.

¹⁶³ Cfr. A. ALAIMO, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020»*, op. cit., pag. 229.

¹⁶⁴ Tale disposizione prevede due diverse modalità a seconda che vi sia un serio rischio che lo Stato membro non rispetti i valori stabiliti dall’art. 2 TUE o che la violazione grave e persistente sia avvenuta.

valori comuni sanciti dall'art. 2 TUE, tra i quali sono annoverati i diritti fondamentali delle persone appartenenti alle minoranze. Per tale via, dunque, secondo alcuni, si potrebbe giungere alla conclusione che le istituzioni europee godano di una nuova competenza in materia di monitoraggio dei diritti fondamentali¹⁶⁵. Secondo tale prospettiva anche il MSE¹⁶⁶, comunque connesso all'assetto valoriale delineato dal diritto primario dell'UE sarebbe tutelato dai Trattati e il suo rispetto sarebbe garantito dalle istituzioni europee dotate di tale nuova competenza.

6. Cenni su crisi economica e modello sociale europeo

Quanto sin qui osservato ha messo in evidenza la molteplicità delle problematiche connesse al modello sociale europeo nel contesto della crisi economico-finanziaria. Infatti, come si è visto, tale fenomeno ha acuito alcune problematiche già presenti nell'ordinamento europeo in cui, sebbene non possa dirsi del tutto assente un'attenzione verso i diritti fondamentali, e in particolare verso quelli sociali, tuttavia, la complessità dell'ordinamento e le sue peculiarità rischiano di avallare le tesi di quanti tendono, invece, a vedere nell'Unione europea esclusivamente il perseguimento di interessi economici e legati al mercato, nel quale, dunque, lo spazio per i diritti sarebbe esclusivamente teorico, ipotetico e potenziale.

A rendere ancora più complesso il rapporto tra diritti e Unione europea concorre, altresì, la perdurante scarsa democraticità che caratterizza ancora alcune istituzioni dell'UE, nonostante le novità introdotte ad opera del Trattato di Lisbona.

A tutto quanto sin qui ricapitolato occorre aggiungere che la crisi economica ha comportato un aumento del divario tra Paesi membri "virtuosi" e non, ma, soprattutto, ha imposto, specie a questi ultimi, misure economiche particolarmente rigorose, che hanno spesso determinato una contrazione forte della spesa pubblica. È soprattutto questo l'aspetto che appare idoneo ad incidere in maniera determinante sulla tutela e sulla garanzia dei diritti sociali. Tuttavia, se da un lato gli Stati membri hanno dovuto adeguare le proprie politiche alle decisioni assunte in Europa, e in ciò è stato visto, quasi sempre, un grave attacco ai diritti sociali, cosa può dirsi a livello europeo a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e, dunque, del nuovo rango acquisito dalla Carta di Nizza in cui è prevista la tutela dei diritti sociali? Per poter rispondere a tale domanda si ritiene utile un'analisi della giurisprudenza della Corte di Giustizia, dal momento che, come

¹⁶⁵ A tale conclusione perviene A. ALAIMO, *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020»*, op. cit., pag. 233.

¹⁶⁶ Modello Sociale Europeo.

parte della dottrina ha sottolineato, la progressiva integrazione tra il livello sovranazionale e quelli nazionali in materia di diritti sociali potrebbe essere favorita principalmente dalle potenzialità garantistiche del sistema integrato dei livelli di protezione e un ruolo fondamentale potrebbe essere rivestito dalla Corte di Giustizia¹⁶⁷. Peraltro a partire dalla giurisprudenza nota come “*Laval quartet*”¹⁶⁸ l’attenzione degli studiosi è stata particolarmente attratta dalla giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo, non soltanto nella prospettiva del “dialogo tra le Corti”, ma anche per quanto riguarda direttamente il ruolo che essa assume all’interno dell’ordinamento europeo e per il risultato cui essa perviene nel bilanciamento tra diritti sociali, libertà economiche ed esigenze finanziarie. In sostanza si vuole osservare se la Corte di giustizia si ponga come arbitro terzo ed imparziale nelle dinamiche in cui si realizzano i rapporti tra diritto dell’UE e diritto degli Stati membri o se, al contrario, essa sia in grado di assumere un ruolo di “tutore” dei diritti, per cui davanti ad un potenziale conflitto tra le ragioni del mercato e le esigenze delle persone sia in grado di effettuare un bilanciamento che dia effettivo peso al modello sociale europeo che stenta ad essere visto come un luogo in cui poter trovare effettiva tutela e all’interno del quale poter realizzare pienamente la propria personalità.

¹⁶⁷ Si veda sul punto E. STRAZIUSO, *I diritti sociali tra stato sovrano e stato integrato nell’Unione Europea*, Bari, Cacucci editore, 2010 pagg. 149-150.

¹⁶⁸ Ci si riferisce alle sentenze della Corte di giustizia emesse nel periodo 2007-2008 in occasione delle quali il Giudice europeo è stato chiamato ad effettuare un bilanciamento tra libertà di impresa e libertà di autotutela dei lavoratori, declinata secondo il diritto di sciopero e il diritto alla contrattazione collettiva. Un’analisi più approfondita della vicenda giurisprudenziale sarà effettuata nel corso del III Capitolo.

CAPITOLO II

I diritti nella dimensione dell'UE: una nuova era per i diritti sociali?

Sommario: **1.** L'Europa e i diritti: un percorso accidentato o accidentale? – **2.** La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nuovi orizzonti per l'Europa dei mercati? - **2.1.** (*segue*). a) Il processo di approvazione della Carta - **2.2.** (*segue*). b) I contenuti della Carta - **2.3.** (*segue*). c) La Carta di Nizza: stesso valore dei Trattati, o quasi -**2.4.** (*segue*). d) La Carta di Nizza e l'incerto destino dei diritti in Europa – **3.** Considerazioni preliminari per uno studio dei diritti sociali. a) Cenni introduttivi - **3.1.** (*segue*). b) I diritti sociali in Europa – **4.** Il lavoro e i diritti sociali ad esso connessi. a) Nel contesto costituzionale italiano - **4.1.** (*segue*). b) Nel contesto europeo – **5.** Il ruolo della giurisprudenza nella teoria dei diritti – **6.** Corte di giustizia dell'Unione europea

1. L'Europa e i diritti: un percorso accidentato o accidentale?

Nel percorso di affermazione dei diritti all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea, un ruolo particolarmente rilevante è stato condotto dalla Corte di giustizia. Essa, infatti, in tempi risalenti ha realizzato una fondamentale opera nella costruzione di un sistema di diritti prima che questi venissero specificamente individuati dal legislatore europeo. Tuttavia, non sono mancate critiche nei confronti del ruolo svolto dalla Corte di Giustizia, alla quale veniva rimproverato di considerare i diritti fondamentali come accessori rispetto alle libertà del mercato¹⁶⁹.

Ma accanto alle critiche che sono state rivolte al Giudice di Lussemburgo, vanno collocate anche le voci di coloro che hanno messo in evidenza come la Corte, talvolta, abbia operato secondo le tecniche tipiche di un giudice costituzionale, in particolare quando è stata chiamata a pronunciarsi in merito a giudizi sollevati in via pregiudiziale, in tal modo allontanandosi dalla propria originaria natura¹⁷⁰.

¹⁶⁹ Per riferimenti puntuali a tale dottrina si rimanda a S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, O. PUOTI, *Introduzione*, in *Diritti fondamentali e politiche*, op. cit. pag. 10. Sul punto si veda, altresì, Per A. VON BOGDANDY, secondo il quale la Corte di giustizia non si pone come giudice dei diritti fondamentali e questo rappresenta un vantaggio poiché non si genera alcuna competizione con i tribunali nazionali che spesso si considerano quasi come i soli organi preposti proprio alla tutela dei diritti fondamentali, si veda *I principi fondamentali dell'unione europea*, op. cit., pag. 112

¹⁷⁰ Sul punto si veda C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato ... a un incerto presente?*, op. cit., pag. 11. L'A parla di vera e propria mutazione genetica. Della Corte di giustizia come giudice svolgente funzioni assimilabili a quelle dei giudici costituzionali parla anche M. CARTABIA, *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti*, op. cit., pag. 208.

In ogni caso, la Corte di giustizia sembra destinata ad assumere i panni di un interlocutore privilegiato nel dialogo multilivello, se si pensa, ad esempio, al fatto che anche la Corte costituzionale ha definitivamente abbandonato le proprie ritrosie circa la possibilità di sollevare un ricorso pregiudiziale davanti al giudice di Lussemburgo¹⁷¹.

Alla Corte va riconosciuto il merito di aver avuto un ruolo fondamentale nella creazione del sistema di diritto che caratterizza oggi l'Unione Europea¹⁷². Essa, infatti, ha contribuito a individuare un patrimonio di diritti propri dell'ordinamento europeo anche nel periodo in cui l'Europa si reggeva esclusivamente sulle libertà economiche e il fine ultimo delle Comunità era la creazione del mercato unico¹⁷³. In tale fase essa, facendo leva sul principio di non discriminazione, anche quando si è trovata a tutelare determinate libertà economiche, ha dimostrato una certa apertura verso la protezione dei diritti fondamentali¹⁷⁴. Il Giudice di Lussemburgo, cioè, è stato visto come un soggetto capace di riportare in equilibrio le politiche assunte dagli altri organi dell'UE i quali tendenzialmente operano nel mero interesse dell'Unione.

Dell'importante ruolo svolto dal diritto vivente nell'ambito europeo vi è evidente traccia nella giurisprudenza della Corte di Giustizia¹⁷⁵ la quale ha spesso prevenuto gli esiti delle scelte politiche fatte dagli Stati membri e dalle istituzioni e ciò vale in particolare per il

¹⁷¹ Essa, infatti, ha adito per la prima volta la Corte di giustizia con il ricorso in via pregiudiziale relativo al caso c.d. "Mascolo" in materia di contratti a tempo determinato per il personale della scuola. Tale vicenda verrà approfondita nel corso del Capitolo III.

¹⁷² Si veda a tal proposito A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002, op. cit., nota 7 pag. 9.

¹⁷³ Per lungo tempo il principio di eguaglianza ha rappresentato la base giuridica per la creazione di una primordiale disciplina dei diritti fondamentali dell'UE. Tuttavia, il divieto di discriminazione ha permeato anche le politiche comunitarie in materia di diritto del lavoro. A tal riguardo risulta rilevante la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 9 dicembre 1989, la quale contemplava, tra le altre, due diverse norme in materia di parità di trattamento riguardo all'accesso a un'occupazione, alle condizioni di lavoro e la protezione sociale in un Paese ospitante, nonché una disposizione sulla parità uomo-donna. Tale Carta, tuttavia, non ha mai assunto il valore di fonte del diritto europeo e, dunque, non è stata interpretata come vincolante da parte degli Stati. Anche l'Accordo sociale europeo nel 1991, inserito poi nel Trattato CE, prevedeva una disposizione appositamente dedicata alla materia delle pari opportunità tra uomo e donna nell'accesso a un'occupazione e condizioni di lavoro. sul punto si veda A. RIZZO, *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazioni*, in *Politica e diritti sociali nell'Unione europea: quale modello sociale europeo?*, P. GARGIULO (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2011.

¹⁷⁴ Cfr. P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea, Relazione alle Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia), Belém do Pará (Brasil), 25 e 26 de agosto – Verano 2008*, in www.giurcost.org

¹⁷⁵ A riprova della fondamentale opera svolta della Corte di giustizia, si pensi al noto dialogo tra quest'ultima e la Corte costituzionale italiana relativamente al valore delle norme europee rispetto all'ordinamento interno il quale ha contribuito in maniera determinante all'individuazione dei rapporti tra i due orientamenti.

progresso che si è registrato nell'ambito della ricostruzione del catalogo dei diritti fondamentali, i quali hanno trovato una prima collocazione nell'ordinamento sovranazionale proprio grazie a diverse pronunce della Corte di Lussemburgo la quale, pur nel silenzio dei trattati, ha riconosciuto loro il rango di principi generali dell'UE¹⁷⁶. In questo senso la Corte deve essere vista come uno dei soggetti che maggiormente hanno contribuito a conferire una determinata forma all'ordinamento europeo, in quanto individuare quali siano i principi generali di un ordinamento rappresenta un'operazione ermeneutica di particolare spessore, dato che essi sono fondamentali per realizzare una scienza giuridica capace di produrre un'idea generale, un sistema, pertanto gli stessi sono dotati di una forza ordinatrice¹⁷⁷.

Il disegno originariamente sotteso alla nascita delle Comunità europee, infatti, non poneva alla propria base alcuna visione sui diritti, né tanto meno fondava le proprie radici sul valore della dignità umana e sulla centralità della persona. Nei Trattati istitutivi dell'ordinamento comunitario, dunque, non erano contenute disposizioni sui diritti, per cui tale carenza ha iniziato a porsi problematicamente quando attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia alle norme del diritto europeo è stato attribuito valore preminente su quelle interne. La Corte di giustizia, attraverso la propria attività interpretativa, ha creato, a poco a poco, un sistema di principi fondamentali delle Comunità europee. Nella fase più risalente della propria opera, essa agiva nel precipuo interesse della Comunità e delle sue istituzioni, alle quali voleva garantire in maniera chiara e incontrovertibile l'autonomia dagli ordinamenti nazionali, lasciando sostanzialmente sullo sfondo il problema dei diritti fondamentali¹⁷⁸. Ben presto, però, alla Corte di giustizia sono state indirizzate richieste di intervento nel campo dei diritti fondamentali da parte dei giudici nazionali che non erano in grado di offrire una sufficiente tutela all'interno dei propri ordinamenti, i quali erano tenuti al rispetto del primato del diritto comunitario¹⁷⁹.

Nel fare ciò la Corte ha attinto dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri per sopperire alla carenze di previsioni in materia di diritti fondamentali, elaborando quelli

¹⁷⁶ Così anche A. RUGGERI, *Un diritto costituzionale per l'Europa*, op. cit., pag. 13, il quale sostiene che i diritti fondamentali ora codificati riprendono essenzialmente i caratteri tratteggiati dalla giurisprudenza della Corte, e che ciò è segno evidente della capacità del diritto vivente di prendere proprie ed autonome vie di sviluppo, anche discostandosi dal diritto vigente.

¹⁷⁷ Cfr. A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, op. cit., pag. 29.

¹⁷⁸ Sul punto si veda R. COSIO, *La Corte di giustizia e i diritti fondamentali*, in *RIDL*, n. 1/2012, pag. 312.

¹⁷⁹ Sul punto si veda M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, M. CARTABIA (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2007, op. cit. pagg. 18-19.

che sono divenuti poi i principi generali¹⁸⁰ dell'UE, capaci di produrre norme direttamente applicabili non solo nell'ordinamento europeo ma, grazie alla supremazia di questo sugli ordinamenti dei singoli Paesi membri nelle materie di competenza sovranazionale, anche all'interno di questi ultimi¹⁸¹.

Nella sentenza del 12 novembre 1969, relativa alla causa C-29/69, nota come "caso *Stauder*", la Corte era stata chiamata a decidere un giudizio pregiudiziale sollevato in merito alla presunta incompatibilità tra i principi generali del diritto comunitario e la decisione 69/71/CEE della Commissione europea. In particolare, in tale decisione era prescritto che, per poter usufruire di un prezzo più basso per l'acquisto del burro, i beneficiari di determinate prestazioni assistenziali avrebbero dovuto comunicare il proprio nominativo al venditore. Un cittadino tedesco riteneva che l'obbligo di dichiarare il proprio nome per poter accedere a tale prestazione fosse illegittimo rispetto sia alla concezione tedesca di assistenza sociale, sia al sistema tedesco della tutela dei diritti fondamentali i quali, secondo il giudice del rinvio, dovevano essere rispettati anche dal diritto comunitario. La Corte ha ritenuto che nella decisione della Commissione oggetto del giudizio, alla luce dell'interpretazione datane, non rilevasse alcun elemento di violazione dei diritti fondamentali della persona, «che fanno parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza»¹⁸².

Nella sentenza *Nold*¹⁸³ la Corte di Giustizia ha, peraltro, ribadito che il rispetto dei diritti fondamentali rientra tra i principi generali dell'ordinamento e che essa, essendo preposta a garantirne il rispetto, nell'espletamento di tal funzione è tenuta ad ispirarsi alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Pertanto, il Giudice di Lussemburgo, a partire da tale giurisprudenza, dichiara di non poter ammettere provvedimenti che contrastino con i diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni degli Stati.

¹⁸⁰ Tale elaborazione interpretativa ha assunto, secondo una parte della dottrina, il valore di vera e propria produzione del diritto. Secondo A. PIZZORUSSO, in *Il patrimonio costituzionale europeo*, op. cit., pag. 7 e ss., le tradizioni comuni degli Stati membri oltre ad aver svolto un ruolo preminente nel processo di integrazione europeo, esse hanno altresì assunto una funzione propria di ciò che in senso tecnico è svolta dalle fonti del diritto.

¹⁸¹ Cfr. A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, op. cit., pag. 17.

¹⁸² Punto 7 del considerato in diritto della sentenza.

¹⁸³ Causa C-4/73, sentenza del 14 maggio 1974, consultabile all'indirizzo <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/TXT/?uri=CELEX%3A61973CJ0004>. In tale sentenza la Corte mette in evidenza che i diritti fondamentali possono sopportare delle limitazioni alla luce della funzione sociale dei beni e delle attività protette, in quanto gli stessi non sono prerogative assolute. Cfr. M. PLUTINO, *Diritti fondamentali, cittadinanza e sistema europeo. Parlamento nazionale e decisione comunitaria*, in *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, M. SCUDIERO (a cura di), Napoli, Jovene editore, 2002, Tomo I, pag. 254.

A tali pronunce si deve aggiungere altresì la sentenza relativa al caso *Ert*¹⁸⁴ nella quale la Corte valuta il valore della CEDU ai fini della protezione dei diritti fondamentali¹⁸⁵. In particolare, essa dichiara che la CEDU riveste “un particolare significato” e che, pertanto, nella Comunità non possono essere tollerate misure incompatibili con i diritti fondamentali definiti in tale Carta.

Come alcuni autori fanno notare¹⁸⁶, inizialmente i tentativi di codificare tale prassi giurisprudenziale non hanno avuto esiti positivi, tuttavia, anche prima della approvazione della Carta di Nizza, il rispetto e la tutela dei diritti fondamentali hanno rappresentato uno degli obiettivi delle Comunità europee, come dimostrano diversi fattori. Infatti, non soltanto si è registrato un progressivo consolidamento della giurisprudenza della Corte di giustizia nei termini appena analizzati, ma questa è stata sostanzialmente accettata sia da parte degli Stati, sia da parte degli organi comunitari; in tal senso, peraltro, va letto l’inserimento della protezione dei diritti fondamentali tra gli obiettivi del secondo e terzo pilastro dell’UE, così come indicato dal Trattato di Maastricht all’articolo F, numero 2, il quale sancisce che: «L’Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, firmata a Roma il 4 novembre 1950, e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario». Dunque, pur non avendo ancora provveduto a redigere un apposito documento relativo ai diritti fondamentali, l’UE all’atto della sua nascita dichiara di rispettare i diritti fondamentali, facendo proprie sia le tradizioni costituzionali sia il contenuto della CEDU.

Se grazie all’opera svolta dalla Corte di giustizia i diritti hanno trovato spazio all’interno dell’UE anche quando i Trattati nulla prevedevano a riguardo, un ulteriore passo in avanti nella realizzazione di un’Europa attenta anche ai diritti si è registrato con il Trattato di Lisbona.

Si è accennato nel capitolo precedente a come esso¹⁸⁷ abbia sostanzialmente abbandonato

¹⁸⁴ C-260/89 del 18 giugno 1991.

¹⁸⁵ Cfr. M. PLUTINO, *Diritti fondamentali, cittadinanza e sistema europeo*, op. cit., pag. 254.

¹⁸⁶ E. ROSSI, *Commento all’art. 2 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Utet, 2006, pag. 60.

¹⁸⁷ Tale Trattato è stato firmato ufficialmente dai capi di Stato e di Governo il 13 dicembre 2007. 26 Stati membri hanno deciso di procedere alla ratifica tramite la procedura parlamentare, mentre soltanto l’Irlanda ha fatto ricorso al referendum popolare, così come prescritto dalla propria Costituzione. Il 18 giugno 2008 l’esito di tale referendum è stato negativo e ciò ha comportato una rinnovata diffidenza nei confronti del Trattato da parte di alcuni Paesi come la Repubblica ceca e

i riferimenti ad una Costituzione europea, pur, tuttavia, riprendendo alcuni contenuti essenziali di quello che era il progetto di Costituzione per l'Europa.

In particolare, il Trattato, entrato in vigore nel 2009 ha, innanzitutto, superato la struttura in "tre pilastri" dell'UE, alla quale, inoltre, ha riconosciuto personalità giuridica; ha previsto la possibilità per quest'ultima di aderire alla CEDU; ha apportato modifiche alle norme relative alla figura del Presidente dell'Unione¹⁸⁸; ha istituito l'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza¹⁸⁹. Peraltro il Trattato ha comportato talune innovazioni nell'ambito delle istituzioni europee, nell'ottica di conferire loro caratteri più marcatamente democratici; a tal proposito si pensi, ad esempio, alla introduzione dell'elezione del Presidente della Commissione da parte del Parlamento europeo.

Grazie all'entrata in vigore del Trattato, l'Europa è oggi composta da un unico soggetto, nonostante la persistenza di due diversi tratti istitutivi¹⁹⁰ i quali, peraltro, avrebbero dovuto contribuire anche a semplificare e a rendere più chiaro l'intero assetto ordinamentale europeo; tuttavia, nei fatti, i testi risultano complessi e di difficile comprensione, anche a causa dei numerosi rinvii effettuati dal Trattato ad altre fonti, solitamente Protocolli e allegati¹⁹¹. Inoltre, non sempre risulta coerente la scelta di

la Polonia, le cui procedure di ratifica sono state, pertanto, temporaneamente sospese. Pur di superare tale *impasse*, il Consiglio europeo all'unanimità ha deciso di introdurre delle modifiche al Trattato contenute in una Comunicazione allegata al testo delle conclusioni della riunione del Consiglio, al fine di evitare una nuova ratifica da parte degli Stati che vi avevano già provveduto. Con tale decisione il Consiglio ha accettato di adottare alcune garanzie giuridiche volte a dare risposta alle istanze della popolazione irlandese; nello specifico, si è deciso di mantenere invariata la composizione della Commissione, costituita da un commissario per ciascuno Stato; è stata sancita la sovranità fiscale irlandese ed è stata garantita la non ingerenza nelle materie relative al diritto alla vita, all'educazione e alla famiglia, oltre alla salvaguardia della tradizionale neutralità irlandese. Grazie a tali concessioni, il successivo referendum inglese del 2 ottobre 2009 ha avuto un esito positivo. Al fine di assicurare la ratifica da parte della Repubblica ceca, il Consiglio ha, peraltro, concesso anche a quest'ultima un *opt-out* sulla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, peraltro già concesso *ab origine* a Regno Unito e Polonia. Il 1° dicembre 2009 il Trattato di Lisbona è entrato finalmente in vigore.

¹⁸⁸ Ora eletto per una durata di due anni e mezzo.

¹⁸⁹ Cfr. G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Iovene editore, 2009, pag.10

¹⁹⁰ Tale dualità è suscettibile però di una valutazione positiva in quanto permette ad entrambi di svolgere una "vita autonoma" rendendo possibile la modifica degli aspetti operativi in maniera più celere e semplice rispetto all'ipotesi in cui, al contrario, si fosse dato vita ad un unico testo normativo, come sottolinea G. L. TOSATO, *L'architettura del nuovo Trattato*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona, Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI E G. TIBERI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010, pag. 64.

¹⁹¹ Cfr. G. L. TOSATO, *L'architettura del nuovo Trattato*, op. cit., pagg. 57 e ss.

inserire determinate materie all'interno dell'uno anziché dell'altro¹⁹². Per quanto attiene direttamente ai rapporti tra i due Trattati, nonostante al loro apparente equiparazione, alcuni attribuiscono al TUE il valore di carta fondamentale dell'UE, per la cui modifica, infatti, occorre il procedimento ordinario, mentre il TFUE sembrerebbe assumere il carattere di "legge organica", quindi applicativa di quanto prescritto dal TUE, e tale rapporto di quasi-subordinazione emergerebbe anche alla luce del fatto che per la modifica del primo è sufficiente il procedimento semplificato¹⁹³.

Orbene, se si guarda all'att. 2 del TUE in esso si può riscontrare il nucleo essenziale dei principi su cui si fonda l'Unione europea e in questi termini è possibile rinvenire in tale disposizione il programma normativo dell'Unione stessa. Addirittura, secondo alcuni, il Trattato sull'Unione europea si potrebbe definire come una Costituzione che individua i parametri per valutare quali siano i deficit e le linee direttive per superarli¹⁹⁴. Peraltro, analizzando l'ordinamento dell'Unione europea alla luce delle tradizioni del costituzionalismo europeo, si rende evidente l'urgenza di estendere le concezioni relative alla divisione dei poteri, alla tutela dei diritti e alla costituzione rappresentativa sottese al TUE, così come modificato dal trattato di Lisbona, a tutte le parti e ai protocolli dei Trattati, senza, tuttavia, ampliare le competenze dell'Unione.

Occorre osservare che, nonostante il fallimento del tentativo di adottare il trattato che avrebbe istituito una Costituzione per l'Europa, tuttavia, i due terzi dei Paesi che avevano firmato tale trattato avevano avviato e concluso le relative operazioni di ratifica, per cui, a ben vedere, più della maggioranza degli allora Paesi membri aveva seriamente creduto in quel progetto innovativo¹⁹⁵, segno, dunque, di un sentimento ben diverso dal disincantato scetticismo che sembra, al contrario, coinvolgere oggi la maggior parte degli Stati europei. In tale ottica, dunque, sarebbe più evidente la sostanziale continuità tra il Trattato bocciato dai referendum francese e olandese e il Trattato di Lisbona. Allo stesso tempo, però, l'abbandono dei contenuti che più marcatamente erano propri di una Costituzione si

¹⁹² Secondo G. L. TOSATO, *L'architettura del nuovo Trattato*, pag. 62, infatti, sarebbe più adeguato introdurre le norme specifiche in materia di politica estera e sicurezza comune all'interno del TFUE.

¹⁹³ Ad opposte conclusioni giunge G. AMATO, *Il Trattato di Lisbona e le prospettive per l'Europa del XXI secolo*, in *Le nuove istituzioni europee*, op. cit., pag. 443, il quale ritiene del tutto equivalenti i due Trattati.

¹⁹⁴ Cfr. A. VON BOGDANDY, *I principi fondamentali dell'Unione europea*, op. Cit., pag. 60.

¹⁹⁵ Cfr. F. BASSANINI, G. TIBERI, *Introduzione alla seconda edizione*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010, pag. 10.

è reso necessario per garantire la partecipazione dei Paesi che in maniera più o meno palese avevano dimostrato le proprie riserve in merito al progetto arenato.

L'entrata in vigore del Tratto di Lisbona ha suscitato perplessità in seno ad alcuni Stati, tra i quali in particolar modo vanno annoverati Gran Bretagna, Polonia e Repubblica Ceca, preoccupati soprattutto per le novità che la Carta di Nizza avrebbe potuto portare nella tutela dei diritti sociali¹⁹⁶. Per tale motivo, dunque, Gran Bretagna e Polonia hanno sottoscritto il Protocollo n. 30, allegato al Trattato di Lisbona, con il quale si è voluto precisare che la Carta di Nizza non avrebbe in alcun modo esteso le competenze della Corte di Giustizia né avrebbe concesso agli organi giurisdizionali interni di giudicare la conformità del diritto nazionale dei rispettivi ordinamenti alle prescrizioni della Carta medesima¹⁹⁷; mentre la Repubblica Ceca, in occasione del Consiglio europeo tenutosi nell'ottobre del 2009, nella Dichiarazione n. 53, allegata all'atto finale, ha voluto precisare che le disposizioni della Carta non avrebbero in alcun modo inciso sulle competenze dell'UE, né avrebbero avuto effetti sul diritto dello Stato, il quale non avrebbe dovuto subire alcuna limitazione nell'ambito della disciplina relativa ai diritti. Tali Stati hanno voluto impedire a qualsivoglia organo giurisdizionale di valutare la compatibilità tra il diritto interno e la Carta di Nizza, per cui i diritti in essa richiamati saranno rivendicabili esclusivamente nella misura in cui i tre Stati firmatari del Protocollo avranno espressamente introdotto tali previsioni all'interno del proprio ordinamento. Peraltro, il Protocollo sancisce che il Titolo IV della Carta non crea in alcun modo diritti

¹⁹⁶ Ai sensi dell'art. 6 del TUE, così come modificato a seguito del Trattato di Lisbona, infatti, «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».

¹⁹⁷ Come alcuni sottolineano, tale protocollo non esclude del tutto l'applicazione della Carta, ma vale a restringere le garanzie giurisdizionali e ad indebolire il valore della Carta come parametro rispetto ad una sua eventuale violazione. Sul punto si veda E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padova, Cedam, 2012 pag. 190-191. Esso, dunque, sembrerebbe rivolgersi tanto alla Corte di giustizia quanto ai giudici interni i quali, cioè, dovranno astenersi dal dare applicazione diretta della Carta di Nizza evitando, soprattutto, di prendere come punto di riferimento la giurisprudenza della Corte dell'Unione europea.

rivendicabili davanti ad un organo giurisdizionale. Il Titolo IV, rubricato “Solidarietà”, contiene disposizioni relative ai diritti sociali, contro cui i tre Stati sembrano voler creare una sorta di immunità particolarmente forte, dal momento che si premurano di precisare che “in ogni caso” sarà impedita l’applicazione di tali disposizioni per via giurisprudenziale. Tale precisazione può essere spiegata se si pensa che, per quanto riguarda i diritti di prima generazione, lo *standard* di tutela minimo è da rinvenirsi già in un documento di diritto internazionale come la CEDU, per cui in base alla clausola di equivalenza contenuta nella Carta questa non dovrebbe introdurre rilevanti novità rispetto al livello di protezione già riconosciuto; mentre, al contrario, per ciò che attiene ai diritti sociali si deve osservare che per essi non è previsto alcuno *standard* di tutela, non vantando, gli stessi, un ruolo centrale nel sistema definito dalla Convenzione europea dei diritti dell’uomo¹⁹⁸.

2. La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Nuovi orizzonti per l’Europa dei mercati?

Uno degli elementi di maggior rilievo seguiti all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona risiede nella equiparazione che l’art. 6 del TUE fa oggi tra i Trattati e la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nota anche come Carta di Nizza. Tale nuovo tassello nel lungo percorso di formazione e di evoluzione dell’UE è stato in grado di offrire una maggiore tutela ai diritti? L’UE, cioè, può oggi esser vista come uno spazio entro il quale le persone possono effettivamente ricevere una maggiore protezione? L’originaria struttura delle Comunità europee, infatti, era stata pensata prevalentemente con l’obiettivo di creare uno spazio di liberi scambi commerciali: favorendo una cooperazione economica, capace anche di garantire un miglioramento delle condizioni di vita all’interno degli Stati membri, si sarebbero create le basi per una coesione e distensione politica tra gli Stati stessi al fine di evitare il ripetersi dei contrasti che avevano condotto alle due guerre mondiali del “secolo breve”¹⁹⁹.

I trattati istitutivi della CECA e della CEE non contenevano, infatti, alcun riferimento

¹⁹⁸ Cfr. C. SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente? Relazione al Convegno su “I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema”* (Facoltà di Giurisprudenza, Università “Mediterranea” di Reggio Calabria, 5 Novembre 2011), reperibile su www.gruppodipisa.it, pag. 11.

¹⁹⁹ Sulle ragioni storiche dell’UE e sul suo processo di formazione si veda, tra gli altri, P. BARGIACCI, *Diritto dell’Unione europea. Istituzioni, norme, politiche*, Aracne editrice, Ariccia, 2015.

esplicito ai diritti fondamentali e alla loro tutela²⁰⁰, e, infatti, è diffusa l'idea che l'Europa sia nata con il solo scopo di creare un'integrazione economica²⁰¹, in cui quasi superflua poteva apparire la tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia, nonostante non manchi chi sostiene che l'Europa, sin dalle sue primordiali manifestazioni, sia stata effettivamente costruita sui diritti, ovverosia sulla necessità di garantire il godimento della libertà di agire nella sfera economica²⁰², non può essere negato come ancora oggi appaia preponderante l'attenzione affidata dall'UE agli aspetti economici e alle politiche fiscali²⁰³.

Peraltro, se è vero che il sistema europeo affonda le proprie radici in ragioni prettamente economiche²⁰⁴, per cui sarebbe quasi naturale la maggiore attenzione riservata dall'UE agli interessi economici e di mercato, tuttavia, soprattutto grazie all'entrata del Trattato di Lisbona essa ha mutato la propria originaria natura, per cui oggi appare, non solo un soggetto del mercato globalizzato, ma anche uno strumento di riconoscimento e di tutela

²⁰⁰ Si veda sul punto M. CARTABIA, *L'ora dei diritti fondamentali*, op. cit., pagg. 13-66. L'A. sottolinea come la carenza di qualsivoglia riferimento ai diritti fondamentali all'interno dei Trattati istitutivi delle Comunità europee non possa dirsi casuale, soprattutto se si considera il periodo storico in cui essi vennero sottoscritti. La seconda metà del XX secolo, infatti, ha visto il fiorire di numerose Costituzioni democratiche in cui, spesso, vi erano cataloghi di diritti nei quali trovavano spazio anche i diritti economici e sociali, segno del fatto che le attività economiche e i rapporti giuridici connessi non possono prescindere da una specifica tutela dei diritti.

²⁰¹ Secondo M. LUCIANI, in *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3/2000, pagg. 267-305, la finalità essenzialmente economica posta a fondamento del disegno di integrazione europea è assolutamente evidente.

²⁰² Cfr. S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI, *Introduzione in Diritti fondamentali e politiche dell'Unione Europea dopo Lisbona*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2013, pag. 8.

²⁰³ Non mancano, al contrario, autori che ritengono che si commetta un errore quando si sostiene che l'Europa nacque come un progetto esclusivamente economico, che divenne solo in un secondo momento politico. Infatti, come sostiene J. H. WEILER in *Introduzione: l'evoluzione storica e gli obiettivi dell'Unione europea*, in *L'Italia in Europa. Profili istituzionali e costituzionali*, M. CARTABIA e J. H. WEILER (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2000 pagg. 18-32, l'Unione europea sin dalle proprie origini ha assunto i connotati di un progetto politico che ha fatto uso di strumenti politici. Alla base di tale disegno politico vi era, innanzitutto, la necessità di garantire la pace, e il risultato finale di tale progetto avrebbe dovuto condurre all'Europa unita, sulla cui forma e struttura non vi era, tuttavia, un progetto iniziale.

²⁰⁴ Il Trattato istitutivo della Ceca del 1957 sanciva le libertà di circolazione delle merci, dei servizi, dei capitali e delle persone, definite poi dalla Corte di Giustizia come le quattro libertà fondamentali. In tale Trattato veniva richiamato, altresì, il principio della sicurezza sociale dei lavoratori e il principio della parità tra uomini e donne. Sebbene tali previsioni possano far ritenere che esistesse già all'epoca una particolare attenzione nei confronti dei diritti sociali dei lavoratori, occorre precisare che esse furono inserite a seguito delle pressioni esercitate dalla Francia, la quale temeva che la concorrenza di Paesi con sistemi di retribuzione molto più bassi e meno garantisti avrebbe avuto conseguenze negative sulla propria economia. Sul punto si veda D. TEGA, *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, in Aa. Vv. *Il ruolo della giurisprudenza*, *Trapani 8-9 giugno 2012*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pag. 15.

dei diritti e delle libertà fondamentali dell'uomo. Il sistema europeo si è “aperto” oltrepassando anche il recinto strettamente disegnato dai Trattati, operando in tal senso anche in maniera autosufficiente e spingendosi autonomamente oltre il mercato e le sue regole²⁰⁵.

2.1. (segue). a) *Il processo di approvazione della Carta*

L'iter che ha condotto all'adozione della Carta di Nizza ha preso avvio nel giugno 1999 in occasione del Consiglio europeo di Colonia, durante il quale venne affidato ad un organo composto da delegati dei capi di Stato e di Governo, dal Presidente della Commissione europea e dai membri del Parlamento europeo e dei Parlamenti nazionali il compito di redigere una Carta dei diritti. Tale decisione venne presa nel contesto di una diffusa opinione che vedeva in termini critici la evidente carenza democratica del processo di integrazione europea, reso ancora più evidente alla luce delle misure economiche relative ai vincoli di bilancio adottate in Europa. Attraverso la redazione di una Carta dei diritti, ponendo al centro del percorso verso l'integrazione i cittadini e i diritti, infatti, si pensava potesse essere superato questo *deficit* democratico²⁰⁶. L'organo cui venne affidato tale compito si auto-qualificò come “Convenzione” e stilò un progetto della Carta approvato in occasione del Consiglio europeo straordinario convocato a Biarritz nell'ottobre del 2000. Il progetto, inoltre, fu approvato in maniera definitiva e solenne a Nizza il 7 dicembre 2000. Al termine della Conferenza di Nizza venne approvata la «Dichiarazione sul futuro dell'Unione», la quale affidò al Consiglio europeo di Laeken il compito di interrogarsi sulle principali questioni relative al futuro dell'Europa e, altresì, quello di verificare l'opportunità di adottare una Costituzione per l'Europa²⁰⁷.

L'approvazione della Carta di Nizza, oltre ad aver destato dubbi all'interno di alcuni Stati membri, ha suscitato un vivo dibattito tra la dottrina, la quale ha manifestato reazioni tra loro profondamente diverse: da coloro che si sono dichiarati preoccupati per una riduzione della tutela garantita ai diritti fondamentali all'interno dei diversi ordinamenti degli Stati membri, a coloro che hanno salutato con assoluta indifferenza tale testo, ritenuto foriero di novità solo apparenti, sino a coloro che hanno visto nella Carta dei

²⁰⁵ Per tali riflessioni si veda M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea. Democrazia, governance e diritti dei singoli nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè editore, II ed. 2015, pagg. 2-3.

²⁰⁶ Cfr. I. MASSA PINTO, *Il processo di integrazione europea*, in *Vent'annidi Costituzione (1993-2013)*, S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO, (a cura di), Bologna, Il Mulino 2015 op. cit. 496.

²⁰⁷ Di cui si è detto nel Capitolo I.

diritti fondamentali dell'Unione europea un prezioso passo in avanti per il processo di costituzionalizzazione dell'Europa²⁰⁸. Accanto a Paesi che avevano guardato con preoccupazione alla Carta e avevano manifestato le proprie retrosie al suo ingresso nell'ordinamento dell'Unione europea, Germania e Italia avevano, al contrario, formulato richieste di senso opposto, chiedendo, infatti, un catalogo dei diritti già a partire dagli anni Novanta²⁰⁹. Inoltre, l'entrata in vigore della Carta di Nizza, non è stata salutata con particolare enfasi da una parte della dottrina, secondo la quale tale documento non sarebbe stato capace di dimostrarsi foriero di rilevanti novità, soprattutto a causa della mancanza, almeno in un primo momento, di una determinata forza normativa all'interno dell'ordinamento europeo²¹⁰.

Essa è stata riproclamata a Strasburgo il 12 dicembre 2007 in vista del rinnovato peso che le avrebbe riconosciuto l'art. 6 TUE il quale, infatti, le ha attribuito forza cogente equiparandola ai Trattati. Tuttavia, anche prima che il Trattato di Lisbona assurgesse al livello del diritto primario dell'Unione europea, la Carta di Nizza è stata utilizzata dalla Corte di Giustizia per la risoluzione di alcuni casi, specialmente grazie all'opera svolta dagli avvocati generali e dal Tribunale, i quali hanno fatto ricorso al contenuto della Carta per corroborare le proprie argomentazioni che, in ogni caso, trovavano fondamento nelle disposizioni di altre fonti comunitarie²¹¹.

Attualmente, dunque, la Carta di Nizza non è incorporata in alcuno dei Trattati istitutivi dell'Unione europea, ma essa si presenta come un documento autonomo, equiparato alle fonti originarie dell'Unione europea²¹².

²⁰⁸ Di tale complessità e molteplicità di reazioni parla A. RUGGERI, *Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale, dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale (notazioni introduttive)*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), Milano, Giuffè, 2003, pag. 9.

²⁰⁹ Cfr. C. PINELLI, *La Carta europea dei diritti e il processo di "costituzionalizzazione" del diritto europeo*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale*, op. cit. pag. 68.

²¹⁰ Sul punto si veda A. PIZZORUSSO, *Il patrimonio costituzionale europeo*, op. cit. pagg. 28-29.

²¹¹ C. AMALFITANO, M. CONDINAZZI, *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2015, pag. 23 e ss, ove, peraltro, viene precisato che i riferimenti alla Carta sono derivati anche dalla Corte di giustizia, dalle istituzioni politiche europee e dai giudici nazionali.

²¹² Tale circostanza ha indotto parte della dottrina a ritenere che in questo modo si sia attuata una regressione nel processo di integrazione europea anche se, a ben vedere, in ogni caso, il Trattato di Lisbona ha conferito alla Carta un valore giuridico vincolante di cui essa è sempre stata priva Cfr. G. L. TOSATO, *L'architettura del nuovo Trattato*, op. cit., pagg. 64-65.

2.2. (segue). b) I contenuti della Carta

La Carta di Nizza sancisce nel proprio preambolo che, al fine di creare un'unione sempre più stretta tra i popoli europei e di promuovere i valori comuni tra gli stessi, è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali. Tra le fonti di tali diritti la Carta annovera in primo luogo le tradizioni costituzionali e gli obblighi internazionali comuni ai singoli Stati membri; inoltre, essa fa riferimento ai Trattati, alla CEDU, alla Carta dei diritti sociali della Comunità e del Consiglio d'Europa; infine, tra le fonti dei diritti tutelati dalla Carta vi è la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte di Strasburgo. Il sistema così delineato risulta già a prima vista peculiare, dal momento, che rispetto alle tradizioni degli Stati costituzionali dei sistemi di *civil law*, sono considerati pacificamente come fonti del diritto, non solo le tradizioni comuni agli Stati membri, ma anche la giurisprudenza delle corti. Tale assetto sembra porsi, dunque, in piena continuità con l'evoluzione che, in maniera che si potrebbe definire naturale e spontanea, si è registrata in materia di diritti fondamentali in Europa, nelle more di interventi normativi che delineassero, a livello comunitario, una tutela minima delle situazioni soggettive delle persone. L'opera svolta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dunque, sembra quasi ricevere una sorta di ratifica da parte di tale documento.

Un aspetto su cui molti commentatori hanno riposto particolare attenzione riguarda la struttura della Carta la quale introduce una peculiare elencazione delle categorie di diritti: il Capo I è dedicato alla dignità; il capo II alle libertà; il capo III all'uguaglianza; il Capo IV alla solidarietà; il Capo V alla cittadinanza; il Capo VI alla giustizia e, infine, il capo VII è dedicato alle disposizioni di carattere generale e comune. Al di là dell'originale categorizzazione dei diritti, la quale sembrerebbe quasi riprendere la previsione dell'art. 2 TFUE, che sancisce i principi su cui si fonda l'Unione europea – nonostante la non perfetta corrispondenza tra questi e i sei capi della Carta - la novità rispetto al passato non si presenta come meramente formale, dal momento che la Carta sancisce diritti che non erano stati precedentemente individuati dalla giurisprudenza del Giudice europeo o, addirittura, non sono contenuti in alcuna delle Carte costituzionali degli Stati membri. È il caso, ad esempio, dei diritti inseriti nel Capo dedicato alla tutela della dignità umana, in cui sono presenti disposizioni dedicate alla tutela dei diritti del bambino, dell'anziano e del disabile. Sotto tali aspetti, dunque, la Carta non rappresenta una mera elencazione di diritti preesistenti ma, al contrario, vale ad arricchire anche il patrimonio dei singoli

ordinamenti²¹³.

Il fatto che nella Carta i diritti siano stati raggruppati intorno a sei valori potrebbe avere ricadute sul piano dell'interpretazione e del bilanciamento che i giudici comuni dei singoli ordinamenti potrebbero trovarsi ad effettuare con altri valori e principi propri del diritto europeo, primo fra tutti quello della libertà del mercato e in generale delle libertà economiche, in quanto tale struttura sembra funzionale ad escludere qualsiasi gerarchia tra i diritti riconosciuti e garantiti. La Carta, dunque, sancisce l'indivisibilità dei principi in essa tutelati e, quindi, «neutralizza la gerarchizzazione sempre possibili fra valori²¹⁴».

Particolare attenzione merita una peculiarità della Carta di Nizza la quale, in virtù dell'art. 51, trova applicazione soltanto nei confronti delle istituzioni europee e nei confronti degli Stati quando essi attuino il diritto dell'Unione. Oltretutto, l'art. 51, comma 2, chiarisce che la Carta non estende in alcun modo le attribuzioni e le competenze dell'UE. A riguardo risulta particolarmente utile la lettura delle *Spiegazioni* richiamate espressamente dall'art. 52, comma 7, della Carta di Nizza²¹⁵ che, nel caso dell'art. 51 chiariscono che la *ratio* della disposizione sta nel delimitare la sfera di applicazione della Carta che, dunque, vale a vincolare gli organi e le istituzioni europee e, altresì gli Stati, esclusivamente nell'attuazione del diritto europeo²¹⁶. Tale ultima delimitazione riprende, peraltro, quanto già sancito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia secondo la quale «Per giunta, occorre ricordare che le esigenze inerenti alla tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario vincolano parimenti gli Stati membri quando essi danno esecuzione alle discipline comunitarie (sentenza 13 aprile 2000, causa C-292/97, punto 37 della motivazione, Racc. 2000, pag. 2737)». Tale commento, inoltre, chiarisce che la nozione di Stato membro ricomprende, oltre alle autorità centrali, anche quelle

²¹³ Sul punto si veda M. CARTABIA, *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione in Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona, Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI E G. TIBERI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010, pag. 103.

²¹⁴ Cit. C. PINELLI, *La carta europea dei diritti dell'uomo* op. cit., pag. 73

²¹⁵ Queste sono state elaborate sotto l'autorità del *Presidium* della Convenzione che aveva redatto al Carta. Esse vennero poi modificate e aggiornate sotto la responsabilità del *Presidium* della Convenzione europea incaricata di redigere n progetto di Costituzione per l'Europa e sono state altresì adottate a Strasburgo unitamente alla riproclamazione della Carta nel 2007.

²¹⁶ Si tenga però presente che tali spiegazioni non hanno valore giuridico vincolante in quanto le stesse sono da considerarsi esclusivamente come uno strumento interpretativo delle disposizioni della Carta, anche alla luce del fatto che diversi sono stati gli organi che hanno dato vita alla Carta da un lato e alle Spiegazioni dall'altro. Sul punto si veda C. SALAZAR, *A Lisbon story*, op. cit., pag. 8. L'A., inoltre, mette in evidenza che le ragioni sottese all'adozione di tale testo sono da rinvenirsi sul piano politico, e che il rinvio è stato effettuato per assecondare le richieste della Gran Bretagna, il cui obiettivo era quello di distinguere tra "diritti soggettivi", che vanno rispettati, e "principi", che vanno osservati.

regionali e locali, nonché gli enti pubblici quando attuano il diritto dell'Unione²¹⁷. Inoltre la lettura combinata dei due comma di cui è composto l'art. 51 della Carta rende evidente che i redattori di quest'ultima hanno voluto espressamente chiarire che all'Unione non può essere attribuita altra competenza se non in forza dei Trattati, dal momento che essa opera secondo il principio di attribuzione ed è tenuta ad attenersi, peraltro, al principio di sussidiarietà.

Se dal punto di vista contenutistico, probabilmente, le innovazioni della Carta di Nizza non sono numerose, e, anzi, in gran parte essa sembra riprodurre le disposizioni minime presenti nei testi costituzionali degli Stati membri in materia di diritti fondamentali, così come individuati e tutelati dalla Corte di giustizia nel corso degli anni, tuttavia essa, proprio in merito a tale ultimo aspetto, segna un momento particolarmente rilevante²¹⁸. Nello specifico, infatti, il fatto che i diritti riconosciuti e garantiti dall'Unione europea siano stati racchiusi in un testo scritto, in un documento ufficiale, rappresenta un deterrente per un'attività eccessivamente creativa della Corte di giustizia²¹⁹. Questa, infatti, ha certamente svolto un ruolo determinante nella realizzazione di un patrimonio - seppur minimo - dei diritti in Europa, tuttavia, così operando è andata oltre i confini propri delle sue attribuzioni. Se tale operazione, da un punto di vista fattuale, può avere avuto un effetto positivo, in particolare per coloro che hanno beneficiato del riconoscimento attuato dalla Corte, tuttavia, essa ha posto quest'ultima in un ruolo che compete non ad un giudice ma, al contrario, al legislatore, il quale è il solo soggetto abilitato a decidere circa la reale garanzia e tutela accordata ad un diritto. E la peculiarità dell'attività svolta dalla Corte è ancora più problematica rispetto a quanto solitamente può fare un giudice - comune o costituzionale che sia - nel dare attuazione alla Costituzione laddove, ad esempio, il legislatore non vi abbia provveduto, poiché in questi casi esiste una norma fondamentale che, non solo individua i contenuti minimi dei diritti, ma

²¹⁷ Tale precisazione risulta particolarmente utile soprattutto nel caso in cui un ricorso per rinvio pregiudiziale abbia ad oggetto la verifica della compatibilità tra diritto statale e quello definito da una Direttiva. Infatti, dal momento che l'efficacia orizzontale delle direttive dovrebbe essere esclusa, la possibilità che un dato soggetto possa essere considerato pubblico o, comunque, appartenente all'apparato statale può comportare diverse conseguenze nel giudizio innanzi alla Corte di giustizia.

²¹⁸ Non va, peraltro, trascurato il valore simbolico assunto dalla Carta, la quale rappresenta «il più moderno e completo strumento per la tutela dei diritti fondamentali nel panorama internazionale ed ha un importante valore simbolico, costituendo un nucleo di identità costituzionale europea», cit. L. S. ROSSI, *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE: una sfida costituzionale*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Carte dei diritti UE e standards internazionali*, XV Convegno Bologna, 10-11 giugno 2010, L. S. ROSSI (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2011, pag. 19.

²¹⁹ Cfr. C. PINELLI, *La carta europea dei diritti dell'uomo*, op. cit. pag. 71.

prevede anche i limiti alla loro restrizione, cosa che invece mancava del tutto nel contesto europeo. In questi termini, dunque, si può vedere nella Carta dei diritti fondamentali un tassello verso le basi democratiche dell'UE.

Un merito che va riconosciuto alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea è quello di aver dato ai diritti fondamentali un nuovo volto che può favorire l'azionabilità degli stessi da parte dei cittadini dell'Unione. Essi, infatti, potranno direttamente far riferimento al contenuto della Carta senza dover necessariamente provare che il diritto per cui agiscono abbia trovato una propria dignità giuridica nella giurisprudenza della Corte, come avveniva prima che la Carta acquisisse l'attuale rango giuridico. In questo modo, cioè, il principio *iuri novit curia* risulta essere pienamente rispettato²²⁰.

Pare interessante rilevare, inoltre, come i diritti fondamentali in Europa non trovino spazio esclusivamente all'interno della Carta di Nizza, ma al contrario, anche nel TFUE è presente una loro disciplina. In particolare, il riferimento è all'art. 20, par. 2, TFUE²²¹ il quale elenca i diritti che spettano ai cittadini europei in quanto tali. Tali diritti civili, o di cittadinanza, spettano esclusivamente al cittadino europeo e non ne consentono una estensione anche ad altre categorie di soggetti privi di tale *status*.

Tuttavia, dal momento che essi sono collocati all'interno del TFUE, e non invece nell'ambito della Carta di Nizza, ne discende che non trova applicazione la limitazione prevista *ex art.* 51 della Carta. Allo stesso tempo, però, l'ordinamento europeo prevede la possibilità di introdurre discipline parzialmente diversificate per i cittadini che, pur essendo europei, tuttavia abbiano una nazionalità diversa da quello dello Stato ospitante. Infatti, così come si vedrà nell'analisi della giurisprudenza, soprattutto i diritti sociali sono spesso oggetto di previsioni parzialmente diverse a seconda della nazionalità del destinatario. Oltretutto, la collocazione dei diritti dei cittadini europei in un testo diverso

²²⁰ Cfr. C. PINELLI, *La carta europea dei diritti dell'uomo*, op. cit. pag. 70.

²²¹ «1. È istituita una cittadinanza dell'Unione. È cittadino dell'Unione chiunque abbia la cittadinanza di uno Stato membro. La cittadinanza dell'Unione si aggiunge alla cittadinanza nazionale e non la sostituisce. 2. I cittadini dell'Unione godono dei diritti e sono soggetti ai doveri previsti nei trattati. Essi hanno, tra l'altro: a) il diritto di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri; b) il diritto di voto e di eleggibilità alle elezioni del Parlamento europeo e alle elezioni comunali nello Stato membro in cui risiedono, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; c) il diritto di godere, nel territorio di un paese terzo nel quale lo Stato membro di cui hanno la cittadinanza non è rappresentato, della tutela delle autorità diplomatiche e consolari di qualsiasi Stato membro, alle stesse condizioni dei cittadini di detto Stato; d) il diritto di presentare petizioni al Parlamento europeo, di ricorrere al Mediatore europeo, di rivolgersi alle istituzioni e agli organi consultivi dell'Unione in una delle lingue dei trattati e di ricevere una risposta nella stessa lingua. Tali diritti sono esercitati secondo le condizioni e i limiti definiti dai trattati e dalle misure adottate in applicazione degli stessi».

dalla Carta determina anche la non applicazione delle garanzie da essa previste quali il principio di riserva di legge, di proporzionalità e la tutela del contenuto essenziale dei diritti.

Si deve, peraltro, notare come tanto la Carta, quanto il Trattato di Lisbona nulla dicano riguardo all'impatto che la prima potrebbe avere all'interno dei singoli ordinamenti nazionali, per cui alcuni commentatori hanno rilevato come, di fatto, essa rimetta la propria attuazione nelle mani dei giudici e non dei legislatori²²². Gli aspetti più problematici derivanti da tale silenzio della Carta riguarderebbero le ipotesi di contrasto tra quest'ultima e il diritto interno, poiché non sarebbe immediatamente chiaro se in tali ipotesi il giudice comune debba procedere ad una mera disapplicazione del diritto interno, oppure se all'organo giudicante competente per il caso concreto spetti l'obbligo di ricorrere per via pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia. Un'ipotesi di non facile soluzione potrebbe aversi nel caso in cui manchi del tutto una disciplina interna: cosa dovrà fare in questi casi il giudice comune? Applicare direttamente la disciplina europea al fine di risolvere il caso concreto? Tale strada sembra essere difficilmente percorribile, poiché l'art. 51 comma 1 prescrive che: «Le disposizioni della presente 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. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze». Volendo dare un'interpretazione strettamente letterale, si potrebbe forse giungere a ritenere che tale disposizione si riferisce esclusivamente ai Parlamenti e ai Governi e non anche ai giudici, dal momento che ai primi due spetta il compito di dare attuazione al diritto europeo, mentre il potere giudiziario dovrebbe, ai sensi della Costituzione, essere sottoposto solo alla legge? In realtà, come parte della dottrina osserva, lo Stato costituzionale ha abbandonato l'idea di Montesquieu in virtù della quale il giudice sarebbe la bocca della legge, in quanto questi svolge sempre più spesso la funzione pretoria in maniera creativa. Gli organi giudicanti riscontrano che la garanzia del diritto non è più sufficiente e, quindi, contribuiscono ad integrare il diritto tanto da potersi, forse, parlare del diritto giurisprudenziale come fonte autonoma del diritto²²³.

Affidare ai giudici il potere di applicare la Carta dei diritti dell'Unione europea, nelle

²²² Cfr. C. SALAZAR, *A Lisbon story*, op. cit.

²²³ Cfr. P. HÄBERLE, *Lo Stato costituzionale*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2005, pag. 212.

more dell'intervento legislativo, non potrebbe rappresentare un'eccessiva sovrapposizione di ruoli tra i soggetti che sono preposti alla produzione delle regole e quelli che, invece, devono garantirne il rispetto e l'applicazione? Una precisazione risulta opportuna, e cioè che tali problematiche potrebbero emergere soprattutto nel caso in cui ci si trovi nell'ambito di materie disciplinate dall'Unione europea attraverso atti non *self executing*, quali le direttive, le quali necessitano di un atto di recepimento interno. Inoltre, quasi superfluo sottolineare che favorire l'applicazione diretta anche di una Direttiva non auto-applicativa da parte dei giudici comuni contrasterebbe con il controllo di costituzionalità previsto dall'ordinamento italiano in cui i giudici ordinari non possono sostituirsi alla Corte costituzionale, alla quale soltanto spetta il compito di dichiarare l'illegittimità costituzionale delle norme di diritto interno in conflitto con norme di diritto europeo non *self-executing*. Laddove, infatti, ai giudici comuni venisse concessa e, anzi, imposta l'applicazione diretta delle direttive per contrasto del diritto interno con norme contenute nella carta di Nizza, oltre ad una compromissione dei caratteri generali del sistema del controllo di costituzionalità delle leggi, si potrebbero avere gravi conseguenze sul piano di fondamentali principi dell'ordinamento, quali il principio di eguaglianza e della certezza del diritto.

Il problema, qui soltanto accennato nei suoi tratti più evidenti, è altresì suscettibile di creare ulteriori criticità dovute, ad esempio, alla incertezza circa l'applicabilità in senso orizzontale delle direttive. Come si avrà modo di affrontare nel Capitolo III, infatti, tale aspetto risulta tuttora connotato da un certo grado di incertezza dal momento che la Corte di giustizia, dopo aver riconosciuto la diretta applicabilità di una Direttiva anche nei rapporti tra privati, tuttavia, in seguito a tale decisione, ha cambiato rotta confermando il precedente orientamento, secondo cui le direttive non possono avere effetti diretti nei rapporti tra privati in assenza di un atto di recepimento da parte dello Stato²²⁴.

Di non poco conto risulta, inoltre, la difficoltà che può incontrare il giudice nel definire ciò che possa considerarsi "di rilievo europeo", soprattutto in quelle materie in cui l'Unione europea vanta una competenza concorrente rispetto a quella degli Stati o, meglio, nei casi di materie dai contorni non ben definiti che permetterebbero all'UE di estendere le proprie competenze.

2.3. (segue). c) *La Carta di Nizza: stesso valore dei Trattati, o quasi*

Nel processo di formazione e di trasformazione dell'Unione europea non sono mancati

²²⁴ Il riferimento è al caso *Kücükdeveci*, sentenza del 19 gennaio 2010 C-557/07.

casi in cui essa ha mostrato segni di debolezza e ha elargito concessioni più o meno rilevanti a Stati che manifestavano maggiormente i propri scetticismi nei confronti di un ordinamento potenzialmente idoneo ad aumentare progressivamente le proprie competenze e, dunque, la propria capacità di avere effetti diretti negli ordinamenti nazionali. Se il fallimento del progetto di adottare una Costituzione per l'Europa rappresenta il tratto più evidente delle gravi difficoltà che hanno caratterizzato il processo di integrazione europea, altri segnali sono altrettanto emblematici del generale e diffuso malcontento o scetticismo nei confronti di un'Europa unita in un senso prettamente politico. Basti, infatti, pensare all'*iter* che ha condotto all'adozione della Carta di Nizza²²⁵, di cui si è detto prima, e, in particolare al caso del Regno Unito e della Polonia, cui ha fatto seguito la Repubblica ceca.

La materia dei diritti fondamentali, dunque, anziché fungere da incentivo per l'accelerazione del processo di integrazione europeo e per la formazione di un popolo europeo, ha rappresentato un terreno di scontro particolarmente fecondo, nel quale sono emerse molte delle aporie latenti nell'ordinamento europeo sino ad oggi realizzatosi.

Parte della dottrina ha, peraltro, paventato il rischio che l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona potesse produrre una complicazione del sistema di protezione dei diritti nei diversi Stati membri i quali, oltre ad essere dotati di propri cataloghi di diritti sono, inoltre, sottoposti alle norme derivanti dalla CEDU. La complessità del sistema deriverebbe dal fatto che l'applicazione delle norme prodotte dai diversi ordinamenti grava in capo ai giudici comuni, per cui il rischio di antinomie non sarebbe solo ipotetico, soprattutto se si riflette sul fatto che, ad eccezione dell'ipotesi di rinvio pregiudiziale, tra i diversi sistemi giudiziari non sono previste forme di raccordo²²⁶.

È diffusa l'idea che le maggiori ritrosie circa l'adozione della Carta di Nizza e l'attribuzione a questa del medesimo valore giuridico dei Trattati siano state avanzate soprattutto dai Paesi caratterizzati da un sistema di tutela dei diritti particolarmente solido e garantista, la cui salvaguardia poteva essere compromessa dalla adozione di una carta dei diritti che potesse ridurre le garanzie previste dai singoli ordinamenti nazionali. Ma tale assunto trova effettivo riscontro nella realtà? Se a tale domanda si dovesse dare

²²⁵ Infatti, nella fase di redazione del testo della Carta i principali arresti alla sua redazione erano giunti in merito agli articoli relativi ai diritti sociali, la cui adozione era risultata difficoltosa per alcuni dei governi dei Paesi membri, come sottolinea J. ZILLER, *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, pag. 93.

²²⁶ Cfr. F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Il corriere giuridico*, n. 2/2010, pagg. 145 e ss.

risposta negativa, allora dovrà chiedersi che cosa abbia realmente spinto gli Stati a tentare di evitare che la Carta di Nizza acquisisse un valore vincolante. Più che la volontà di proteggere il proprio sistema dei diritti, non potrebbe darsi, ad esempio, che gli Stati tendano a rivendicare la massima capacità di decidere in quegli ambiti che più di altri rappresentano lo spazio entro cui storicamente si esercita e si rivela la sovranità dei Parlamenti? ma se così fosse, dove andrebbe ricercata la *ratio* che ha dato avvio ad un procedimento di democratizzazione dell'Europa, nel corso del quale si è tentato di adottare una Costituzione europea? e quale sarebbe, ancora, la ragione che ha spinto gli Stati ad aderire ad un ordinamento che presentava tali caratteri? L'impressione che si ha è che gli Stati abbiano voluto evitare di essere assoggettati alla cogenza della Carta di Nizza per timori connessi al proprio sistema di *Welfare state*, in quanto alla luce delle previsioni della carta di Nizza i diritti sociali sono equiparati a tutti gli altri diritti e gli Stati devono attenersi alle previsioni della Carta nell'attuazione del diritto europeo. Un argomento a favore di tale supposizione può essere rinvenuto nelle parole dell'ormai *ex* Premier inglese Cameron il quale, durante il Consiglio europeo del febbraio 2016, aveva proposto un meccanismo atto a consentire agli Stati di ottenere – a determinate condizioni – l'autorizzazione da parte dell'UE ad attuare una forte restrizione nell'accesso al sistema di *welfare*, per un massimo di 4 anni, per i lavoratori provenienti da Paesi membri.

Per le ragioni qui evidenziati si potrebbe sostenere il giudizio che solitamente conduce a ritenere che l'Europa operi solo nel rispetto e nell'interesse del mercato, forse, dovrebbe essere esteso anche agli Stati, i quali, come già argomentato nel corso del Capitolo I, rappresentano l'anima stessa dell'Unione europea e delle sue istituzioni. Il fatto che alcuni di essi chiedano determinate concessioni e deroghe, e, di contro, il fatto che l'Europa ceda davanti ad esse, oltre a creare un ordinamento a macchia di leopardo, in cui alcuni Stati risultano avere una forza contrattuale più pregnante di altri, dimostra che il processo di integrazione procede senza particolare slancio, anzi, esso presenta evidenti caratteri problematici²²⁷.

2.4. (segue). d) *La Carta di Nizza e l'incerto destino dei diritti in Europa*

Alla luce delle considerazioni svolte, occorre chiedersi quale sia stato sino ad oggi l'impatto che ha avuto il Trattato di Lisbona, e in particolare il nuovo rango assunto dalla Carta di Nizza, nel panorama della tutela dei diritti fondamentali. Si saranno dimostrate fondate le paure di Regno Unito, Polonia e Repubblica ceca circa la capacità espansiva

²²⁷ Cfr. G. AMATO, *Il Trattato di Lisbona e le prospettive per l'Europa*, op. cit., pag. 445

dei diritti riconosciuti dalla Carta? La Corte avrà utilizzato il catalogo di diritti in essa contenuto come parametro per i propri giudizi giungendo ad estendere il riconoscimento e la tutela di questi ultimi? Oppure essa fa ancora fatica a presentarsi come documento fondamentale, fonte originaria del diritto europeo?

L'impressione che si ha analizzando la dottrina che si è interrogata su tali temi è che, di fatto, la Carta di Nizza abbia mantenuto pressoché inalterato il proprio ruolo, così come non di molto risulta variata l'attenzione riposta nei suoi riguardi dalla Corte di giustizia, anche nei casi in cui essa ha garantito una maggiore estensione dei diritti. Al contrario, quest'ultima, come si vedrà meglio, sembra aver valorizzato i contenuti dei Trattati, valutando le norme degli Stati in relazione ai principi in essi sanciti e arrivando a dichiarare l'incompatibilità di talune discipline con il diritto europeo per violazione dei principi su cui esso si fondava già prima che la Carta assumesse valore vincolante. Il fatto, dunque, che, a prescindere dalla Carta, la Corte abbia progressivamente esteso la portata dei diritti fondamentali può forse valere come una tra le ragioni che hanno determinato la situazione politica in Gran Bretagna sfociata nella decisione referendaria di abbandonare l'UE. Infatti, il Regno Unito, pur avendo sottoscritto il Protocollo n. 30, ha sentito la necessità di chiedere ulteriori deroghe rispetto all'espansione dei diritti sociali, come si è visto, in occasione del Consiglio europeo del 2016, segno questo che, di fatto, i diritti all'interno dell'Unione europea hanno una tendenza ad estendersi, e che le istanze di tutela sono fortemente condizionate dall'andamento dell'economia e dalla capacità delle libertà economiche, prima fra tutte la libertà di circolazione, di espandersi. Se nonostante la situazione del tutto particolare vantata dal Regno Unito, i suoi cittadini hanno deciso di uscire dall'Unione europea, non è forse questo un segno evidente del fatto che, prima ancora che nelle Carte, lo spirito di solidarietà deve essere realizzato negli aspetti reali della vita sociale? Il timore che l'Europa unita possa rappresentare una minaccia per i sistemi di *welfare* non è più fondato sulla preoccupazione di una degradazione delle tutele già predisposte dai singoli ordinamenti, ma, al contrario, questi tentano di restringere il più possibile la capacità espansiva dei diritti sociali, prevedendo misure attraverso le quali subordinarne il godimento a condizioni particolari, sempre più legate alla cittadinanza nazionale²²⁸, con buona pace dei diritti e dei principi sanciti dalla Carta dei diritti. Tali riflessioni ricadono di conseguenza sul concetto stesso di

²²⁸ Sul punto si veda quanto di recente è stato annunciato dal ministro del lavoro tedesco in merito alla presentazione di una proposta di legge che comporterebbe la limitazione di alcune prestazioni assistenziali per i cittadini europei non tedeschi, come riportato dal Sole24ore del 28 aprile 2016.

cittadinanza europea, il cui futuro è incerto, al pari di quello dell'Europa, se proprio negli ambiti in cui maggiormente è possibile la realizzazione di un'identità europea, gli Stati finiscono per rimarcare sempre più i confini tra cittadini nazionali e cittadini europei.

3. Considerazioni preliminari per uno studio dei diritti sociali. a) Cenni introduttivi

Affrontare la tematica dei diritti sociali pone diverse difficoltà, poiché essi rappresentano una categoria complessa, di cui è difficile individuare la consistenza, le possibili ricadute sui vari piani degli assetti democratici e della sfera della cittadinanza. Essi, infatti, sono suscettibili di avere implicazioni anche sull'idea stessa di libertà e di eguaglianza, oltre che sul piano del pluralismo sociale e della vita delle persone²²⁹.

In Italia la dottrina a lungo si è interrogata sulla natura stessa dei diritti sociali, considerati in contrapposizione rispetto ai diritti civili e politici, ritenuti diritti "negativi", al contrario dei primi, definiti, infatti, "positivi" a causa del necessario intervento da parte dello Stato per una loro effettiva garanzia. L'ambito del presente lavoro permette solo di accennare alla problematica dei diritti sociali ai quali, fino a tempi non particolarmente risalenti, è stata riconosciuta natura meramente programmatica e non prescrittiva, dal momento che le previsioni costituzionali ad essi relative non avrebbero permesso una loro diretta giustiziabilità. I diritti sociali, inoltre, sono stati considerati come situazioni soggettive suscettibili di essere considerate alla stregua di veri e propri diritti ovvero "situazioni meramente raccomandate"²³⁰, a seconda dei casi; a tale concezione si è affiancata una dottrina che, invece, ha riconosciuto loro la natura di diritti costituzionali²³¹. Tale piena equiparazione con i tradizionali diritti fondamentali è avvenuta, innanzitutto, alla luce del fatto che anche i diritti di libertà necessitano di un intervento attivo da parte dello Stato affinché possano dirsi effettivi. Inoltre, è stato osservato che anche i diritti sociali condividono «lo statuto tipico dei tradizionali diritti di libertà»²³² tanto sotto il profilo dell'efficacia quanto sotto quello della struttura giuridica. Oltretutto, ai sensi della lettura del combinato disposto degli articoli 2 e 3 Cost. essi risultano coesenziali per lo sviluppo della persona umana, fulcro dell'ordinamento costituzionale, per cui agli stessi deve

²²⁹ Cfr. E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padova, Cedam, 2012, pag. 1.

²³⁰ Cfr. E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali*, op. cit., pag. 6 e ss.

²³¹ Secondo parte della dottrina i diritti sociali non nascono come strutturalmente condizionati, al contrario, il Costituente italiano li ha formalizzati quali diritti assoluti, primigeni al pari dei diritti di libertà, in quanto strettamente connessi allo sviluppo della persona umana. Sul punto si veda D. BIFULCO, *L'invulnerabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene editore, 2003, pag. 3.

²³² Cfr. E. LONGO, *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali*, op. cit., pag. 26.

essere riconosciuto il carattere dell'inviolabilità e, conseguentemente, deve essere loro garantita la tutela accordata ai diritti costituzionali.

D'altra parte, alcuni hanno rilevato che «Senza diritti sociali, del resto, o con diritti sociali azzoppati non c'è piena democrazia; senza diritti sociali non c'è uguaglianza sostanziale; senza uguaglianza sostanziale non vi è (più) l'assetto repubblicano del 1948²³³». I diritti sociali, inoltre, rappresentano la risposta dello Stato alle istanze provenienti dai movimenti politici ispirati dalle ideologie radical-egualitarie che volevano eliminare le profonde disuguaglianze sociali che crescevano di pari passo con il diffondersi del capitalismo²³⁴. Essi sono diritti positivi a prestazione pubblica, discrezionalmente concessi in risposta a pretese della società civile la quale invoca un intervento redistributivo del prodotto sociale; sono fondati sul principio di eguaglianza, inteso quale corollario del principio democratico.

Peraltro nell'evoluzione della teoria sui diritti sociali un ruolo di primaria importanza ha svolto la Corte costituzionale che, come accennato nel Capitolo I, proprio per adeguare la struttura e la funzione del proprio giudizio di illegittimità costituzionale ha elaborato tecniche decisorie particolari, quali le sentenze additive e le sentenze additive di principio. Con particolare riferimento a queste ultime è evidente che la Corte vi ha fatto ricorso al fine di contemperare due esigenze in potenziale conflitto: da un lato essa doveva garantire il rispetto della Costituzione e dall'altro doveva evitare di oltrepassare i confini che intercorrono tra le sue attribuzioni e quelle proprie del legislatore²³⁵. Inoltre, soprattutto a seguito della Riforma del Titolo V l'intervento della Corte in materia di diritti sociali è avvenuto anche nell'ambito di giudizi in via d'azione attraverso i quali essa ha sostanzialmente riportato a livello centrale la potestà legislativa in alcune materie di competenza concorrente, laddove la Costituzione ha affidato alla potestà esclusiva dello Stato la determinazione dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali, clausola dalla portata particolarmente ampia, che ha reso in numerosi casi

²³³ Cit. G. GRASSO, *Il costituzionalismo della crisi*, op. cit., pag. 159.

²³⁴ L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1/1998, pag. 2.

²³⁵ La Corte alle sentenze additive ha affiancato a partire dagli anni '90 le additive di principio al fine di consentire l'estensione di determinate prestazioni sociali lasciando al legislatore la scelta finale; successivamente la Corte ha adottato le sentenze di rigetto con accertamento di incostituzionalità cui ha fatto seguito l'elaborazione del principio di gradualità che condiziona la tutela e la prestazione al vincolo di bilancio, facendo sorgere dubbi in dottrina circa il divieto di regressione e di irreversibilità della tutela dei diritti sociali. Su punto si veda I. CIOLLI, *I diritti sociali*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), Napoli, Jovene, pag. 97.

difficile individuare il confine tra la potestà delle regioni e quella statale nelle materie previste ex art. 117, comma 3, Cost. Oltretutto, l'aver affidato allo Stato la potestà legislativa esclusiva nella determinazione dei LEP potrebbe rappresentare un'ulteriore garanzia posta a tutela della piena inviolabilità dei diritti sociali²³⁶. Tale garanzia, tuttavia, si è rivelata idonea ad estendere la potestà legislativa dello Stato anche in materie che sarebbero state di competenza concorrente, poiché il legislatore non si è limitato a prevedere principi generali della materia, ma ha ritenuto di doversi spingere sino a prevedere quel *quantum* minimo corrispondente alla previsione ex art. 117, comma 2, lettera m) Cost.

Per ciò che attiene al contenuto proprio dei diritti sociali, si deve evidenziare che essi, come tutte le libertà fondamentali, possono essere limitati soltanto dal punto di vista del loro esercizio, non già rispetto al loro nucleo essenziale²³⁷, e uno dei limiti che potrebbe essere definito come naturale risiede nell'esigenza dello Stato di garantire l'equilibrio di bilancio²³⁸, dal momento che l'esercizio concreto del diritto dipenderà dalle risorse economiche disponibili. Infatti, nonostante sia stata riconosciuta ai diritti sociali la natura fondamentale e costituzionale, essi sono solitamente contrapposti ai tradizionali diritti di libertà, in quanto i primi sono diritti che "costano", ovvero sia il loro reale godimento da parte dei singoli dipende dalla predisposizione da parte dello Stato di determinate strutture e dalla erogazione di determinate misure economiche²³⁹. In ogni caso, a partire dagli anni '70, la questione relativa al costo dello Stato sociale e al rapporto tra diritti e doveri dei cittadini da un lato, e le funzioni statali dall'altro, ha assunto una portata particolarmente ampia. A partire da tale momento storico, i diritti sociali iniziano ad essere "incondizionatamente condizionati alla disponibilità di risorse economico-

²³⁶ Cfr. D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, op. cit., pag. 7. A conclusioni diverse giunge I. CIOLLI, *I diritti sociali*, op. cit., pag. 103-104, la quale osserva che talvolta il legislatore statale utilizza le esigenze finanziarie per imporre al legislatore regionale vincoli che vanno al di là degli standard dei livelli essenziali, come nel caso della *social card*, sostanzialmente riscrivendo il riparto di competenze previsto dall'art. 117 cost. così operando di determinerebbe il rischio che in periodi di crisi finanziaria solo la prestazione statale sia considerata essenziale e che il legislatore statale impedisca a quello regionale di apportare un miglioramento agli standard fissati dal primo.

²³⁷ Cfr. D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, op. cit., pag. 6.

²³⁸ Tale osservazione non deriva esclusivamente dalla novità introdotta nel 2012 per mezzo della legge costituzionale di cui si è parlato nel capitolo I, ma l'esigenza di bilanciare le prestazioni sociali con l'equilibrio finanziario era presente alla dottrina anche prima della riforma, come dimostra D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, op. cit. pag. 10 e pag. 18 e ss.

²³⁹ Si pensi, ad esempio, che affinché possa dirsi effettivamente garantito il diritto alla salute occorrono strutture ospedaliere, ambulatori medici, ecc; mentre i diritti previdenziali dei lavoratori necessitano dell'erogazione periodica di determinate somme di denaro.

finanziarie e sottoposti alla “riserva del possibile”²⁴⁰. Il costo dei diritti assume una importanza centrale nel dibattito dei giuristi che iniziano a chiedersi se il problema della copertura finanziaria debba investire anche le pronunce della Corte costituzionale. Tuttavia, come si è già accennato, sostenere che solo i diritti sociali richiedano dei costi da parte degli Stati sarebbe parzialmente infondato, dal momento che, al contrario, quasi tutti i diritti non sono sufficientemente garantiti se ci si limita a riconoscerli e ad enunciarli all’interno di un documento ufficiale, in quanto ognuno di essi richiede una ben definita struttura che ne permetta l’esercizio. I diritti civili, dunque, più che mere libertà negative devono essere considerati come vere e proprie “istituzioni di libertà”²⁴¹. Infine, si può osservare come nella Costituzione italiana non sia possibile rinvenire un vero e proprio modello economico ma, al più, può essere individuato un modello di sviluppo e trasformazione di tipo economico e sociale immanente nella Costituzione, il cui nucleo essenziale è da rinvenirsi negli articoli 2 e 3 Cost. Il modello stabilito dalla Costituzione non è statico, ma tendenzialmente in continuo sviluppo, poiché esso deve tendere alla realizzazione della persona umana, al suo sviluppo che in quanto tale non può avere limiti. Deve, dunque, essere letto in questi termini il dovere della Repubblica di rimuovere gli ostacoli fattuali che impediscono una piena dignità sociale alle persone. Secondo una parte della dottrina, però, negli ultimi anni tale programma non è stato perseguito dal legislatore il quale sembrerebbe aver dismesso i panni del mediatore tra i vincoli comunitari economici e le esigenze interne, tenendo presenti in ogni caso le peculiarità nazionali²⁴².

Si è osservato, infatti, nel capitolo precedente come l’Unione europea sia oggi in grado di incidere in maniera più o meno determinante nella vita interna degli Stati, i quali, hanno aderito volontariamente ai diversi Trattati sottoscritti sia nell’ambito proprio del diritto europeo, sia in quello del diritto internazionale; il dubbio che tale rapporto possa determinare un arretramento nella tutela dei diritti sociali non sembrerebbe, a prima vista, peregrino. Occorre, infatti, tenere presente che i diritti sociali sono destinati per loro stessa natura ad essere posti in bilanciamento con le libertà economiche, per cui, per verificare quale tutela oggi sia riconosciuta ai diritti sociali nell’ambito europeo, occorre tenere a mente che qualsiasi analisi dovrà essere svolta entro due poli: quello economico

²⁴⁰ Cfr. M. LUCIANI, *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, op. cit. 692.

²⁴¹ Cfr. D. TEGA, *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia*, op. cit., pag. 5.

²⁴² Cfr. I. CIOLLI, *I diritti sociali*, op.cit., pag. 92.

e quello giuridico²⁴³, essendo quest'ultima una variabile condizionata dalla effettiva disponibilità economica degli Stati.

L'interesse che si può nutrire oggi nei confronti di uno studio sui diritti sociali deriva dalla contingente fase storica, politica ed economica che sta attraversando l'Europa da poco meno di dieci anni. La crisi economica, infatti, è giunta nel momento di massima crisi delle democrazie rappresentative e alcuni nutrono il sospetto che la crisi morale, prima di quella politica, delle istituzioni democratiche sia da annoverarsi tra le cause che maggiormente hanno determinato la vigorosa crisi economica²⁴⁴. Tale assunto risulta evidente se si riflette sul fatto che l'uscita dalla crisi economica è stata affidata a procedure tecnocratiche intergovernative e non alle istituzioni democratiche. La questione dei diritti sociali, infine, si fa più complicata soprattutto per quegli Stati che dipendono maggiormente dai finanziamenti dell'UE.

3.1. (segue). b) I diritti sociali in Europa

Perché concentrare l'attenzione sui diritti sociali? L'esigenza deriva prima ancora che da ragioni di ordine teorico, da ragioni contingenti e pratiche: i diritti sociali, i quali da alcuni anni sono considerati una conquista certa nei modelli politici e costituzionali occidentali, sono stati duramente messi alla prova dalla crisi economica esplosa nel 2007 negli USA, giunta successivamente in Europa, la quale ha mostrato segni di un fenomeno "sistemico" più che "ciclico"²⁴⁵. Proprio alla luce della capacità delle istituzioni europee di dettare l'agenda politica dei diversi Paesi membri, viene spontaneo chiedersi se ci troviamo oggi davanti ad un processo in divenire, il quale condurrà inevitabilmente alla nascita di un sistema dagli evidenti connotati statali. Per quanto riguarda la tutela dei diritti sociali bisogna osservare che la loro previsione in un documento giuridicamente vincolante non necessariamente equivale a garantire una loro effettiva tutela, poiché essa è strettamente connessa alle politiche sociali che un dato ordinamento di riferimento intende perseguire. Tali politiche devono necessariamente andare nel senso previsto dalla Costituzione, nel caso degli Stati nazionali, e in quello previsto dai Trattati e dalla Carta di Nizza nel caso dell'Europa, e ciò significa che se, ad esempio, quest'ultima dovesse emanare un Regolamento fortemente lesivo dei diritti previdenziali dei lavoratori europei

²⁴³ Cfr. D. TEGA, *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia*, op. cit., pag. 4.

²⁴⁴ Cfr. A. GUAZZAROTTI in *Crisi economica e ruolo delle Corti: quali contrappesi alla governance europea e internazionale?*, in *Diritto Pubblico* n. 3/2013, pag. 1013 e ss.

²⁴⁵ Così, A. SPADARO, *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011 del 06/12/2011.

tale atto sarebbe illegittimo perché emesso in violazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Ma se questo appare un caso limite, in quanto raramente il legislatore, comunitario o nazionale, agisce in totale disprezzo dei principi e delle fonti europee, tuttavia cosa succede nel caso in cui gli organi a ciò preposti non si attivino per dare attuazione ai principi definiti dalle fonti originarie? Particolari implicazioni possono aversi nel caso in cui da un lato l'UE preveda misure da adottarsi per favorire la piena occupazione, o, ad esempio, la piena equiparazione nel trattamento salariale tra uomini e donne e dall'altro non approvi le leggi di bilancio di uno Stato membro il quale, per contrastare un periodo di scarsa crescita economica, non si sia attenuto strettamente ai vincoli imposti dal *fiscal compact*.

Il preminente ruolo assunto dalle ragioni di mercato e dagli aspetti economico-monetari all'interno dell'ordinamento europeo rende quanto meno incerta la posizione da assegnare ai diritti sociali²⁴⁶ nell'Unione europea, i quali, più di altri, entrano non di rado in contrasto proprio con le esigenze finanziarie e con le disponibilità economiche dei pubblici poteri preposti alla loro garanzia. Infatti, ad una prima analisi si può affermare che i diritti sociali non risulterebbero sotto attacco in via diretta da parte delle politiche dell'UE, la quale, cioè, non interviene direttamente a restringere la portata di un determinato diritto. Piuttosto, il potenziale rischio per i diritti sociali sembrerebbe derivare dalla capacità dell'ordinamento europeo di incidere restrittivamente nelle politiche economiche e fiscali degli Stati, rendendo, dunque, ancora più insidioso il ruolo di chi voglia individuare i pericoli reali che i diritti di prestazione devono saper schivare per garantire la propria sopravvivenza²⁴⁷.

Prima di esaminare brevemente la dimensione sovranazionale dei diritti sociali sembra

²⁴⁶ Nella tradizione europea intesa in senso lato, nella quale sono ricompresi anche i Paesi non appartenenti all'UE, i c.d. diritti di prima generazione sembrano trovare uno spazio ben definito, quasi pacifico, come può essere confermato dalla loro presenza nella CEDU. Discorso diverso, invece, deve essere fatto per i diritti sociali, i quali, al contrario, non sono ricompresi all'interno della Convenzione del Consiglio d'Europa, per cui per essi è ben difficile individuare uno *standard* di tutela comune ai Paesi che hanno aderito all'Unione europea. Sul punto si rimanda a C. SALAZAR, *A Lisbon story*, op. cit., pag. 11 la quale definisce i diritti di prestazione come "*enfants terribles*" proprio a causa della loro peculiare posizione all'interno della tradizione giuridica europea e delle carte dei diritti attualmente in vigore. Secondo l'A. inoltre, il diritto europeo, sebbene abbia abbandonato la originaria indifferenza nei confronti dei diritti sociali, non li ha ancora "metabolizzati". I diritti sociali, infatti, hanno rappresentato un punto dolente anche nel processo che avrebbe dovuto portare all'adozione di una Costituzione per l'Europa.

²⁴⁷ Esprime dubbi circa la compatibilità tra la politica sociale europea e l'attuazione delle politiche di austerità approvate a ridosso della crisi economica S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro*. op. cit., pag. 11.

utile un breve accenno al ruolo che essi rivestono nelle Costituzioni degli Stati membri e tale scelta si rivela interessante se si pensa al fatto che la nascita di un sistema di diritti in Europa è avvenuta grazie all'opera svolta dalla Corte di giustizia che, a tale scopo, ha attinto dalle tradizioni dei diversi Stati membri. La maggior parte dei Paesi dell'Unione europea prevede delle disposizioni a livello costituzionale in materia di diritti sociali e, attraverso un'analisi delle diverse Carte costituzionali, alcuni hanno tratto delle osservazioni di carattere generale²⁴⁸. Innanzitutto, i diritti sociali sono diritti che il singolo può far valere nei confronti di soggetti preposti a fornire una determinata prestazione e, generalmente, il *welfare* è finanziato attraverso le entrate fiscali ed erogato dallo Stato. Alcune delle Costituzioni europee specificano che devono essere previsti dei livelli *standard* adeguati, lasciando, tuttavia, incertezza circa la definizione di tale livello di adeguatezza. Inoltre, accanto a Costituzioni che nulla dicono in merito ai diritti sociali, ne esistono altre che, al contrario, contengono disposizioni particolarmente dettagliate. Alcune di esse, peraltro, si limitano a prevedere il diritto degli individui ad un'esistenza dignitosa e alla sicurezza sociale, senza ulteriori specificazioni, mentre altri, tra cui Italia, Francia, Spagna e Malta prevedono dettagliatamente i diritti da garantire, le categorie dei destinatari e i livelli di prestazione che devono essere assicurati. Esistono, inoltre, Costituzioni che prevedono diritti relativi ai rapporti di lavoro e che come tali sono destinati a trovare applicazione non solo nei rapporti tra cittadini e potere pubblico, ma anche tra privati. Alcune Costituzioni, inoltre, pur riconoscendo la materia dei diritti sociali, non ne parlano specificamente in termini di diritti²⁴⁹. In alcuni ordinamenti i diritti sociali non sono equiparati ai diritti civili e politici i quali rivestono una posizione sovraordinata rispetto ai primi. Infine, alcune Costituzioni tendono a prevedere prestazioni differenziate a seconda dei destinatari, i quali vengono raggruppati in categorie diverse tra "poveri meritevoli" e "poveri non meritevoli"; mentre altre prevedono l'universalità dei diritti sociali e in questo sembra essere evidente il retaggio cristiano delle norme etiche di responsabilità individuale e dell'etica del lavoro. Tornando a focalizzare l'attenzione sul livello propriamente sovranazionale, si deve osservare come a partire dall'Atto Unico europeo l'ordinamento sovranazionale abbia

²⁴⁸ Sul punto si veda C. FABRE, *Social Rights in European Constitutions, Social rights in Europe*, G. DE BÛRCA B. DE WITTE, London, Oxford press, 2005, pag. 15 e ss.

²⁴⁹ «The majority clearly state that they are a matter of rights; others do not use rights discourse in keeping with the view, often held in the past but not so prevalent nowadays, that the only rights are those which only impose on others, including the state, a duty of non-interference, not those which impose on them a positive duty to act», cit. C. FABRE, *Social Rights*, op. cit., pag. 19.

iniziato ad interessarsi al fenomeno sociale, utilizzando l'espressione «spazio» senza frontiere in luogo di «mercato», termine dagli evidenti riferimenti mercantilistici²⁵⁰. La rinnovata dimensione sociale del mercato, e, di riflesso, dell'Europa, si manifesta in maniera ancora più evidente in occasione dei lavori preparatori della Carta dei diritti sociali fondamentali, durante i quali il Comitato Economico e Sociale aveva individuato in un proprio parere i diritti sociali fondamentali dell'Europa dei cittadini, i quali esprimevano i valori comuni della società europea²⁵¹. A tale categoria il comitato riconduceva il diritto al lavoro, il diritto a condizioni di esistenza sufficiente, il diritto ad una congrua pensione, l'accesso all'istruzione e all'informazione, la tutela della salute, ecc., ed esso avvertiva l'urgenza di creare una piattaforma comune di diritti sociali di base nelle diverse normative degli Stati membri. Tuttavia, il documento adottato dal Consiglio degli Affari sociali nella sessione del 30 ottobre 1989 e dal Consiglio europeo nella sessione successiva ridimensiona la proposta del Comitato e dedica la Carta comunitaria dei diritti fondamentali dei lavoratori al riconoscimento dei diritti direttamente connessi allo *status* di lavoratore. Peraltro, la Carta mostra alcune criticità, tra le quali, ad esempio, il mancato raggiungimento di un vero equilibrio tra politica economica e politica sociale, dal momento che il ravvicinamento delle politiche nazionali sembra funzionale alla tutela della concorrenza. Infine, la sua potenziale forza innovativa nell'ambito della dimensione sociale europea risulta quasi neutralizzata dal valore meramente simbolico - politico di cui essa gode.

Un altro passo in avanti nella realizzazione della dimensione sociale europea è stato compiuto con il Trattato di Maastricht e con il relativo Protocollo sociale, soprattutto grazie all'inserimento della politica sociale nelle materie di competenza normativa concorrente. Nelle medesima direzione si è mosso il Trattato di Amsterdam in virtù del quale la politica sociale europea ha acquisito autonomia e indipendenza rispetto alla

²⁵⁰ L'Atto unico europeo, peraltro, oltre ad aver promosso una produzione normativa comunitaria in materia di sicurezza sui luoghi di lavoro, incentivata soprattutto grazie all'abbassamento del *quorum* deliberativo in Consiglio, ha introdotto concetti fondamentali per la dimensione sociale europea, quali il dialogo sociale, la coesione economica e sociale; ha, altresì, messo in evidenza l'esigenza di superare il divario esistente tra le varie regioni europee, attraverso il ricorso ai fondi strutturali, come messo in evidenza da A. PIZZO FERRATO, *La politica sociale europea*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, F. CARINCI A. PIZZO FERRATO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015, pag. 102.

²⁵¹ Cfr. R. FOGLIA, *La politica sociale nell'ordinamento dell'Unione*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, op. cit. pag.7

politica economica²⁵².

Nel 2000, inoltre, è stata approvata la Carta di Nizza la quale, come si è visto, rappresenta un catalogo di diritti fondamentali dell'UE, cui solo a partire dal 2009 è stato riconosciuto il valore dei Trattati. Nonostante la presenza di tale Carta e la collocazione dei diritti in essa contenuti al rango di diritto originario dell'UE, sono ancora numerosi coloro che sostengono che il modello sociale europeo sia inconciliabile con le regole del mercato²⁵³ e che uno dei maggiori difetti dell'assetto europeo risieda nella carenza di un programma coerente e completo sui diritti sociali²⁵⁴. Al di là della fondatezza o meno di tale asserzione, alla cui verifica verrà dedicata l'attenzione nello studio della giurisprudenza della Corte di giustizia europea, occorre comunque osservare che la dimensione sovranazionale impone di modificare l'approccio ai diritti sociali²⁵⁵. Bisogna infatti riconsiderare sia il discorso intorno al loro contenuto – sostanziale o procedurale –, sia che quello che attiene agli strumenti a disposizione per la loro esigibilità e giustiziabilità²⁵⁶.

Come alcuni autori sottolineano, tra le politiche economiche e quelle sociali non è previsto alcun nesso, ma l'art. 9 TFUE contiene una "clausola sociale" che prevede che l'UE nella definizione delle proprie politiche e azioni debba tenere conto delle esigenze connesse con la promozione di un livello di occupazione elevato, la garanzia di una protezione sociale adeguata, la lotta all'esclusione sociale e un livello elevato di istruzione, formazione e tutela della salute umana²⁵⁷. Il risultato che si vorrebbe perseguire attraverso tale previsione è nel senso di imprimere alle politiche dell'Unione un obbligo volto a tutelare non solo l'integrazione economica ma anche quella sociale che non potrà dunque rimanere solo sullo sfondo delle scelte politiche europee. Tuttavia, pare

²⁵² Sul punto si veda A. PIZZOFERRATO, *La politica sociale europea*, op. cit., pag. 102 e ss.

²⁵³ Cfr. S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, A. ANDREONI E B. VENEZIANI (a cura di), Ediesse, Roma, 2009, pag. 23.

²⁵⁴ Cfr. S. SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali*, op. cit. pag. 24.

²⁵⁵ Cfr. B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"*.INT, n. 61/2008.

²⁵⁶ Secondo B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale*, op. cit., infatti, per gli ordinamenti nazionali UE che prevedono il riconoscimento dei diritti sociali a livello costituzionale, l'allargamento della tutela a livello sovranazionale non si pone come inutile sovrapposizione, come ipotetico e probabile terreno di conflitti, ma, al contrario, come elemento di integrazione nella logica della tutela multilivello.

²⁵⁷ Cfr. G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in *Le nuove istituzioni europee*, op. cit., pagg. 126-127.

si possa intravedere in tali previsioni una latente incoerenza destinata a ripercuotersi sul piano sociale poiché, nonostante le previsioni contenute nei Trattati e nella Carta di Nizza, in materia sociale e nell'ambito dei diritti sociali l'UE non ha ricevuto un ampliamento delle proprie competenze, ma, al contrario, tali materie risultano affidate prevalentemente alla competenza degli Stati, mentre l'UE dispone solo di una competenza sussidiaria.

Pur alla luce del rinnovato quadro normativo europeo in materia di diritti, l'Europa non presenta un vero catalogo dei diritti sociali e dei principi fondamentali ad essi sottesi paragonabile a quello che caratterizza invece il sistema di diritti sociali che ha rappresentato in Europa il fondamento qualificante delle forme di stato nazionali a partire dalla II guerra mondiale²⁵⁸. Le norme in materia di diritti sociali, infatti, fanno riferimento quasi esclusivamente alla categoria delle politiche sociali e non ai diritti in senso stretto. Sostituire la categoria delle politiche sociali in luogo dei diritti implica che vi sia l'idea che le scelte e la determinazione dei contenuti relativi alla dimensione sociale siano slegati dalla normatività costituzionale²⁵⁹.

A seguito delle modifiche introdotte ad opera del Trattato di Lisbona, come già accennato, oggi l'art. 3 del TFUE prevede, tra gli obiettivi che l'Unione intende perseguire, anche la piena occupazione e il progresso sociale, in quanto elementi indefettibili ai fini dell'economia sociale di mercato²⁶⁰. Rispetto al raggiungimento di tali traguardi, un ruolo fondamentale viene attribuito dalle norme del diritto dell'UE alle politiche volte al superamento delle disuguaglianze e alla piena parità di trattamento tra uomini e donne.

L'idea diffusa nella dottrina è che i diritti sociali all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea mantengano una posizione di subordinazione rispetto ad altri principi e, in particolare, rispetto alle libertà economiche. Anzi i primi avrebbero una effettiva sfera di tutela e di garanzia soltanto nella misura in cui essi risultino funzionali proprio allo sviluppo delle libertà economiche. In questo senso, dunque, si avrebbe un

²⁵⁸ Cfr. P. SCARLATTI, *Democrazia e teoria della legittimazione nell'esperienza dell'integrazione europea. Contributo a una critica del costituzionalismo multilivello*, Roma, Aracne, 2010, pag. 47 e ss.

²⁵⁹ Cfr. P. SCARLATTI, *Democrazia e teoria della legittimazione* pag. 49 e ss.

²⁶⁰ Quest'ultimo compare per la prima volta tra gli obiettivi dell'UE proprio grazie alla previsione del Trattato di Lisbona che lo sancisce all'art. 3 del TUE. Esso può essere visto come un obiettivo a lungo termine e, altresì, come un modello sociale integrato, «un concetto che classifica altri obiettivi in un insieme sistematico», cit. P. SVOBODA, *Verso un'economia sociale di mercato dell'Ue: un rompicapo costituzionale?*, in *Giurisprudenza del lavoro*, n. 12/2016, pag. 805.

capovolgimento rispetto alle tradizioni degli Stati sociali in cui i diritti economici sono soggetti, in base alle previsioni costituzionali, a limitazioni per fini di utilità sociale, o per fini generali²⁶¹. Al contrario, per ciò che concerne i diritti sociali, in quanto diritti fondamentali, la Costituzione si limita ad individuare le categorie di beneficiari²⁶², per cui sarà di volta in volta il legislatore a determinare la reale portata degli stessi, avendo cura, però, di garantire i livelli essenziali delle prestazioni che devono essere garantite su tutto il territorio nazionale, così come previsto dall'art. 117, comma 2, lettera m) Cost.

In merito ai dubbi che possono sorgere circa la minor tutela offerta ai diritti sociali a causa della adesione all'Europa, forse si rivela utile distinguere tra diritti e politiche sociali. Infatti, posto che gli Stati non sono tenuti a modificare le previsioni costituzionali in materia di diritti, essi non risultano, almeno formalmente, scalfiti; semmai possono subire contrazioni dal lato del loro effettivo godimento, ma anche tale conclusione non è immediata, poiché molto dipende da come gli Stati utilizzano le proprie risorse e da come gli stessi daranno attuazione alle politiche europee. Per ciò che attiene alle politiche sociali, esse rimangono nell'ambito della competenza sussidiaria dell'Unione e le disposizioni che direttamente riguardano i diritti a prestazione risultano eccessivamente vaghe nei contenuti²⁶³. L'Unione europea, dunque, non acquisisce competenze nuove in materia di diritti sociali la cui tutela e il cui miglioramento restano nelle mani degli Stati. Dunque, che posizione assumono i diritti sociali nell'Unione europea a seguito del Trattato di Lisbona? Si può dire che essi hanno raggiunto il medesimo ruolo svolto nelle costituzioni degli Stati liberaldemocratici, alla luce delle disposizioni contenute nelle fonti originarie del diritto dell'Unione europea che espressamente ad essi fanno riferimento? Nonostante la nuova dimensione sociale dell'Unione europea, la quale intende oggi perseguire la piena occupazione, un'economia sostenibile, ecc.²⁶⁴, tuttavia non pare possa affermarsi pacificamente che i diritti sociali godono della medesima attenzione riservata ad altri aspetti della vita dell'Unione. A riguardo sembra meritevole di attenzione l'iniziativa della Commissione la quale, nel marzo 2016, ha avviato una "Consultazione pubblica sul pilastro europeo dei diritti sociali" che si è conclusa il 31

²⁶¹ Basti pensare, infatti, agli art. 41 e 42 della Costituzione italiana.

²⁶² Ad esempio, le cure gratuite sono riconosciute agli indigenti; il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale spetta ad ogni cittadino inabile al lavoro e sprovvisto di mezzi necessari per vivere; i lavoratori hanno diritto a mezzi adeguati alle loro esigenze di vita nel caso di infortunio, malattia, invalidità, vecchiaia e disoccupazione involontaria.

²⁶³ Cfr. C. SALAZAR, *A Lisbon story*, op. cit., pag. 15. L'A. parla di disposizioni "a trama aperta" la cui definizione è affidata alla giurisprudenza.

²⁶⁴ Sul punto si rimanda al Capitolo I.

dicembre 2016. Tale consultazione è stata rivolta a cittadini, organizzazioni e amministrazioni pubbliche e aveva come scopo quello di effettuare una valutazione dell'attuale *acquis* sociale dell'UE, al fine di verificare se esso corrisponda alle richieste di coloro che dovrebbero esserne i fruitori oppure se occorra procedere ad un loro ripensamento. Tale consultazione, inoltre, ha inteso mettere in evidenza quali siano le ripercussioni delle nuove tecnologie e delle tendenze demografiche sul mondo del lavoro e, infine, essa aspira a raccogliere opinioni ed osservazioni sull'eventuale ruolo del pilastro dei diritti sociali, soprattutto nell'Eurozona. All'esito della consultazione il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione²⁶⁵ rivolta alla Commissione europea con la quale auspica la creazione di un pilastro sociale europeo.

Sembrerebbe, dunque, che l'UE sia consapevole di dover affrontare nuove sfide sul piano dei diritti sociali soprattutto nell'area in cui vige la moneta unica, in cui le politiche economiche non possono prescindere del tutto da quelle sociali.

Il diritto, inoltre, non può essere studiato esclusivamente riferendosi al dato letterale ma, al contrario, si rende opportuno e, anzi, necessario, in ogni caso guardare a come esso "vive" nella prassi e nella concreta applicazione da parte delle Corti; si rende evidente, in tale ottica, come sia necessario studiare la giurisprudenza della Corte di giustizia al fine di avere un'idea più completa circa la effettiva dimensione dei diritti sociali in Europa.

Il diritto, infatti, è destinato ad evolversi e ad assumere forme diverse rispetto a quelle stabilite sulla carta, e, altresì, rispetto alle statuizioni giurisprudenziali. La capacità di incidere in maniera determinante nella evoluzione del diritto europeo dimostrata dalla Corte di giustizia rende utile uno studio delle sue pronunce per verificare se, e quanto, i diritti sociali siano destinati ad un incremento in termini di tutela multilivello da un lato e se, dall'altro, sia possibile parlare di diritti sociali europei in senso sostanziale e non solo formale.

Quanto sin qui illustrato ha messo in evidenza il carattere problematico dei diritti sociali, non soltanto all'interno del contesto europeo, ma anche in quello proprio dei singoli ordinamenti statali. L'analisi svolta suggerisce una considerazione sulla capacità dei diritti sociali di affermarsi al di là delle intenzioni dei legislatori. Se il loro puntuale riconoscimento in un testo dotato di valore giuridico vincolante è assolutamente necessario per la loro garanzia, tuttavia, la loro dimensione naturale sembrerebbe essere

²⁶⁵ Il testo della risoluzione è consultabile al seguente indirizzo <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0010+0+DOC+XML+V0//IT>.

quella del diritto vivente. Essi, infatti, contrariamente a quanto ritenuto da quella parte di dottrina che ne escludeva la giustiziabilità, sembrano trarre particolare linfa dalle pronunce dei giudici, soprattutto in anni di crisi economica e politica, in cui le decisioni in materia di prestazioni sociali sembrano essere dettate dalle contingenze straordinarie determinate dalle esigenze finanziarie, più che da decisioni politiche volte a perseguire obiettivi di lungo periodo. In questi termini, la contrapposizione diritti sociali /mercato non sembra essere quella maggiormente rischiosa per i diritti a prestazione, i quali, al contrario, risentono negativamente soprattutto delle decisioni prese nel contesto dell'emergenza²⁶⁶. Per tali motivi ricade sui giudici l'onere di ristabilire l'equilibrio compromesso dal legislatore e tale operazione deve essere eseguita al fine di salvaguardare la tenuta dei diritti sociali, la cui compromissione non deriva, in questi casi, da disposizioni legislative che espressamente prevedano delle limitazioni, ma, ad esempio, da irragionevoli scelte economiche che finiscono per rendere nulla o quasi la possibilità di un loro esercizio. In questi termini il diritto dell'UE rappresenta un pericolo per tali diritti? Anche in questo caso sembra utile soffermarsi su due aspetti diversi: da un lato, il livello formale non sembra aver introdotto regole che possano incidere negativamente sulla garanzia dei diritti di terza generazione, dall'altro occorre tenere presente le politiche stabilite dall'UE e, in particolare, quelle relative agli obblighi economico-finanziari degli Stati. È tra questi fattori che potrebbe innescarsi il corto circuito, poiché non è possibile alcun discorso sui diritti sociali senza un riferimento diretto e costante alle risorse economiche nella disponibilità degli Stati, i quali rimangono

²⁶⁶ Strumento tipico di regolazione dell'emergenza è il decreto legge che, infatti, spesso negli ultimi anni è stato utilizzato per la realizzazione di riforme del mercato del lavoro, per contenere la spesa pubblica, ecc. A partire dal 2011, infatti, sono stati adottati il d.l. 138/2011, convertito in legge 148/2011 nel quale, nell'ambito delle «misure urgenti per la stabilizzazione finanziaria e per lo sviluppo», si ricordi l'art. 8 con il quale è stata introdotta la possibilità di ricorrere alla contrattazione collettiva aziendale in deroga a quella nazionale, il quale aveva destato particolare interesse tra la dottrina, alla quale si rimanda per ulteriori approfondimenti M. MAGNANI, *L'articolo 8 della l. n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1 /2012; A. MARESCA, *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1/2012; V. SPEZIALE, A. PERULLI, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e "la rivoluzione di agosto" del diritto del lavoro*, in *Working Papers*, 132/2011. Ma si pensi, altresì, al d.l. 201/2011 convertito in legge 214/2011 il cui articolo 24, come detto nel Capitolo I aveva introdotto la riforma c.d. "Fornero" delle pensioni; d.l. 52/2012 convertito in l. 94/2012 con cui si è introdotta la c.d. "spending review"; il d.l. 95/2012 convertito in legge 135/2012 con cui sono stati apportati ulteriori tagli alla spesa pubblica. Sul punto si veda I. CIOLLI, *I diritti sociali*, op. cit., pag. 94. Ancora, si pensi al d.l. 65/2015 convertito in legge 109/2015 rubricato «Disposizioni urgenti in materia di pensioni, di ammortizzatori sociali e di garanzie TFR» emesso, peraltro, anche per l'esigenza di dar seguito alla sentenza n. 7/2015 della Corte costituzionale.

di fatto gli unici erogatori delle prestazioni sociali.

Per ciò che attiene al rapporto tra i diritti e il mercato si vuole sottolineare che il pericolo sembrerebbe essere più ideologico che reale. Infatti, è certamente vero che favorendo lo sviluppo del mercato si arrivi necessariamente a limitare i diritti sociali? È da escludersi del tutto la possibilità di giungere alla produzione di regole che favoriscano il mercato secondo i principi che i Trattati hanno individuato, favorendo così un'occupazione inclusiva e sostenibile delle persone²⁶⁷?

Il fatto che la reale consistenza dei diritti sociali vada individuata nel diritto vivente trova conferma se si pensa al fatto che, nonostante il rinnovato quadro giuridico dell'UE, in cui trovano definitivamente luogo i diritti fondamentali, in cui emerge un'attenzione dell'ordinamento sovranazionale verso la dimensione sociale, la dottrina è ancora scettica sulla reale portata di tali previsioni. Ecco, dunque, perché si è resa utile l'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale si presta ad essere il terreno di prova privilegiato per la verifica della fondatezza di tali dubbi. Le difese avverso la possibile *vis* espansiva del diritto europeo nel campo dei diritti sociali devono essere valutate nella dimensione dinamica, in cui i diritti assumono particolari connotati nel momento applicativo e, in particolar modo, nel momento in cui essi sono sottoposti al giudizio della Corte di Giustizia²⁶⁸. Proprio l'azione giurisprudenziale, infatti, potrebbe determinare una giustiziabilità dei diritti sociali anche al di fuori di qualsiasi preventiva decisione politica assunta dal legislatore, con evidenti conseguenze anche sul piano del bilancio dello Stato. Solo analizzando tali preoccupazioni sotto la luce del diritto giurisprudenziale, ovverosia del diritto vivente, esse possono essere comprese e, anzi, proprio l'imprevedibilità degli esiti cui possono pervenire i giudici impone di guardare alla giurisprudenza successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona per comprendere se, ed in che misura, la Carta di Nizza ha trovato concreta applicazione all'interno del diritto dell'UE e se questo ha subito inedite ed impreviste influenze ad opera di tale documento.

²⁶⁷ Alcuni autori, tra cui D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, op. cit., pag.32 e ss si interroga sulla relazione tra progressivo rafforzamento di uno spazio economico integrato e spazio sociale integrato. Secondo l'A. il primo non può pienamente realizzarsi prescindendo dall'obiettivo di eliminare le cause di discriminazione e di tensione sociale mediante la convergenza dei livelli di vita e di reddito tra regioni e persone, obiettivo che può essere raggiunto attraverso la creazione di uno spazio sociale.

²⁶⁸ Cfr. C. SALAZAR, *A Lisbon story*, cit.

4. Il lavoro e i diritti sociali ad esso connessi. a) Nel contesto costituzionale italiano

Nell'ambito del presente lavoro di ricerca si è ritenuto di particolare interesse concentrare l'attenzione in particolare sul diritto al lavoro e sui diritti sociali ad esso connessi, per diverse ragioni. Innanzitutto, occorre partire dal contesto dell'ordinamento costituzionale italiano, nel quale esso riveste una posizione privilegiata, tanto da rappresentare il fondamento stesso della Repubblica. I Costituenti, dunque, hanno inteso porre il lavoro ed il diritto del lavoro al centro dei valori ai quali lo Stato deve tendere, e tale posizione privilegiata vale a determinare una prevalenza dei diritti connessi al diritto al lavoro nel caso di conflitti con altre libertà costituzionali²⁶⁹.

L'articolo 1, letto in combinato di sposto con l'art. 4 della Costituzione, che prescrive l'obbligo per lo Stato di promuovere il diritto dei cittadini al lavoro e il dovere di questi di concorrere, in base alle proprie capacità e alle proprie scelte, allo sviluppo e al progresso della società, è la prova che i Costituenti hanno inteso porre il lavoro ed il diritto del lavoro al centro dei valori su cui si fonda la Repubblica²⁷⁰. Sebbene le norme appena citate non diano vita ad un diritto al lavoro perfetto, in virtù del quale ogni cittadino può chiedere allo Stato di garantirgli un posto di lavoro, la dottrina ha ravvisato una pluralità di situazioni scaturenti proprio da tale norma. Innanzitutto dall'articolo 4 deriva una "libertà di lavoro" e un "diritto al lavoro", nel senso che il singolo deve essere libero da

²⁶⁹ Ad esempio, nel caso di contrasto tra diritto al lavoro e libertà di impresa il giudice condurrà un'operazione di bilanciamento "ineguale", in quanto la tutela del primo dovrà prevalere su quella della seconda, così come evidenziato da G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa Comunicazione al Seminario interdisciplinare sul tema Attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro organizzato dall'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e dall'Associazione italiana dei costituzionalisti a Roma il 24 giugno 2008*, in *Archivio rivista AIC* 13 maggio 2009.

²⁷⁰ Cfr. G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, E. GHERA E A. PACE (a cura di), Napoli, Jovene editore, 2009, pag. 8. Questa scelta politica è influenzata dal progetto di *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* elaborato da Robespierre, secondo cui deve essere lo Stato a provvedere ai bisogni dei cittadini, sia procurando loro un lavoro, sia assicurando mezzi adeguati per coloro che si trovano nell'incapacità di lavorare. Nel saggio di Loy vengono presi in rassegna gli articoli della Costituzione riguardanti il lavoro e i diritti ad esso connessi, dalla libertà del cittadino di lavorare, al diritto ad avere un'adeguata retribuzione, al ruolo che deve assumere lo Stato nell'attuazione di tali principi e diritti. Nonostante l'autore dichiari di non aderire alla tesi secondo cui i diritti sociali appartengono solo alla collettività, egli dà comunque una lettura in senso collettivo dell'articolo 4 Cost., sostenendo che non può non essere considerata la dimensione collettiva in cui si realizza la personalità del singolo lavoratore. Nel saggio si dimostra come, in realtà, ai principi enunciati nella Carta costituzionale non sia seguita sempre una loro realizzazione concreta, dovuta anche all'impossibilità di costringere il legislatore ordinario a determinati prodotti legislativi, se non in un momento successivo attraverso il controllo di costituzionalità.

ingerenze da parte dello Stato nella scelta e nello svolgimento del lavoro. Tuttavia, dal momento che l'articolo 4 ha una dimensione collettiva che giustificherebbe, ad esempio, l'eventuale compressione del diritto al lavoro di alcuni soggetti per favorirne altri²⁷¹, non può dirsi che esso dia vita ad un diritto soggettivo perfetto²⁷².

Nell'ordinamento italiano il diritto al lavoro trova la propria dimensione nell'articolo 1 Cost., ed è stato definito da alcuni come una sineddoche, ovverosia, come «espressione della persona umana, portatrice dei valori riconosciuti dall'articolo 2»²⁷³. Il lavoro definito da alcuni come «principe dei diritti sociali»²⁷⁴, nell'epoca contemporanea è divenuto il terreno comune sul quale confluiscono e interagiscono tutti i valori dell'ordinamento, poiché esso è strumento insostituibile per la realizzazione e degli esseri umani, un predicato necessario della loro dignità²⁷⁵.

Il diritto al lavoro, dunque, rientra tra i principi supremi dell'ordinamento e, allo stesso tempo, può essere considerato come un corollario del principio personalista, nel senso che attraverso il lavoro si può consentire il raggiungimento del pieno sviluppo della persona umana. Esso consiste nella garanzia dell'uguaglianza delle persone rispetto al lavoro disponibile e non impone invece alla Repubblica di adoperarsi per il perseguimento di una piena occupazione o per rendere indissolubile il rapporto di lavoro.

Non sembra del tutto infondata l'idea che allo *status* di lavoratore sia strettamente connessa la titolarità di alcuni diritti sociali o in quanto subordinati all'aver svolto una determinata attività lavorativa – si pensi, quindi, alla previdenza sociale – o perché, dal momento che gli Stati oggi dispongono di limitate risorse economiche, la effettiva possibilità di godere di taluni diritti sia condizionata dall'essere in possesso di un determinato reddito²⁷⁶. Nell'ordinamento italiano, infatti, dallo *status* di lavoratore

²⁷¹ Cfr. G. LOY, *Una Repubblica fondata sul lavoro*, op. cit. pag. 22.

²⁷² Il diritto al lavoro ex art. 4 Cost., peraltro, non è meramente programmatico ma non è pienamente giustiziabile, almeno sino a che il legislatore non vi dia attuazione. Ad es. non si può ricorrere all'autorità giudiziaria per chiedere un posto di lavoro, ma tale possibilità è concessa nel caso di licenziamento *contra legem*. Cfr. P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, 2011, pag. 494-496.

²⁷³ L. MENGONI, in *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, M. Napoli (a cura di), Milano 1998.

²⁷⁴ Cit. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000, pag. 43, nota 15.

²⁷⁵ Cfr. C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, op. cit., pag. 47.

²⁷⁶ Secondo parte della dottrina nella categoria dei diritti sociali sarebbero ricompresi il diritto al lavoro, il diritto alla previdenza sociale e all'assistenza sociale, il diritto all'abitazione, il diritto alla conciliazione della vita professionale con quella familiare, il diritto delle persone disabili

dipendono altri diritti sociali, tra i quali il diritto ad una retribuzione “proporzionata e sufficiente”; il diritto a ferie retribuite; l’accesso a misure previdenziali nel caso di infortunio, malattia, invalidità e vecchiaia; l’accesso a determinate misure di sostegno del reddito in casi particolari previsti dalla legge, ecc. Inoltre, si può osservare come la Costituzione contrapponga al lavoratore la condizione di colui che sia inabile al lavoro e sprovvisto dei mezzi necessari per vivere, riconoscendo a quest’ultimo il diritto ad accedere al mantenimento e all’assistenza sociale. Dunque, l’articolo 38, comma 1, Cost. sembrerebbe sottintendere che chiunque sia abile al lavoro debba provvedere al proprio mantenimento, mentre soltanto in via residuale, nel caso eccezionale in cui un soggetto non possa svolgere alcuna attività lavorativa, la Repubblica agirà attraverso la predisposizione di misure assistenziali.

Lo schema tradizionale secondo il quale i diritti sociali rappresentano diritti di prestazione pubblica, tuttavia, nell’ambito dei diritti sociali connessi al lavoro viene tradito sul piano della realtà normativa. Il prototipo dal quale sono derivati i diritti sociali è, appunto, il diritto al lavoro, il quale non è soltanto un principio fondamentale che obbliga i pubblici poteri a promuovere una politica economica che conduca ad una piena occupazione ma esso, altresì, impone allo Stato di istituire servizi pubblici di formazione e di orientamento professionale, di avviamento al lavoro, di mediazione della domanda e dell’offerta di lavoro. Tali servizi, dunque, non presuppongono l’erogazione di prestazioni direttamente economiche e, nell’ambito dell’ordinamento italiano concorrono ad attuare la previsione dell’art. 4, comma primo, della Costituzione, il quale è assimilabile ai tradizionali diritti di libertà²⁷⁷. In generale pare si possa affermare che i diritti sociali legati al diritto al lavoro presentino una struttura bifronte: da un lato essi si pongono al pari delle libertà tradizionali, ovverosia delle libertà verso lo Stato, dall’altro, però, essi assicurano una tutela anche nei rapporti tra privati, in particolare tra lavoratore e imprenditore, o, meglio, datore di lavoro, come dimostra, ad esempio, l’art. 40 Cost., il

all’inserimento, il diritto alla salute e il diritto all’istruzione. Essi, peraltro, presentano legami più o meno profondi con la condizione lavorativa, destinati a subire modifiche in base al mutare della percezione dell’apporto che il lavoro è chiamato a dare alla realizzazione della cittadinanza sociale. Inoltre, il sistema giuslavoristico dei diritti sociali potrebbe multilivello potrebbe essere sintetizzato in due macro sotto-sistemi coincidenti con il diritto-dovere al lavoro e con quello del diritto alla previdenza sociale. Per un approfondimento di queste considerazioni si rimanda a E. ALES, *Diritti sociali nella discrezionalità del legislatore nell’ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2015, pag. 462 e ss.

²⁷⁶ Cfr. E. ALES, *Diritti sociali nella discrezionalità*, op. cit.

²⁷⁷ Cfr. L. MENGONI, *I diritti sociali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1/1998, pag. 6.

quale non è soltanto un diritto negativo di libertà verso lo Stato ma esso è da ascrivere alla categoria dei diritti sociali dal momento che assume rilievo nei rapporti con l'imprenditore come potere di sospendere l'obbligazione di lavoro mediante partecipazione all'astensione collettiva a titolo di coalizione per la difesa di un interesse professionale, esentando da responsabilità civile per inadempimento il lavoratore²⁷⁸

Nonostante la centralità che il diritto al lavoro riveste nell'ordinamento costituzionale italiano, negli anni della crisi economica il diritto del lavoro²⁷⁹ e i diritti dei lavoratori sono stati oggetto di numerose riforme spesso sollecitate da parte dell'UE.

Ma che ruolo rivestono il lavoro e i diritti dei lavoratori nello spazio relativo all'UE? Il complesso dei diritti sociali riferibili allo *status* di lavoratore assume il medesimo carattere degli altri diritti sociali, oppure, al contrario, è possibile individuare delle differenze all'interno della categoria?

4.1. (segue) b) Nel contesto europeo

Per ciò che attiene più da vicino al diritto al lavoro²⁸⁰ e ai diritti dei lavoratori, occorre rilevare che a livello europeo le politiche per lavoro e occupazione rientrano nel c.d. "Metodo aperto di coordinamento" inaugurato dalla "Strategia di Lisbona" o "strategia europea per l'occupazione". In tale contesto, dunque, l'Unione europea adotta atti di *soft law* la cui base giuridica risiede in ogni caso nei Trattati²⁸¹ che ne rendono obbligatorie le

²⁷⁸ Cfr. L. MENGONI, *I diritti sociali*, op. cit., pag. 7.

²⁷⁹ Il diritto del lavoro, come un "cantiere continuo" risente molto delle trasformazioni che si registrano nel contesto in cui esso si colloca. Tra i vari fattori che hanno influito maggiormente su tale trasformazione si annoverano l'internazionalizzazione dell'economica, la globalizzazione del mercato e il nuovo ruolo assunto dalle istituzioni europee. Quest'ultimo, peraltro come già più volte sottolineato, ha determinato una riduzione della sovranità degli Stati nazionali sulle politiche interne e, inoltre, ha imposto all'interprete di soffermarsi su nuove riflessioni circa funzione stessa del diritto del lavoro. Sul punto si rinvia a L. CORAZZA E R. ROMEI, *Il puzzle delle trasformazioni*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, L. CORAZZA E R. ROMEI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2014, pagg. 7-14.

²⁸⁰ Si consideri, peraltro, la centralità rivestita dal rapporto di lavoro subordinato nella vita di relazione a livello europeo, sin dalla nascita della Comunità europea, come sottolineato da G. FIENGO, *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2015, pag.1030.

²⁸¹ In particolare, l'art. 148 TFUE prevede che nell'ambito delle politiche relative all'occupazione il Consiglio e la Commissione elaborino una relazione annuale alla luce della quale il Consiglio europeo valuta la situazione dell'occupazione in Europa e adotta le relative conclusioni. Sulla base di tali conclusioni, il Consiglio, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo, del Comitato economico sociale, del Comitato delle regioni e del comitato per l'occupazione, elabora ogni anno gli orientamenti cui devono attenersi gli Stati nella predisposizione delle proprie politiche in materia di occupazione e gli stessi sono, altresì, tenuti a trasmettere annualmente una relazione circa le misure adottate in tale ambito. Il Consiglio, una volta esaminate tali relazioni può, laddove lo ritenga necessario, trasmettere delle raccomandazioni

procedure. In questo modo gli Stati rimangono i titolari delle politiche in materia di lavoro, mentre l'UE svolge una funzione di coordinamento, anche al fine di incentivare gli scambi di *best practices* del c.d. *mutual learning* tra gli Stati²⁸². Si deve, peraltro, rammentare che un'eventuale violazione dell'art. 148 TFUE non prevede particolari sanzioni, per cui non è possibile affermare con certezza se gli strumenti delle raccomandazioni, dei richiami e l'indicazione degli obiettivi da parte dell'UE possano essere considerati strumenti giuridici idonei per la tutela dei diritti fondamentali.

Accanto alle previsioni contenute nei Titoli IX e X del TFUE²⁸³, devono oggi essere considerate quelle presenti nella Carta di Nizza all'interno del titolo dedicato alla "Solidarietà", in cui sono collocati alcuni diritti sociali i quali, come detto, sono posti sullo stesso piano di tutti gli altri diritti sanciti dalla Carta, tra cui non può, dunque, essere individuata alcuna "pietra angolare"²⁸⁴. La distanza dall'impostazione della Costituzione italiana è evidente e, a tal riguardo, risulta emblematico il fatto che l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea preveda che la titolarità del diritto di sciopero, la più classica tra le azioni collettive, non spetti soltanto ai lavoratori ma, altresì, al datore di lavoro²⁸⁵. Dunque, i diritti fondamentali nella Carta di Nizza sono tra loro equiparati e "indivisibili" e non è, pertanto, possibile individuare una preminenza di alcuni di essi sugli altri. Anche i diritti sanciti dalla Carta costituzionale italiana sono tra loro equiparati e un eventuale conflitto può essere risolto solo attraverso la tecnica del bilanciamento, poiché come la Corte costituzionale ha affermato i diritti fondamentali si trovano tra loro in un rapporto di integrazione reciproca e non è, dunque, possibile individuarne uno che abbia la preminenza sugli altri. Se non si garantisse una tutela sistemica e non frazionata dei tali diritti, si potrebbe verificare l'illimitata espansione di

agli Stati. Infine, il Consiglio e la Commissione trasmettono una relazione al Consiglio europeo in cui sono riportati i risultati derivanti dall'analisi delle varie relazioni degli Stati membri.

²⁸² Sul punto si veda A. GUAZZAROTTI, *Crisi economica e ruolo delle Corti*, pag. 1017.

²⁸³ Gli articoli da 145 a 150 sono raggruppati sotto la rubrica "Occupazione", mentre quelli da 151 a 161 sotto quella di "Politica sociale".

²⁸⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa. op. cit.* L'A. mette in evidenza quali potrebbe essere le ricadute sul piano interpretativo della piena equiparazione dei diritti e fra tutte individua l'impossibilità di procedere al bilanciamento nel caso di contrasto tra diritti poiché mancherebbe una base giuridica che consenta tale operazione. Ma, stante la necessità che i diritti vengano sottoposti ad interpretazioni, l'opera di bilanciamento che verrà effettuata dai giudici sarà "libera" e si giustificherà alla luce delle enunciazioni delle disposizioni in contrasto.

²⁸⁵ Nell'ordinamento giuridico italiano, infatti, lo sciopero rappresenta un diritto soggettivo esclusivamente per i lavoratori, mentre al datore di lavoro è concessa soltanto la possibilità di ricorrere alla serrata, considerata manifestazione lecita, non già diritto soggettivo.

uno di essi, che diventerebbe “tiranno” nei confronti delle altre situazioni giuridiche protette che costituiscono nel loro insieme la proiezione della dignità umana²⁸⁶. Ciò che muta nel quadro dell’UE è il diverso modo in cui la Corte di giustizia effettua il bilanciamento. Come si vedrà analizzando la giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo, questi, quando opera un bilanciamento tra una libertà economica e un diritto fondamentale, agisce in maniera tale da rendere particolarmente rigorosa la limitazione delle prima, per cui, di fatto, il diritto fondamentale sembra dotato di una forza minore rispetto al suo antagonista.

Se tali ultime considerazioni vengono poi lette alla luce del metodo aperto di coordinamento, ovvero del metodo prescelto dall’Unione europea per operare nella materia dell’occupazione e del lavoro, il quale può quasi dirsi “costituzionalizzato” a livello europeo, sorge il dubbio che la tutela del diritto in esame potrebbe trarre particolari vantaggi dal nuovo vigore assunto dalla Carta di Nizza.

Si tenga, inoltre, presente la disposizione dell’art. 151 TFUE²⁸⁷, disposizione posta in apertura del Titolo X, dedicato alla Politica sociale, il quale chiarisce che l’UE comunque tiene conto delle diversità delle prassi nazionali in materia di contratti e della necessità di mantenere la competitività economica dell’unione²⁸⁸. In tale disposizione, peraltro, si asserisce che gli Stati membri e l’UE confidano nella capacità del mercato unico interno di favorire l’armonizzazione dei sistemi sociali, la quale sarà, altresì, favorita dalle procedure previste dai Trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative. Il mercato unico, dunque, viene visto come terreno fertile per la progressiva espansione della tutela dei diritti sociali fondamentali comuni tanto all’UE quanto ai singoli Stati membri. Proprio la disposizione dell’art. 151 TFUE spinge

²⁸⁶ Sent. 85/2013, punto 9 del considerato in diritto.

²⁸⁷ «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 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come obiettivi la promozione dell’occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l’emarginazione. A tal fine, l’Unione e gli Stati membri mettono in atto misure che tengono conto della diversità delle prassi nazionali, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la competitività dell’economia dell’Unione. Essi ritengono che una tale evoluzione risulterà sia dal funzionamento del mercato interno, che favorirà l’armonizzarsi dei sistemi sociali, sia dalle procedure previste dai trattati e dal ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative.

²⁸⁸ Cfr. C. PINELLI, *I diritti sociali nello spazio europeo (sistemi di valori a confronto)* in *Diritto del lavoro in trasformazione* L. CORAZZA e R. ROMEI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2014, pag. 199 e ss.

alcuni autori a ritenere che poco, o nulla, sia cambiato con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e quindi con l'attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore dei trattati. Secondo tali interpretazioni, infatti, i diritti sociali riconosciuti almeno formalmente dalle fonti originarie UE sono comunque condizionati al rispetto del diritto dell'UE e sono gerarchicamente equiparati alle libertà economiche. Peraltro, ai sensi dell'art. 153 TFUE l'Unione, per la realizzazione degli obiettivi stabiliti dall'art. 151, sostiene e completa le politiche degli Stati membri nel campo delle azioni individuate dalla disposizione²⁸⁹, e può, quindi, adottare misure minime applicabili progressivamente dagli Stati membri ai quali, però, è consentito di stabilire i principi fondamentali del loro sistema di sicurezza sociale e di adottare, eventualmente misure che comportino una maggiore tutela per i loro destinatari. Il fatto che sia stato specificato che l'applicazione delle misure debba avvenire "progressivamente" deriva dalle evidenti e consistenti differenze che intercorrono tra i diversi sistemi sociali degli Stati membri, che non possono essere armonizzate verso l'alto o verso il basso, se non a costo di penalizzare, a seconda dei casi, i sistemi più virtuosi o quelli meno sviluppati²⁹⁰.

Tuttavia, per una piena comprensione della norma contenuta nell'art. 151 TFUE occorre ampliare il campo di indagine, prendendo in considerazione, non solo i vincoli che derivano anche dal nuovo valore assunto dalla Carta di Nizza e, conseguentemente, dalle norme che in esso fanno riferimento ai diritti fondamentali, ma, altresì, le clausole orizzontali contenute negli articoli 8 e 9 TFUE²⁹¹. Le norme da ultimo richiamate, infatti, possono rappresentare un utile strumento per la realizzazione de bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, nell'ambito dell'adozione e del perfezionamento delle politiche sociali a livello europeo. Secondo parte della dottrina, infatti, tali clausole rappresentano un vero e proprio terreno di sperimentazione sia per gli interpreti che per le istituzioni, mentre dubbi sussistono circa la possibilità di proporre la medesima

²⁸⁹ Tra le quali si annoverano il miglioramento dell'ambiente di lavoro per la protezione della salute e della sicurezza del lavoratore; la sicurezza sociale e la protezione sociale dei lavoratori; la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del rapporto di lavoro; la parità tra uomini e donne, ecc.

²⁹⁰ Cfr. B. BRANCATI, *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un'analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali*, Servizio Studi della Corte costituzionale, gennaio 2015.

²⁹¹ L'art. 8 sancisce che: «Nelle sue azioni l'Unione mira ad eliminare le ineguaglianze, nonché a promuovere la parità, tra uomini e donne»; mentre il successivo articolo dispone: «Nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale, la lotta contro l'esclusione sociale e un elevato livello di istruzione, formazione e tutela della salute umana».

sperimentazione relativamente all'attuazione delle politiche di austerità approvate nel contesto della crisi economica²⁹². Secondo tale visione, inoltre, nonostante le critiche mosse nei confronti della scarsa rilevanza delle novità registrate ad opera del Trattato di Lisbona in materia di politiche sociali, occorre in ogni caso partire da esse per valutare le trasformazioni in atto e per comprendere quali siano i nuovi sentieri entro i quali sono tenuti a muoversi i legislatori dei singoli Stati membri.

Dal momento che i precetti relativi alla materia dell'occupazione e del diritto al lavoro provenienti dall'UE spesso sono connotati da particolare vaghezza nei contenuti, sembra si possa affermare che la prospettiva del costituzionalismo multilivello sia quella giurisprudenziale, in quanto saranno i giudici a dare pieno significato a norme che ben si prestano a interpretazioni particolarmente ampie. Per tale motivo, dunque, secondo alcuni il diritto del lavoro, da diritto garantito dalla Costituzione e da norme ordinarie, nazionali e della Unione europea, sembra si stia dirigendo verso un diritto essenzialmente giurisprudenziale, non più retto da scelte politiche fondamentali. Ai giudici non solo viene affidata la tutela in concreto del singolo caso sottoposto al loro giudizio, ma anche l'evoluzione e la trasformazione del diritto del lavoro in una progressiva prospettiva di tutela multilivello²⁹³.

5. Il ruolo della giurisprudenza nella teoria dei diritti

Se la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali da parte dello Stato ha da sempre rappresentato uno degli elementi essenziali del costituzionalismo, quale può essere oggi la sua sorte, dal momento che la garanzia dei diritti fondamentali ha smesso di essere esclusivo monopolio statale per assumere una dimensione sovranazionale e internazionale? Gli individui, peraltro, non solo possono contare su Carte, dichiarazioni, e testi che in vario modo sanciscono il nucleo essenziale della loro sfera intangibile, ma essi possono, altresì, rivolgere le proprie istanze di tutela adendo organi giudiziari a ciò preposti, anche al di fuori dei confini statali. Non solo, dunque, si sono moltiplicati i livelli di formazione del diritto e dei diritti, ma la loro effettiva garanzia viene affidata anche ad organi che operano al di fuori dei confini nazionali, dando vita al fenomeno della c.d. tutela multilivello dei diritti. L'assetto così venutosi a creare induce a porsi alcune domande: la tutela offerta agli individui può dirsi effettivamente più ampia

²⁹² Sul punto si veda S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, GLF Editori Laterza, Bari, 2013, pag. 11.

²⁹³ Cfr. G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, op. cit., *ibidem*.

rispetto a quella esigibile nei confronti degli ordinamenti nazionali? E, ancora, le Corti internazionali e sovranazionali operano come giudici terzi ed imparziali, oppure esse tendono a perseguire un interesse generale consistente nella tutela di quelle che sono le peculiarità dell'organizzazione di riferimento? Prendendo ad esempio la Corte di Giustizia dell'Unione europea - dal momento che l'UE è connotata da un ordinamento *sui generis*, per la cui descrizione, forse, le tradizionali categorie del diritto non sono adeguate - occorre chiedersi se essa intenda effettivamente tutelare i diritti dei soggetti che compongono l'ordinamento UE e, dunque, anche quelli dei singoli individui, oppure se, al contrario, essa tende piuttosto a dare preminenza alla tutela del sistema giuridico europeo.

La Corte ha contribuito in maniera determinante al progressivo sviluppo del processo di integrazione europea attraverso la sua giurisprudenza sui diritti²⁹⁴ e si può affermare che essa non ha svolto soltanto un ruolo giurisdizionale ma, come alcuni sottolineano, la sua azione ha avuto quasi un carattere “strutturale” nella misura in cui essa, attraverso la propria giurisprudenza talvolta creativa e priva di solide basi giuridiche, ha contribuito affinché l'ordinamento europeo assumesse il volto attuale²⁹⁵. Nello svolgimento della sua azione “centralizzata” di controllo della compatibilità degli atti dell'Unione europea e dei Paesi membri rispetto al diritto posto dai Trattati, la Corte assume anche un ruolo di primaria importanza nella evoluzione “costituzionale” dell'Europa, in quanto essa è tenuta ad assicurare la conforme interpretazione delle norme rispetto agli obiettivi da raggiungere; assicura, cioè, il necessario controllo sulla regolare applicazione del diritto dell'Unione nei singoli ordinamenti degli Stati membri, esercitando tale funzione anche nella prospettiva di tutela delle posizioni giuridiche soggettive delle persone²⁹⁶. Nello svolgimento di tali funzioni, la Corte sembra dotata di caratteri simili ai giudici costituzionali.

Per molti versi, e come, peraltro, già osservato in apertura del presente capitolo, la Corte di giustizia ha operato sin dalle sue origini in maniera tale da contribuire notevolmente allo sviluppo e all'evoluzione dell'ordinamento europeo, per tale motivo, quindi si rende necessario soffermarsi ad analizzare più da vicino i tratti essenziali di tale istituzione

²⁹⁴ Cfr. B. DI GIOVANNI, *L'Europa, oggi*, op. cit. pag. 19. Tuttavia, non è vista da tutti in termini positivi tale opera, la quale sembra quasi sostituire alla politica quella “teologia dei diritti” tipicamente europea che dimostra l'ambizione ad un eurocentrismo umanitario.

²⁹⁵ Cfr. M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'unione europea*, op. cit., pag. 12

²⁹⁶ Cfr. M. FRAGOLA, *Temi di diritto dell'Unione europea*, op. cit., pag. 109.

europea.

Soffermarsi brevemente sull'analisi dei tratti essenziali della Corte di giustizia può essere funzionale rispetto all'oggetto del presente lavoro di ricerca, dal momento che, come è stato già accennato, l'ordinamento europeo presenta delle peculiarità tali da rendere non solo opportuno, ma a volte anche necessario, indagare sulla composizione dei suoi organi. Posto che l'ordinamento europeo, infatti, non ha assunto la forma tipica degli Stati nazionali, tuttavia, alcune delle sue istituzioni traggono quanto meno spunto da quelle presenti negli ordinamenti nazionali, mantenendo, però, peculiarità tali da ingenerare negli studiosi che utilizzano le categorie del diritto costituzionale preoccupazioni circa la carenza di democraticità delle stesse.

6. Corte di giustizia dell'Unione europea

Se attraverso l'entrata in vigore del trattato di Lisbona la Carta di Nizza merita un rinnovato interesse a causa del fatto che i diritti in essa contenuti sono entrati a far parte in maniera diretta e certa nell'ordinamento dell'Unione europea, allo stesso tempo, però, particolare attenzione merita la Corte di giustizia alla quale è affidato il compito, tra gli altri, di vigilare affinché il contenuto di tale Carta non venga tradito da atti di matrice europea o provenienti dagli Stati membri. Il nuovo valore assunto dalla Carta, infatti, potrebbe rappresentare uno spartiacque nella tutela dei diritti all'interno dell'ordinamento europeo nel senso che oggi la Corte potrebbe far ricorso ai contenuti della Carta per effettuare più rigorosi bilanciamenti tra i diritti delle persone e le libertà economiche che hanno rappresentato da sempre il cuore pulsante del progetto europeo.

Uno degli strumenti cui si è guardato con maggiore fiducia, e che è stato, pertanto, visto come quello maggiormente capace di fungere da vettore per la realizzazione del processo di integrazione europea e di avvicinamento delle politiche dei diversi Stati membri nel campo dei diritti, è stato certamente il rinvio pregiudiziale²⁹⁷, poiché con esso la Corte ha potuto interpretare la portata e il contenuto dei diritti fondamentali, definendone e chiarendone la sfera di applicazione²⁹⁸, favorendo una omogenea interpretazione e

²⁹⁷ Attraverso tale strumento, però, alla Corte viene affidato il potere di intervenire nel processo di interpretazione del diritto del diritto europeo e, altresì, di quello interno, emarginando le gli organi legislativi e i giudici costituzionali dei diversi Stati membri, così come evidenziato da F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, Vicenza, Cedam, 2015, pag. 5.

²⁹⁸ Sul rinvio pregiudiziale come strumento privilegiato di integrazione del diritto europeo si veda P. PUOTI, *I diritti fondamentali dell'Ue dopo "Lisbona"*, in *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione*, op. cit. Per ulteriori approfondimenti sul rinvio pregiudiziale si rinvia a M. BROBER,

applicazione del diritto dell'UE all'interno degli ordinamenti dei vari Stati membri.

L'evoluzione del diritto europeo, dunque, va rintracciata non soltanto nelle progressive modifiche apportate ai Trattati e alle fonti del diritto scritte, ma essa va ricostruita anche alla luce delle pronunce della Corte di giustizia nella misura in cui queste rappresentano il frutto dell'interpretazione "autentica" fornita dall'organo preposto a svolgere una funzione per certi versi simile a quella che nell'ordinamento interno viene esercitata dalla Corte di Cassazione nel suo ruolo nomofilattico o, anche, dai Giudici costituzionali²⁹⁹.

L'evoluzione stessa dell'ordinamento europeo dimostra come il diritto vivente spesso si discosti da quello pattuito per anticiparne, talvolta anche in assenza di un preciso piano politico, il futuro progresso. A tal proposito si può osservare che, come parte della dottrina ha sottolineato³⁰⁰, la nuova forza assunta dalla Carta di Nizza non ha determinato particolari trasformazioni nel *modus operandi* della Corte, la quale, infatti, sembrerebbe fare limitato uso delle disposizioni della Carta dei diritti. Tuttavia, tale aspetto verrà approfondito più dettagliatamente nel prosieguo del lavoro.

In ogni caso, la giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo risulta un campo di indagine imprescindibile per lo studio dei diritti all'interno dell'UE. Nell'attuale fase storica, infatti, il ruolo assunto dai giudici appare diverso rispetto al passato, anche alla luce delle trasformazioni che si sono registrate nel campo della produzione delle regole giuridiche. I centri di produzione delle norme si sono moltiplicati³⁰¹, i Parlamenti non sono gli unici detentori della potestà legislativa, distribuita oggi tra Stato e regioni, ma l'esercizio di tale

N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of justice*, Oxford, Oxford Press, 2014.

²⁹⁹ Cfr. P. COSTANZO, *L'ordinamento giudiziario e la giurisdizione costituzionale*, op. cit. pag. 327. Sul ruolo del Giudice di Lussemburgo come giudice cui sarebbe attribuita una funzione nomofilattica si veda, altresì, G. P. CIRILLO, *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le Corti supreme nazionali e le Corti comunitarie*, in *Rivista italiana di diritti pubblico comunitario*, n. 1/2014 pagg. 23-37. Secondo l'A. le corti europee hanno svolto il ruolo di custodi dell'ordinamento comunitario, proteggendo contro tutti i giudici le situazioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto comunitario, attraverso l'applicazione del principio dell'effettività della tutela e del giusto processo.

³⁰⁰ Cfr. C. SALAZAR, *A Lisbon story*, op. cit., la quale sottolinea che nei casi in cui ci si aspettava che le Corti si diffondesse sull'equiparazione della Carta ai Trattati in rapporto alle questioni proposte sulle leggi nazionali, le risposte sono apparse essenziali e stringate, e il valore legale della Carta risulta poco evidenziato. La Corte di Giustizia, infatti, distilla «con estrema parsimonia» i richiami alla Carta. Ad esempio, il catalogo di Nizza-Strasburgo non è stato particolarmente celebrato, nella sent. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Küçükdeveci*, relativa al divieto di discriminazione in base all'età e l'obbligo di disapplicazione delle leggi in contrasto con direttive "espressive" di un principio generale dell'Unione. In tale occasione il valore vincolante del testo di Nizza-Strasburgo è menzionato in modo marginale nella motivazione «tanto che se pure il richiamo fosse mancato del tutto, il dispositivo non sarebbe stato diverso». Ma anche nella giurisprudenza successiva si registra tale scarsa attenzione nei confronti della Carta dei diritti.

³⁰¹ Cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, op. cit., pag. 2-16.

potestà, altresì, è spesso opera degli esecutivi. Ma il quadro è ancora più complesso se si pensa alla capacità delle norme giuridiche prodotte a livello europeo di entrare direttamente all'interno degli ordinamenti nazionali, producendo così regole che non hanno bisogno dell'intermediazione dei Parlamenti per poter essere valide ed efficaci. Occorre, altresì, tener conto della forza vincolante delle sentenze della Corte di Giustizia le quali concorrono a formare il complesso delle fonti del diritto sovranazionale e, di conseguenza, degli ordinamenti degli Stati membri. La fase dell'applicazione delle regole, dunque, riveste un ruolo centrale nella creazione stessa del diritto³⁰². Per questi motivi, studiare il diritto "vivente" dell'ordinamento giuridico europeo consente di verificare se esso rappresenti l'attuazione delle politiche stabilite dall'UE, oppure se esso se ne discosti per avvicinarsi maggiormente alle istanze dei destinatari ultimi di quel diritto, ossia i cittadini e tutti coloro che risiedono nel territorio europeo.

A chi si accinge ad analizzare la giurisprudenza della Corte di giustizia non può, peraltro, sfuggire di osservare come tale organo presenti delle peculiarità che ne rendono, per certi versi, problematico il ruolo svolto all'interno di un ordinamento già di per sé connotato da numerose caratteristiche che inducono a considerarlo poco (o quasi per niente) democratico e, in ogni caso, ben lontano dai modelli costituzionali tipici degli Stati membri³⁰³. Una delle problematiche più evidenti attiene alla composizione della Corte di Lussemburgo: essa, infatti, al fine di garantire il principio di parità degli Stati nel diritto internazionale³⁰⁴, è costituita da un giudice per ciascun Paese³⁰⁵ ai quali si aggiungono undici avvocati generali. I giudici della Corte di Giustizia, ai sensi dell'art. 253 del TFUE³⁰⁶, sono eletti di comune accordo dai governi degli Stati membri tra «personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che riuniscano le condizioni richieste per

³⁰² Cfr. A. MORRONE, *Teologia politica v. Teologia economica*, op. cit., pag. 841.

³⁰³ Non bisogna, tuttavia, dimenticare che l'ordinamento europeo si basa, tra gli altri, sul principio dello Stato di diritto, per cui sarebbe privo di fondamento ritenere l'UE assolutamente priva dei caratteri tipici degli ordinamenti democratici.

³⁰⁴ Cfr. A. FUSCO, *L'indipendenza dei giudici di Lussemburgo e Strasburgo e i profili costituzionali del diritto processuale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2016, pag.757.

³⁰⁵ Essa si riunisce in seduta plenaria solo nei casi indicati tassativamente dai Trattati, solitamente, infatti, opera in Grande sezione, composta da 15 giudici, o in una delle varie sezioni che possono essere formate da 3 o da 5 giudici.

³⁰⁶ Il TFUE dedica la parte VI, Titolo I, Capo I sezione 5, alla disciplina del sistema giurisdizionale europeo il quale è costituito dalla Corte, dal Tribunale, che ha competenze più limitate rispetto alla Corte, così come previsto ex art. 256 TFUE. Infine, è altresì istituito il Tribunale per la funzione pubblica, il quale è competente per le controversie che dovessero sorgere tra l'Unione e i suoi agenti, ai sensi dell'art. 270 TFUE, comprese quelle tra gli organi o tra gli organismi e il loro personale.

l'esercizio, nei rispettivi Paesi, delle più alte funzioni giurisdizionali, ovvero che siano giureconsulti di notoria competenza».

Prima della nomina è previsto un parere circa la adeguatezza dei soggetti individuati dagli Stati a ricoprire tale ruolo, fornito da un comitato³⁰⁷ costituito da sette personalità selezionate tra *ex* membri della Corte e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notori competenza, tra i quali uno proposto dal Parlamento europeo. Ciascun giudice rimane in carica per sei anni, il mandato è rinnovabile, e ogni tre anni si procede ad un rinnovo parziale dei giudici e degli avvocati generali, secondo le modalità previste dallo Statuto della Corte di Giustizia³⁰⁸.

Riguardo alla funzione esercitata dal Giudice di Lussemburgo, si può rilevare come esso sia l'organo cui i Trattati affidano il compito di assicurare che il diritto dell'Unione venga interpretato e applicato nello stesso modo da parte di tutti gli Stati membri. Essa, peraltro, deve garantire che Stati e istituzioni europee si attengano al diritto definito dai Trattati³⁰⁹ e che ne sia data attuazione.

La composizione della Corte ha indotto parte della dottrina³¹⁰ a ritenere che la separazione dei poteri, non sia un principio vincolante dell'Unione europea³¹¹, dal momento che, secondo la teoria della tripartizione dei poteri, quello giudiziario dovrebbe essere necessariamente autonomo e indipendente da quello esecutivo³¹². Nel caso della

³⁰⁷ La necessità di creare un apposito organo cui affidare un controllo sulle personalità designate a ricoprire il ruolo di giudice dell'interno della Corte di giustizia emerse in maniera particolarmente evidente a partire dalla Convenzione n. 636 del 2003, in occasione della quale tale possibilità venne prospettata come strumento per perseguire l'indipendenza, la trasparenza e l'*accountability* delle Corti europee. Fino a quel momento, infatti, l'ordinamento europeo non prevedeva alcuno strumento per verificare se gli Stati membri avessero tenuto conto dei criteri relativi alla scelta dei giudici europei. Per tali considerazioni si rimanda a A. PERI, *La selezione dei giudici della corte di giustizia e del tribunale dell'Unione. I poteri ed i limiti del comitato ex art. 255 TFUE. Riflessioni sull'intervista al giudice Lord Baron Jonathan Mance*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2012, pag. 1472 e ss.

³⁰⁸ Protocollo n. 3.

³⁰⁹ Cfr. B. CARAVITA, *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, Giappichelli, 2015, pag. 75 e ss.

³¹⁰ Si veda A. ALGOSTINO, *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2009, pag. 844.

³¹¹ Secondo alcuni l'UE si caratterizza per avere una struttura a più livelli nella quale non vi è una vera sovra-ordinazione gerarchica, per cui ciò ha determinato un indebolimento anche dal punto di vista della separazione dei poteri. Si veda G. COFRANCESCO, *La separazione dei poteri nella prospettiva della democrazia liberale*, in *Separazione dei poteri e cultura dei diritti. Profili di diritto pubblico comparato*, G. COFRANCESCO e F. BORASI, Torino, Giappichelli, 2014, pag. 453. Secondo l'A., la Corte di giustizia parteciperebbe insieme al Consiglio europeo e al Parlamento alla funzione legislativa dell'EU, dal momento che le sue sentenze hanno un valore vincolante oltre al singolo caso concretamente deciso.

³¹² Tuttavia occorre sottolineare come il problema della separazione dei poteri interessi, altresì, ordinamenti che si reggono sui principi tipici dello Stato di diritto, in cui, ad esempio, l'autonomia

Corte di Giustizia, al contrario, come si è visto, i giudici sono nominati «di comune accordo dai governi dei Paesi membri», per cui non sarebbe garantita la loro imparzialità, come avviene, invece, nel caso di reclutamento tramite concorso, secondo criteri meritocratici.

Tentando di rispondere ad una delle obiezioni appena illustrate, e, in particolare, circa la paventata carenza di imparzialità dei giudici quale conseguenza della loro nomina ad opera dei Governi degli Stati membri, senza previo concorso pubblico, non sembra irragionevole equiparare, almeno da questo punto di vista, la composizione della Corte di Lussemburgo con quella di altri organi che pur svolgendo un funzione giurisdizionale non vengono costituiti a seguito di un concorso pubblico. Tra questi si pensi, ad esempio, alla Corte costituzionale italiana, i cui componenti derivano dall'elezione da parte del Parlamento in seduta comune e da quella delle supreme magistrature e da una nomina da parte del Presidente della Repubblica³¹³. Si deve, peraltro, sottolineare che la scelta di affidare la nomina dei giudici ai Governi e non ai Parlamenti degli stati membri parrebbe in perfetta sintonia con il complessivo impianto istituzionale europeo, nel quale i Parlamenti dei singoli Stati non sono rappresentati direttamente in alcuna istituzione europea e, anche a seguito delle novità apportate dal Trattato di Lisbona, svolgono prevalentemente funzioni di controllo e di garanzia. Se è vero che lasciare nelle mani degli esecutivi la scelta di organi di controllo giurisdizionale pone non irrilevanti problemi dal punto di vista della divisione dei poteri, della indipendenza del potere giudiziario, e, dunque, della sua imparzialità, tuttavia, al fine di verificare quanto tale modalità di scelta dei giudici sia idonea a rappresentare un effettivo *vulnus* all'imparzialità dell'organo, sarebbe utile verificare come concretamente i singoli ordinamenti procedano all'individuazione della persona da nominare. Infatti, potrebbero darsi ipotesi in cui i governi si facciano meri rappresentanti di un indirizzo in tal senso definito dai rispettivi Parlamenti³¹⁴. In ogni caso, come accennato, il diritto dell'Unione

e l'indipendenza della magistratura sono assicurate anche mediante la previsione di appositi organi di autogoverno, come accade nell'ordinamento italiano nel quale è presente il CSM. Spesso, infatti, i giudici intervengono a colmare le lacune normative attraverso la propria attività di interpreti del diritto, ricorrendo all'analogia *iuris* anche in casi in cui sarebbe opportuno il solo intervento del Legislatore. In questi casi, infatti, non sembrerebbe in pericolo il principio della separazione dei poteri e, conseguentemente, alla cui tutela esso è preposto?

³¹³ Anche all'interno di altri ordinamenti nazionali nella formazione delle Corti costituzionali è prevista la partecipazione degli organi di indirizzo politico.

³¹⁴ Peraltro anche negli Stati in cui è più marcata la separazione dei poteri non mancano esempi di come, talvolta, tale partizione non sia rigida ma, al contrario, conosca numerose intersezioni tra

europea prevede all'art. 255 TFUE³¹⁵ l'istituzione di un apposito organo preposto a controllare che i soggetti nominati siano idonei a ricoprire l'incarico, e la composizione composita di tale organo sembrerebbe suggerire che l'Unione europea abbia tentato di dare legittimazione alla Corte di giustizia, pur non prevedendo l'accesso per concorso³¹⁶. Accanto a chi ritiene che le regole relative alla formazione della Corte di giustizia possano determinare la lesione della divisione dei poteri e, dunque, siano idonee a compromettere l'imparzialità e la terzietà dei giudici europei, vi è chi, al contrario, guarda con favore al legame intercorrente tra i giudici e il proprio Paese d'origine. In particolare, la dipendenza culturale dal Paese di provenienza spingerebbe i giudici a lavorare secondo il metodo comparatistico nell'elaborazione del parametro di diritto europeo, dando vita ad una dialettica i cui risultati non possono definirsi aprioristicamente ma, diversamente, essi

Governo e Parlamento e i tribunali rimangono indipendenti pur in presenza di elementi di influenza anche nei loro confronti, quando, ad esempio, la loro composizione deriva dalla nomina da parte del Parlamento e del governo. Ciò che rileva, al di là della specifica organizzazione di una democrazia nazionale è l'idea fondamentale della separazione dei poteri, cioè l'impedimento dell'abuso del potere. Cfr. P. HÄBERLE, *Lo stato costituzionale*, op. cit. pag. 16-197. A tal fine i singoli Stati democratici prevedono varie misure per impedire l'abuso del potere, come, ad esempio, la disciplina delle incompatibilità, volta, cioè, ad evitare che il medesimo soggetto possa rivestire cariche all'interno di poteri diversi.

³¹⁵ «È istituito un comitato con l'incarico di fornire un parere sull'adeguatezza dei candidati all'esercizio delle funzioni di giudice e di avvocato generale della Corte di giustizia e del Tribunale, prima che i governi degli Stati membri procedano alle nomine in conformità degli articoli 253 e 254. Il comitato è composto da sette personalità scelte tra *ex* membri della Corte di giustizia e del Tribunale, membri dei massimi organi giurisdizionali nazionali e giuristi di notoria competenza, uno dei quali è proposto dal Parlamento europeo. Il Consiglio adotta una decisione che stabilisce le regole di funzionamento di detto comitato e una decisione che ne designa i membri. Esso delibera su iniziativa del presidente della Corte di giustizia.

³¹⁶ Sul punto può essere utile un richiamo a quanto analizzato da R. TONIATTI, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2010, pag. 1741 e ss. Tra i diversi sistemi nazionali non pare esservi omogeneità sul punto, dal momento che in alcuni casi le modalità di selezione dei giudici della Corte di giustizia sono contenute in disposizioni di rango costituzionale, come nel caso dell'Austria, mentre in altri casi esse sono disciplinate in virtù di una convenzione costituzionale intercorrente tra una pluralità di soggetti costituzionali. Inoltre, in taluni Stati l'atto della proposta è da imputarsi al Capo dello Stato, ovvero al Capo del Governo, oppure al Governo nella sua collegialità. Esistono, inoltre, Paesi in cui è prevista anche la partecipazione del Parlamento, come avviene in Portogallo, ove il Governo delibera solo dopo la formulazione della proposta da parte del Parlamento. Inoltre, alcuni Paesi, come l'Estonia, hanno previsto la pubblicazione dei nomi dei candidati al ruolo di giudici europei sui giornali, altri, invece, procedono a tale pubblicità facendo ricorso al sito internet del Ministro degli affari esteri e della giustizia. In Polonia, infine, si procede ad una vera e propria procedura concorsuale pubblica. Per ciò che riguarda l'Italia nel 2009, in occasione della scadenza del mandato del giudice Vladimiro Zagrebelsky, è stata pubblicizzata la vacanza della posizione presso la Corte di Strasburgo, inaugurando, così, una prassi di concertazione tra i Ministri della giustizia e degli affari esteri, coordinata dalla Presidenza del Consiglio. Si sottolinea, infine, come, tendenzialmente, le modalità di nomina che gli Stati stabiliscono per i giudici di Strasburgo siano le medesime per i giudici di Lussemburgo.

saranno determinati di volta in volta. Così operando, dunque, la Corte di giustizia potrà giungere a prospettive di particolare rilievo nell'ambito del processo di integrazione europea, il quale, proprio grazie all'apporto delle singole culture nazionali, reso possibile dalla presenza di giudici provenienti da diversi contesti statali, consiste in una continua rigenerazione del patrimonio comune³¹⁷.

Quanto sin qui evidenziato non vale, comunque, a fugare del tutto i dubbi circa la natura e il funzionamento della Corte di giustizia. Si deve, però, precisare che i Giudici non rappresentano gli Stati, né tantomeno il proprio Stato di appartenenza, e, inoltre essi sono indipendenti ai sensi del Trattato, oltre che, si potrebbe sostenere, per la natura propria della funzione svolta³¹⁸. Tuttavia, per fugare dubbi circa le paventate ricadute sul piano della separazione dei poteri a causa della provenienza dei componenti della Corte di giustizia sarebbe interessante, oltre che di notevole utilità, svolgere un'indagine comparatistica al fine di verificare se altri ordinamenti democratici diversi da quello costituzionale italiano prevedano l'elezione dei giudici in luogo del reclutamento tramite concorso pubblico e, nel caso di risposta affermativa, da quali organi vengano effettivamente eletti³¹⁹.

³¹⁷ Cfr. A. FUSCO, *L'indipendenza dei giudici di Lussemburgo e Strasburgo e i profili costituzionali del diritto processuale*, op. cit., pag. 768. Sulla compatibilità tra soggezione all'ordinamento di origine e indipendenza del giudice si veda, altresì, R. TONIATTI, *L'indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2010, pag. 1739.

³¹⁸ Cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci editore, 2016, pag. 198.

³¹⁹ Un esempio fra tutti potrebbe risultare di rilevante interesse, ovverosia il caso degli USA. La Corte suprema americana, infatti, è composta da giudici nominati a vita da parte del Presidente degli Stati Uniti e tale nomina deve ricevere il consenso del Senato. Si potrebbe obiettare che l'esempio non è pertinente, poiché il sistema costituzionale degli Stati Uniti è profondamente diverso da quello dell'ordinamento caratterizzante l'Unione europea e che, in ogni caso, la nomina proveniente dal potere esecutivo riceve una sorta di ratifica da parte del Senato e che, inoltre, il Presidente stesso è eletto direttamente dai grandi elettori, per cui, in sostanza, il suo potere risulta legittimato direttamente dal popolo. Tuttavia, si ritiene che, per quanto possa essere forse azzardato un simile paragone, tale esempio permette di rilevare come in effetti ciascun ordinamento sia caratterizzato da peculiari istituti che, se guardati da punti di vista diversi, sono suscettibili di presentarsi come lesivi dei principi posti alla base della democrazia. Tale impostazione deve valere anche per l'Unione europea, la quale, si è ampiamente detto, non è uno Stato, presenta caratteristiche proprie che la rendono un ordinamento *sui generis*, per cui le categorie utilizzate dal diritto costituzionale si rivelano al tempo stesso utili e fuorvianti, poiché i tratti essenziali di un ordinamento costituzionale non sempre risultano perfettamente fungibili anche per lo studio del sistema europeo. Sulle differenze tra la concezione della divisione dei poteri tra USA e Paesi europei si rimanda a G. COFRANCESCO, *La concezione statunitense della separazione dei poteri, ovvero il check and balances*, op. cit., pag. 59 e ss. Sulla difficoltà di applicare le categorie tradizionali del diritto degli Stati nazionali nello studio delle istituzioni internazionali e sovranazionali si veda, altresì, A. FUSCO, *L'indipendenza dei giudici di Lussemburgo e Strasburgo e i profili costituzionali del diritto processuale*, op. cit., pag. 767.

Infine, pare opportuno sottolineare come, ad oggi, le procedure di selezione dei giudici europei rimangono difficilmente conoscibili. In generale, ad eccezione della sola Gran Bretagna, gli Stati membri non hanno effettuato modifiche particolarmente rilevanti all'interno dei propri ordinamenti in tale materia, la quale è tuttora caratterizzata da scarsa trasparenza, alta politicizzazione e stretto legame con gli esecutivi³²⁰.

La figura degli avvocati generali, inoltre, risulta peculiare, in quanto essi, ai sensi dell'art. 252, comma 2, del TFUE³²¹ sono chiamati a esprimere le proprie conclusioni motivate in merito a cause individuate dallo statuto della Corte. Essi agiscono in totale indipendenza e sono stati definiti come "*amici curiae*", in quanto svolgono la funzione di rappresentare l'interesse, non già dell'Unione, ma quello imparziale del rispetto del diritto. Gli avvocati generali, ai quali si applicano le disposizioni relative alla nomina e allo *status* dei giudici,³²² rappresentano, dunque, i difensori del diritto e non una parte in causa e le loro conclusioni, sebbene spesso si caratterizzino per una apprezzabile completezza circa le problematiche poste al centro del caso pendente innanzi alla Corte di giustizia, non sono vincolanti per quest'ultima, la quale può decidere in totale autonomia³²³. Tuttavia, già a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Nizza, il loro ruolo ha subito una contrazione, dal momento che il loro intervento non è più sempre necessario.

Di sicuro interesse si presenta, altresì, il rinvio pregiudiziale³²⁴, attraverso il quale un giudice di uno Stato membro chiede alla Corte di giustizia di dare un'interpretazione ufficiale di un atto di diritto dell'UE, ovvero una decisione circa la validità di tale atto³²⁵. La Corte nell'esercizio di tale funzione non riveste il ruolo di Corte d'appello e,

³²⁰ Cfr. A. PERI, *La selezione dei giudici della corte di giustizia e del tribunale dell'Unione*, op. cit., pag. 1483.

³²¹ «L'avvocato generale ha l'ufficio di presentare pubblicamente, con assoluta imparzialità e in piena indipendenza, conclusioni motivate sulle cause che, conformemente allo statuto della Corte di giustizia dell'Unione europea, richiedono il suo intervento».

³²² Cfr. U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, op. cit. pag. 198; M. Fragola, *Nozioni di diritto dell'Unione europea: l'ordinamento giuridico, il sistema istituzionale, la carta dei diritti*, Milano, Giuffrè 2012, pag. 35.

³²³ Come precisato dalla Corte di giustizia al punto 57 della sentenza del 18 luglio 2013, emessa a conclusione delle cause C-584/10 P, C-593/10 P e C-595/10 P, *Commissione e altri c. Kadi*, «La Corte non è vincolata né dalle conclusioni dell'avvocato generale né dalla motivazione in base alla quale egli vi perviene (v. sentenza del 22 novembre 2012, E.ON Energie/Commissione, C-89/11 P, punto 62 e giurisprudenza citata)».

³²⁴ Nella soluzione delle questioni pregiudiziali, la Corte ha potuto, da un lato, stabilire la premessa maggiore del sillogismo dei giudici nazionali, dall'altro, ha introdotto nei circuiti nazionali i valori costituzionali che di volta in volta ha elaborato, cfr. F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto italiano*, op. cit., pag. 7.

³²⁵ Cfr. M. BROBERG, N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of Justice*, op. cit., pag. 1.

soprattutto, non ha alcuna competenza sul procedimento principale in corso davanti al giudice del rinvio

La Corte di Giustizia assume, nel dibattito dottrinale che si è creato all'indomani dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, un ruolo centrale nel processo evolutivo dell'Unione europea, tanto da spingere alcuni a vedere in essa una specie di giudice costituzionale nella misura in cui al Giudice di Lussemburgo è affidato il ruolo nomofilattico³²⁶, poiché, come si è precedentemente accennato, essa è preposta a vegliare e a garantire una corretta ed uniforme applicazione del diritto europeo da parte dei Paesi membri, oltre che a verificare che gli atti dell'UE siano stati adottati nel rispetto dei Trattati e della Carta di Nizza. Peraltro, la funzione nomofilattica è stata esercitata dalla Corte anche nella materia dei diritti fondamentali ancora prima che l'Europa si fornisse di una carta dei diritti, i quali, a loro volta, rappresentano il nucleo attorno al quale si forma una Carta costituzionale³²⁷.

Fra le varie attribuzioni della Corte di giustizia il rinvio pregiudiziale è lo strumento a cui gli Stati hanno fatto ricorso in maniera sempre più consistente nel corso degli anni³²⁸. Proprio il diretto rapporto che è venuto ad instaurarsi tra Corte di Giustizia e giudici comuni degli Stati membri³²⁹ - i quali sono tenuti ad effettuare un'interpretazione conforme al diritto europeo e laddove ciò non sia possibile devono disapplicare il diritto interno contrastante con quello europeo - ha di fatto reso la Corte di Giustizia il solo e vero autore dell'interpretazione autentica del diritto comunitario, dato che la disapplicazione comporta il mancato intervento da parte delle Corti costituzionali. È

³²⁶ Della funzione nomofilattica svolta dalla Corte parla anche B. CARAVITA, in *Quanta Europa c'è in Europa?*, op. cit., pag. 83

³²⁷ Sul punto si rimanda a V. PICCONE, *Il Giudice e l'Europa dopo Lisbona*, in *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione*, op. cit., pag. 105.

³²⁸ Per quanto riguarda più direttamente il rapporto tra giudici italiani e Corte di Lussemburgo, si deve necessariamente fare riferimento al rinvio pregiudiziale sollevato nel 2013 da parte della Corte costituzionale, la quale, superate le proprie reticenze in merito - che le impedivano di adire il Giudice europeo in quanto essa non considerava il proprio ruolo al pari di quello incarnato dalle magistrature di ultima istanza - ha presentato un ricorso in via pregiudiziale relativamente alla disciplina italiana sui contratti a tempo determinato nel settore della scuola pubblica. Prima di tale occasione, infatti, la Corte costituzionale aveva posto l'accento sulle numerose e varie peculiarità che la teneva distinta dagli altri organi giudiziari, ordinari e speciali. Il "caso Mascolo" sarà oggetto di specifica analisi nel capitolo III.

³²⁹ Ad essi la Corte di giustizia ha voluto affidare il ruolo di «organi giurisdizionali comuni del diritto europeo» in quanto agli stessi è stato attribuito il compito di svolgere una prima delibazione delle questioni europee, per cui la fase nazionale, secondo alcuni, rappresenterebbe quasi una giurisdizione europea di prima istanza. Sul punto di veda P. CHITI, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2012, pag. 746.

evidente, dunque, come tale organo giurisdizionale abbia finito per svolgere un fondamentale ruolo nel processo di integrazione tra gli ordinamenti interni e quello europeo, tanto da indurre parte della dottrina a definirlo come un'operazione di «costruzione costituzionale»³³⁰.

Particolare attenzione merita, inoltre, la natura stessa delle sentenze della Corte di giustizia, dal momento che esse fanno parte dell'*acquis* comunitario e, dunque, il loro effetto è vincolante *erga omnes*. Proprio tale peculiarità fa sì che esse siano annoverate tra le fonti derivate dell'Unione europea, con evidenti ricadute, non solo all'interno dell'ordinamento europeo ma, altresì, dei singoli Paesi membri. Peraltro, le sentenze interpretative svolgono un ruolo del tutto particolare nei confronti del giudice nazionale al quale non rimane altra strada se non la disapplicazione della normativa nazionale eventualmente dichiarata in contrasto con il diritto europeo: l'effetto, inoltre, opera *ex tunc*, svolgendo i suoi effetti dal momento in cui la norma europea è entrata in vigore. Tuttavia, la Corte, in determinate occasioni, ha affermato la propria competenza, ai sensi dell'art. 264 TFUE a prevedere una limitazione temporale degli effetti delle sue pronunce al fine di evitare che alcuni soggetti possano subire una indebita compromissione della propria tutela giurisdizionale.

Nonostante la presenza del Tribunale di I grado, tuttavia la Corte rimane l'organo giudiziario di maggior rilievo nel sistema giurisdizionale dell'Unione europea, e tale preminenza deriva proprio dalla competenza in materia di rinvii pregiudiziali, in quanto nell'esercizio di tale attribuzione essa ha la possibilità di “dire l'ultima parola” circa i ricorsi presentati dalle istituzioni³³¹.

Dal momento, dunque, che in Europa la tutela dei diritti fondamentali è stata ormai assurta a livello di fonti originarie dell'ordinamento e che il loro rispetto e la loro garanzia sono rimessi direttamente nelle mani della Corte di Giustizia, secondo parte della dottrina, può dirsi che la salvaguardia delle libertà fondamentali è stata ormai estromessa dal controllo degli Stati e, dunque, sfugge alla logica intergovernativa. In questo si dovrebbe vedere una avvenuta costituzionalizzazione dell'Unione europea, i cui risultati erano evidenti prima ancora dell'entrata in vigore del Trattato di Nizza; l'opera così svolta dalla Corte di giustizia non può dirsi compiuta ma, al contrario, risulta essere in continuo divenire rivelando la natura della Costituzione europea come atto e come

³³⁰ Cit. M. CARTABIA – J. WEILER, *L'Italia in Europa*, op. cit., pag. 221.

³³¹ Cfr. P. CHITI, *La giurisdizione*, in *Le nuove istituzioni europee*, op. cit., pag. 381.

processo assieme³³².

La Corte di giustizia ha sostanzialmente contribuito all'espansione della propria funzione e del proprio rilievo all'interno dell'ordinamento europeo poiché, attraverso la propria giurisprudenza, ha saputo riconfigurare il proprio ruolo in una "quasi giurisdizione costituzionale europea"³³³. Peraltro, secondo alcuni, nell'attuale contesto generato dalla crisi economica, il quale ostacola la capacità decisionale del processo politico che viene sostituito da accordi frutto di difficili compromessi, di fatto viene scaricato sulle Corti l'onere di definire le regole, per cui la Corte di giustizia si troverebbe a confrontarsi con due forze opposte: da un lato la debolezza politica che pone la Corte al centro di scelte di forte impatto politico e sociale; dall'altro, contestualmente, si incrementa la contestabilità delle decisioni giudiziarie e la rigidità dei loro esiti³³⁴. Nell'attuale fase storica, infatti, sempre più spesso la politica fatica a dare risposte adeguate alle varie istanze provenienti da una società sempre più pluralista e frammentata e, in tale contesto, i giudici non si limitano a dirimere le controversie servendosi di un rigorosa applicazione delle regole decise dal legislatore, ma, talvolta, intervengono a colmare i vuoti lasciati dai poteri politici e dalle istituzioni a ciò preposte, rendendo, così, incerto il confine tra il corretto esercizio di una funzione affidata al potere giudiziario e l'esercizio *ultra vires* delle funzioni attribuite, con ulteriori possibili conseguenze sul piano della certezza del diritto e del principio di eguaglianza.

Ci si potrebbe chiedere se il lavoro della Corte di giustizia contribuisce a render sempre più evidente il deficit democratico dell'UE, oppure se attraverso la sua opera le politiche assunte da organi sempre più tecnocratici ricevono una maggiore legittimazione. Se fosse vera tale ipotesi, quale sarebbe la fonte di legittimazione democratica delle decisioni della Corte?

Le osservazioni qui svolte hanno messo in evidenza la difficoltà che si riscontra, da un lato, nell'individuare la forma e la giustificazione dell'ordinamento giuridico europeo, e, dall'altro, i confini tra poteri dello Stato e poteri dell'Unione. Ma se i dubbi emersi si dimostrano ancora per molti versi irrisolvibili, o comunque destinati a suscitare più

³³² Cfr. A. RUGGERI, *Una costituzione e un diritto costituzionale per l'Europa unita*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, op. cit., pag. 14.

³³³ Cfr. P. COSTANZO, *L'ordinamento giudiziario e la giurisdizione costituzionale*, in *Lineamenti di diritto costituzionale per l'Europa*, op. cit., pag. 327.

³³⁴ Cfr. M. POIARES MADURO e LOÏC AZOULAI, *The past and future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Portland, Hart Publishing, 2010, pag. XIX.

perplexità che certezze, che cosa si può dire dal lato dei destinatari ultimi dei rapporti che risultano dall'intreccio di norme che costituiscono l'Unione europea? Che posto rivestono le persone, quale attenzione è loro riservata da parte delle istituzioni europee? Il fatto che i diritti sociali siano collocati, oggi, anche all'interno della Carta di Nizza vale a rendere tali diritti più vulnerabili, a garantire in maniera più ridotta la loro protezione?

A ben vedere, il discorso sui diritti può trovare spazio in maniera quasi "naturale" nel mondo globalizzato, o meglio, essi, per propria stessa natura, sfuggono alla mera tutela statale a causa del proprio carattere universale. Si potrebbe, infatti, sostenere che i diritti umani prescindono dallo Stato in quanto appartengono all'uomo in quanto tale e, pertanto, lo Stato non può essere il solo soggetto preposto alla loro tutela e garanzia. Tuttavia, lo stesso discorso può essere fatto anche per quei diritti che sebbene fondamentali non possano, però, essere considerati universali? I diritti sociali, cioè, possono esistere al di fuori dello Stato? La questione non sembra di pronta soluzione, ma, al contrario, è certamente in grado di suscitare molteplici riflessioni e ulteriori quesiti. I diritti sociali hanno bisogno di un sistema che li renda effettivi, che predisponga cioè infrastrutture, che effettui investimenti, che garantisca la prestazione di determinati servizi. È possibile, dunque, attendersi tali prestazioni in una dimensione che non sia lo Stato? E, inoltre, se è vero che i diritti sociali non possono dirsi categoria completamente corrispondente a quella di diritti umani, tuttavia, nella misura in cui i diritti sociali sono necessari a garantire gli strumenti utili per la piena realizzazione della persona umana, non possono essere considerati come universali?

Se i diritti umani, intesi come "diritti fondamentali globali" rappresentano una sorta di *ius commune* di tipo materiale idoneo ad affermarsi, con i caratteri della sovranità dello Stato, in una dimensione sovra-statale, quasi come se gli stessi fossero un nuovo sovrano, restringendo il campo d'indagine e passando dal livello globale a quello europeo, i diritti sociali, e in particolare i diritti dei lavoratori, in quanto strettamente connessi ai principi fondamentali dell'ordinamento UE - a partire dalle quattro libertà fondamentali economiche - possono rappresentare lo *ius commune* sul quale possa fondarsi il costituzionalismo europeo³³⁵?

³³⁵ Si consideri, peraltro, che il Trattato di Roma riconosceva la libertà di circolazione come prerogativa di una determinata categoria di persone, ovvero a coloro che possedevano lo *status* di lavoratore, in particolare il lavoratore migrante. Tale libertà, dunque, era corredata di due principi essenziali, quali il principio della parità di trattamento nella garanzia di condizioni di lavoro e quello della portabilità delle posizioni previdenziali eventualmente già attive nello Stato

Per rispondere a queste e alle altre domande sin qui sorte sarà utile verificare quale sia il punto di vista della Corte di Giustizia in materia. Peraltro, tra gli obiettivi posti alla base di tale indagine, vi è anche quello di verificare se alla luce della Carta di Nizza, i diritti sociali, in particolare i diritti dei lavoratori, siano considerati dalla Corte di giustizia come limiti per la *governance europea*; si vuole, cioè, verificare se la Corte arrivi a dichiarare norme l'incompatibilità tra fonti del diritto dell'UE in materia economico-finanziaria, ovvero fonti degli Stati membri adottate per dare attuazione alle prime, per contrasto con i diritti sociali garantiti dalla Carta di Nizza.

Dallo studio della giurisprudenza, la Corte di giustizia risulterà essere davvero l'organo che più degli altri contribuisce al processo di integrazione europea?

di provenienza. Sul punto si rimanda a E. ALES, *Diritti sociali nella discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, op. cit., pag. 476. Si potrebbe, forse, sostenere che i diritti sociali dei lavoratori, dunque, a prescindere da una loro positivizzazione ad opera del legislatore europeo, godono di una posizione storicamente privilegiata rispetto agli altri appartenenti alla più ampia categoria di diritti di prestazione.

CAPITOLO III

I diritti sociali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Sommario: **1.** Il bilanciamento tra libertà economiche fondamentali e diritti sociali prima del Trattato di Lisbona. Brevi considerazioni a margine del c.d. *Laval Quartet* – **2.** Il *dumping sociale* a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona – **3.** La sicurezza sociale dei lavoratori nello spazio europeo. a) Introduzione - **3.1.** (*segue*). b) I diritti previdenziali declinati secondo il principio di non discriminazione - **3.2.** (*segue*). c) I diritti previdenziali in funzione delle libertà fondamentali dell'UE **4.** Problematiche relative ai contratti di lavoro a tempo determinato - **4.1.** (*segue*). Un *case study*: il caso dei precari della scuola italiana tra Corte di giustizia e Corte costituzionale - **5.** La tutela della sfera privata del lavoratore: orario di lavoro e conciliazione vita familiare e professionale a) Quadro generale – **5.1.** (*segue*). b) Il diritto alle ferie retribuite e l'efficacia orizzontale delle direttive: il caso "Dominguez" - **5.2.** (*segue*). c) Il lavoro in itinere rientra nell'orario di lavoro - **5.3.** (*segue*). d) Il diritto alla conciliazione vita lavorativa – vita familiare. La giurisprudenza in materia di congedi parentali - **5.4.** (*segue*). e) Sul congedo di maternità e sui dubbi di legittimità della Direttiva 92/85 – **6.** La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al fenomeno del "welfare shopping" e le implicazioni sul piano della cittadinanza europea – **7.** Il principio di uguaglianza nell'ambito della tutela dei diritti dei lavoratori – **8.** La Corte di giustizia davanti alle nuove istanze in materia di diritti sociali

1. Il bilanciamento tra libertà economiche fondamentali e diritti sociali prima del Trattato di Lisbona. Brevi considerazioni a margine del c.d. "Laval Quartet"

La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di diritti sociali nel periodo della crisi economica può dirsi inaugurata a partire dal c.d. "*Laval quartet*", per cui, sebbene tali sentenze siano state emesse prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si reputa imprescindibile un, seppur breve, riferimento alle stesse, sia perché esse hanno avuto una forte eco all'interno del dibattito dottrinale, sia perché possono rappresentare un utile termine di paragone per verificare se, e in che modo, la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia subito variazioni a causa del nuovo valore rivestito dalla Carta di Nizza.

Il caso *Viking*³³⁶ trae origine da un ricorso in via pregiudiziale avente ad oggetto la l'interpretazione, da un lato, dell'art. 43 TCE e, dall'altro, del Regolamento CEE del Consiglio del 22 dicembre 1986, n. 4055 che prevedeva l'applicazione del principio della libera prestazione dei servizi anche ai trasporti marittimi tra Stati membri e tra Stati membri e Paesi terzi. La vicenda dalla quale è stato avviato il procedimento vedeva contrapposti da un lato un sindacato dei lavoratori marittimi finlandese (FSU) e dall'altro la *Viking Line ABP (Viking)* e una società da essa controllata, la *OÜ Viking Line Eesti*. La *Viking*, società finlandese operante nel settore dei trasporti via mare, garantiva il collegamento tramite traghetti della rotta Tallin-Helsinki. Essa aveva subito delle perdite nella gestione dei propri affari a causa della concorrenza esercitata dalle compagnie di traghetti battenti bandiera estone, avvantaggiate dai salari più bassi dei propri dipendenti rispetto a quelli finlandesi. Per tale motivo, dunque, la *Viking* aveva intenzione di cambiare bandiera alla propria nave "Rosella", in modo da poter applicare il diritto estone, o quello norvegese, e, conseguentemente, ridurre i salari ai propri dipendenti.

Nel tentativo di perseguire tale progetto, la *Viking* verso il finire del 2003 comunicava le proprie intenzioni al FSU, secondo le regole stabilite dal diritto finlandese. Orbene, il sindacato dei lavoratori, appresa l'intenzione della compagnia marittima, aveva immediatamente manifestato il proprio dissenso, in quanto, laddove fosse andato a buon fine il cambio di bandiera della *Viking*, i suoi dipendenti, tutti iscritti al sindacato in questione, avrebbero subito un peggioramento delle proprie condizioni di lavoro.

La FSU, affiliata all'ITF³³⁷, aveva messo al corrente quest'ultima della decisione della *Viking* e aveva, altresì, richiesto che la federazione sindacale comunicasse a tutti i sindacati affiliati di non dare avvio a trattative con la società finlandese. Tale richiesta veniva accolta dalla ITF la quale, il 6 novembre 2003, inviava una comunicazione a tutti i propri affiliati, invitandoli a non entrare in trattative con la *Viking*. Pochi giorni dopo, l'accordo sindacale tra la *Viking* e la FSU scadeva e, dunque, quest'ultima risultava non più tenuta al rispetto dell'obbligo di pace sociale imposto dal diritto finlandese³³⁸, per cui

³³⁶ C-348/05, *International Transport Workers' Federation Finnish Seamen's Union vs Viking Line ABP, OÜ Viking Line Eesti*, sentenza dell'11.12.2007.

³³⁷ Essa è una federazione di sindacati dei lavoratori del settore dei trasporti, di cui fanno parte 600 sindacati appartenenti a 140 Stati diversi, avente sede nel Regno Unito. Tale federazione, viene specificato nella sentenza della Corte di giustizia, persegue politiche particolarmente attive nella lotta al cambio di bandiera da parte delle compagnie di trasporto marittimo, proprio al fine di contrastare le scelte da queste ultime assunte al solo fine di trarre maggiori profitti dalla bandiere "di convenienza".

³³⁸ Il diritto sindacale finlandese, infatti, contempla lo sciopero come *extrema ratio* in quanto

annunciava uno sciopero volto ad ottenere che la *Viking* aumentasse di 8 unità l'equipaggio della Rosella e restasse sotto la bandiera finlandese. La società accettava la prima delle richieste, rigettando, invece la seconda.

Il sindacato³³⁹, tuttavia, non ritenendo adeguatamente tutelati gli interessi dei lavoratori affiliati, annunciava che non avrebbe rinnovato l'accordo se non a patto che la *Viking*, a prescindere dall'eventuale cambio di bandiera, avesse continuato ad operare sotto la vigenza del diritto finlandese. In tale modo, dunque, il sindacato intendeva neutralizzare l'effetto che, al contrario, la *Viking* voleva ottenere, consistente, cioè, nella possibilità di battere la concorrenza delle compagnie estoni, attraverso una diminuzione dei salari dei propri dipendenti.

La *Viking* si rivolgeva, pertanto, al giudice del lavoro per sentire dichiarare che l'accordo sindacale con la FSU era ancora valido e vincolante; successivamente presentava un ricorso al Tribunale di I grado di Helsinki per impedire lo sciopero annunciato dal sindacato. Davanti al persistente rifiuto del sindacato di accettare le condizioni proposte dalla *Viking*, e, altresì, stante il perdurante sciopero indetto dalla FSU, la società finlandese decideva di accettare le condizioni da quest'ultima avanzate e abbandonava l'azione giudiziaria, impegnandosi a non operare il cambio di bandiera prima del 28 febbraio 2005. Tuttavia, la circolare della ITF non era mai stata ufficialmente ritirata, per cui laddove la *Viking* avesse voluto nuovamente avviare il procedimento di modifica della bandiera a favore di quella estone³⁴⁰ si sarebbe imbattuta nella situazione previgente, provocando dunque lo sciopero dei propri dipendenti. Essa, pertanto, agiva davanti alla *High Court of Justice*³⁴¹, *Queen's Bench Division*, per chiedere la revoca della circolare in questione e l'ingiunzione alla federazione sindacale a non ostacolare i diritti spettanti alla *Viking* ad opera del diritto comunitario, tra cui la libertà di stabilimento, tutelata dall'art. 43 TCE e, in subordine, la libertà di prestazione dei servizi e la libera circolazione dei

sussiste la "clausola di pace" sottoscritta dalle parti firmatarie dei contratti collettivi e vige sino alla scadenza di questi ultimi.

³³⁹ In Finlandia nel settore edile è diffuso il ricorso ad imprese aventi sede in altri Paesi membri e tale prassi fa emergere una segmentazione del mercato del lavoro dovuta alla competizione fra regimi normativi e salariali, come evidenzia S. SCIARRA, *L'Europa e il lavoro*. op. cit., pag. 58. I sindacati finlandesi, dunque, devono essere capaci di tutelare adeguatamente i propri iscritti e, allo stesso tempo, di non lasciare i lavoratori più vulnerabili, soprattutto quelli provenienti dai Paesi baltici, privi di rappresentanza.

³⁴⁰ L'Estonia nel 2004 era entrata a far parte dell'UE.

³⁴¹ La federazione sindacale, infatti, aveva sede nel Regno Unito.

lavoratori, garantite *ex artt.* 49 e 39 TCE. La *High Court* accoglieva tale ricorso, impugnato successivamente dal ITF e dalla FSU.

Il ricorso sollevato dalla ITF e dalla FSU avverso la decisione della *High Court* si basava sull'argomentazione in base alla quale l'azione collettiva avviata per tutelare i posti di lavoro rappresentava un diritto fondamentale tutelato dall'art. 136 CE il quale, peraltro, faceva espresso richiamo alla Carta sociale europea del 1961 e alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, dal che derivava che il Trattato attraverso tali richiami intendesse riconoscere e tutelare il diritto di sciopero sancito in tali documenti.

La Corte, dunque, è stata chiamata dalla *Court of appeal (England and Wales – Civil Division)* a rispondere a numerosi quesiti così sintetizzabili: 1) innanzitutto è stato chiesto alla Corte se l'azione collettiva intrapresa da un sindacato o da un'associazione di sindacati volta ad ottenere da una impresa di diritto privato la sottoscrizione di un accordo collettivo con il quale si impedisce alla stessa di esercitare la libertà di stabilimenti rientri nella sfera dell'art. 43 TCE; 2) se tale disposizione conferisca ad un'impresa privata diritti opponibili ai sindacati; 3) se l'azione collettiva in oggetto costituisca restrizione della libertà di stabilimento e se, eventualmente, sia illegittima.

Innanzitutto la Corte dichiara irricevibile la questione vertente sull'interpretazione delle norme dei Trattati in tema di libertà di stabilimento, e del Regolamento n. 4055/86 sul principio della libera prestazione dei servizi, dal momento che non era ancora avvenuto il cambio di bandiera, per cui la questione pregiudiziale si rivela posta in via del tutto ipotetica. La Corte, dopo aver chiarito che le azioni collettive come quelle al centro del caso *a quo* rientrano nella previsione dell'art. 43 TCE, dichiara che il diritto di sciopero, definito in numerosi documenti di diritto internazionale ai quali gli Stati membri hanno aderito, tra i quali anche le due Carte richiamate dall'art. 136 TCE, rappresenta un diritto fondamentale facente parte dei principi fondamentali dell'Unione europea, sottoponibile, però, ad alcune limitazioni³⁴², in virtù del rispetto dei Trattati, dei diritti in essi contenuti e del principio di proporzionalità.

Che cosa succede dunque, quando il diritto di sciopero viene utilizzato da un sindacato per impedire ad un datore di lavoro di avvalersi di un diritto comunitariamente riconosciuto, quale la libertà di stabilimento, per il perseguimento di un vantaggio economico? È sostanzialmente questo il contrasto che viene a crearsi tra le diverse e

³⁴² Cfr. punti 44 e seguenti della motivazione della sentenza.

contrapposte istanze delle parti in causa, poiché entrambe godono di un diritto riconosciuto dall'ordinamento dell'UE, tuttavia, l'esercizio di uno rischia di inibire o di frustrare quello dell'altro. In questo caso, si è davanti ad un conflitto tra un diritto sociale ad azione collettiva e un diritto fondamentale economico: quale sarà la tecnica utilizzata dalla Corte per giungere alla soluzione del conflitto?

Rispondendo alla prima delle questioni pregiudiziali la Corte, innanzitutto, chiarisce che gli articoli 39, 43 e 49 CE si applicano a qualsiasi normativa diretta a disciplinare collettivamente il lavoro subordinato, il lavoro autonomo e le prestazioni di servizi, per cui esse trovano applicazione anche nei confronti di organizzazione collettive da parte dei sindacati nella misura in cui queste di fatto contribuiscono a disciplinare il diritto del lavoro. Pertanto, in linea di principio l'art. 43 non esclude dal proprio ambito di applicazione una azione collettiva volta ad indurre un'impresa a sottoscrivere un contratto collettivo il cui contenuto sia tale da dissuaderla dall'avvalersi della libertà di stabilimento.

In merito alla seconda questione pregiudiziale la Corte ritiene che l'art. 43 TCE conferisce ad un'impresa privata diritti opponibili ad un sindacato o ad una associazione di sindacati. Infine, rispetto al terzo gruppo di quesiti la Corte, innanzitutto, si sofferma ad evidenziare che, dal momento che la *ratio* della libertà di stabilimento sta nella possibilità di usufruire di migliori condizioni offerte dal Paese ospitante, impedire il godimento di tale possibilità vanificherebbe la finalità della libertà stessa. Le azioni collettive intraprese dal sindacato finlandese e dalla federazione erano, dunque, a idonee a limitare l'esercizio della libertà di stabilimento della *Viking*, poiché essa miravano ad impedire la libertà degli armatori di immatricolare le navi in uno Stato diverso da quello di erano cittadini i proprietari della nave, impedendo, così, il ricorso alle c.d. bandiere di convenienza. Posta, dunque, la capacità delle azioni collettive di limitare l'esercizio della libertà economica di cui si discute, tale restrizione può essere giustificata ai sensi del diritto europeo? Affinché la libertà di stabilimento possa essere legittimamente limitata, la Corte sottolinea come occorra che vi sia un obiettivo da perseguire e che lo stesso sia legittimo e compatibile con il Trattato - oltre a ragioni imperative di interesse generale - e che, inoltre, venga rispettato il principio di proporzionalità. La Corte ritiene che, in linea di principio, un'azione collettiva volta alla tutela dei lavoratori costituirebbe una legittima limitazione della libertà economica. Inoltre, dal momento che l'Europa non coincide esclusivamente con un mercato unico ma, al contrario, essa persegue anche una politica sociale, volta alla promozione di «uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile delle

attività economiche» e «un elevato livello di occupazione e di protezione sociale», i diritti fondamentali e le libertà economiche fondamentali devono essere tra loro bilanciate, segno, questo, del fatto che la Corte ritiene le due categorie poste sullo stesso piano. Tale bilanciamento, però, deve essere operato dopo aver considerato se, in concreto, l'azione del sindacato fosse opportuna ed effettivamente volta alla tutela dei lavoratori, ma tale decisione è rimessa alla discrezionalità del giudice del rinvio, dal momento che non sembrerebbero sussistere parametri oggettivi per verificare *ex ante* se una data azione collettiva possa risultare effettivamente utile e funzionale alla tutela dei diritti dei lavoratori. Al giudice del rinvio, la Corte affida il duplice compito di verificare, da un lato, se il cambio di bandiera avrebbe potuto effettivamente rappresentare un pericolo per i posti di lavoro dei dipendenti della *Viking*, laddove fosse stato eseguito; dall'altro, nel caso di esito positivo della prima verifica, quello di accertare se l'azione sindacale intrapresa dal sindacato fosse proporzionale allo scopo perseguito. Per effettuare tale ultimo accertamento, il Giudice deve valutare se, alla luce della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili, l'azione concretamente intrapresa fosse l'unica disponibile o se, al contrario, vi fosse la possibilità di ricorrere a misure meno limitative³⁴³ e se, in ogni caso, il sindacato avesse previamente posto in essere tutte le azioni volte ad evitare il ricorso all'azione collettiva.

Alla luce di tali considerazioni, dunque, le azioni collettive possono limitare la libertà di stabilimento soltanto nell'ipotesi in cui «sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo»³⁴⁴. A ben vedere, dunque, il bilanciamento deve essere fatto tra due diritti posti formalmente sullo stesso piano, tuttavia, nel momento applicativo occorrerà sottoporre la libertà di azione collettiva ad un rigoroso scrutinio alla luce del quale verificare la sua legittimità rispetto ad una libertà economica che, al contrario, risulta già di per sé esente da qualsivoglia profilo di problematicità, dal momento che al giudice del rinvio nulla viene indicato dalla Corte. Inoltre, il giudice nazionale chiamato a svolgere tale test potrebbe incorrere in contraddizioni, soprattutto nel caso in cui l'ordinamento di riferimento regoli il diritto di sciopero entro i limiti calibrati su altri diritti fondamentali e non sulle libertà economiche³⁴⁵

³⁴³ La Corte, però, non suggerisce al Giudice di valutare se accanto ad una minore forza limitativa della libertà di stabilimento, le azioni alternative allo sciopero debbano essere parimenti efficaci.

³⁴⁴ Cfr. punto 90 della motivazione della sentenza.

³⁴⁵ Cfr. S. SCIARRA, *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà*, in

Di poco successivo al caso *Viking*, il caso *Laval*³⁴⁶ pone all'attenzione della Corte problematiche simili. Protagonisti in questo caso sono da un lato una società lettone avente sede a Riga, la *Laval un Partneri Ltd*, dall'altro, il sindacato svedese dei lavoratori del settore delle costruzioni e dei lavori pubblici, la sezione n. 1 di tale sindacato e il sindacato svedese dei lavoratori del settore elettrico.

La società *Laval* nel 2005 aveva distaccato 35 lavoratori trasferiti in Svezia e occupati nella società "*Baltic*", svedese ma controllata al 100% dalla *Laval*. Quest'ultima aveva firmato un contratto collettivo con un sindacato in Lettonia, mentre non aveva alcun obbligo nei confronti dei sindacati svedesi. Nel giugno 2004 la *Laval* aveva intrapreso delle trattative con il sindacato svedese per l'adesione al contratto collettivo dell'edilizia, chiedendo, però che le retribuzioni e le condizioni di lavoro fossero definite parallelamente a tali negoziati, di modo che alla sottoscrizione del contratto fossero state già definite, in parziale deroga rispetto al diritto svedese³⁴⁷. Il sindacato aveva tentato di ottenere dalla società lettone la sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia nel cantiere di *Vaxholm* e la garanzia che i lavoratori distaccati avrebbero percepito una retribuzione definita in base ai parametri fissati sulla base delle statistiche della Regione di Stoccolma per il primo trimestre del 2004 per i lavoratori del settore del cemento e del legno in possesso di attestato di formazione professionale. In caso di mancato accordo su tali punti, il sindacato avrebbe intrapreso uno sciopero.

Non avendo raggiunto un accordo, il sindacato proclamava lo sciopero e impediva alla *Laval* lo svolgimento delle sue attività; quest'ultima chiedeva l'assistenza delle forze dell'ordine che veniva, però, negata, in quanto l'azione collettiva si stava svolgendo nel rispetto del diritto svedese. Successivamente il sindacato proponeva alla società di sottoscrivere il contratto collettivo dell'edilizia anche al fine di terminare lo sciopero. Tuttavia, la società opponeva un rifiuto, dal momento che non avrebbe potuto conoscere preventivamente a quali obblighi sarebbe stata tenuta dal punto di vista retributivo. Le azioni collettive proseguivano e, anzi, venivano intensificate grazie agli scioperi di solidarietà indetti da sindacati operanti in altri settori, con i quali è stato attuato un

Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario, Bologna, Il Mulino, 2007.

³⁴⁶ C-341/05, *Laval un Partneri Ltd vs Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Byggnadsarbetareförbundets avdelning Svenska, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*, sentenza del 18 dicembre 2007.

³⁴⁷ Nel diritto svedese le politiche retributive rientrano nell'autonomia della contrattazione collettiva e manca del tutto una legislazione sul salario minimo. Inoltre tali contratti non hanno efficacia *erga omnes*.

boicottaggio di tutti i cantieri della *Laval* presenti in Svezia. Nel febbraio del 2005 il comune di *Vaxholm* chiedeva la risoluzione del contratto sottoscritto con la *Baltic* che, nel marzo del medesimo anno, è stata dichiarata fallita.

La società lettone aveva adito l'autorità giudiziaria svedese competente al fine di chiedere l'inibizione della azione collettiva e la condanna dei sindacati coinvolti al risarcimento del danno. L'autorità, interrogandosi sulla possibilità che gli art. 12³⁴⁸ e 49³⁴⁹, TCE e la Direttiva 96/71 CE³⁵⁰ ostassero a che un sindacato di un Paese ospitante inducesse un'impresa straniera, che avesse distaccato i propri lavoratori nel Paese ospitante, a sottoscrivere un contratto collettivo, attraverso un'azione collettiva, sollevava questione pregiudiziale innanzi alla Corte di giustizia. Fondamentalmente le questioni pregiudiziali vertevano sull'interpretazione degli articoli 12 e 49 TCE e della Direttiva 96/71, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi. Nello specifico l'aspetto più problematico risiedeva nell'art. 3.1 della Direttiva in questione, nella parte in cui prescriveva le condizioni di lavoro da applicare ai lavoratori distaccati e prevedeva che accanto alle fonti legislative, regolamentari e amministrative da cui queste erano disciplinate fossero da considerarsi anche le fonti collettive dotate di efficacia generale³⁵¹. Si osservi, peraltro, che in Svezia i contratti collettivi sono vincolanti soltanto fra le parti contraenti, ma sono privi di efficacia *erga omnes* e che tale lacuna rileva soprattutto nell'individuazione del salario minimo il quale, ai sensi della Direttiva 96/71 rientra tra le condizioni di lavoro da garantire in ogni caso ai lavoratori distaccati.

In sostanza, i lavoratori distaccati hanno diritto a godere delle medesime condizioni economiche previste per i lavoratori dalla disciplina dello Stato membro ospitante? Può,

³⁴⁸ «Nel campo di applicazione del presente trattato, e senza pregiudizio delle disposizioni particolari dallo stesso previste, è vietata ogni discriminazione effettuata in base alla nazionalità. Il Consiglio, deliberando secondo la procedura di cui all'articolo 251, può stabilire regole volte a vietare tali discriminazioni».

³⁴⁹ «Nel quadro delle disposizioni seguenti, le restrizioni alla libera prestazione dei servizi all'interno della Comunità sono vietate nei confronti dei cittadini degli Stati membri stabiliti in un paese della Comunità che non sia quello del destinatario della prestazione. Il Consiglio, deliberando a maggioranza qualificata su proposta della Commissione, può estendere il beneficio delle disposizioni del presente capo ai prestatori di servizi, cittadini di un paese terzo e stabiliti all'interno della Comunità».

³⁵⁰ Direttiva relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione dei servizi. Tale Direttiva si limita a prevedere misure di coordinamento tra i sistemi di lavoro dei vari Stati membri, stabilendo entro quali limiti debba, o possa applicarsi la normativa dello Stato in cui è fornita la prestazione lavorativa dai lavoratori distaccati, cfr. S. GIUBBONI, *Governare le differenze*, op. cit., pag.11 e ss.

³⁵¹ Cfr. S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/008, pag. 17.

un sindacato del Paese ospitante imporre ad una società avente sede in un altro Paese membro di sottoscrivere un accordo collettivo? Il giudice di Lussemburgo, dopo una complessa analisi del diritto europeo e della normativa svedese del settore, chiarisce, innanzitutto che la Direttiva 96/71 non è diretta all'armonizzazione dei sistemi per la determinazione delle condizioni di lavoro e di occupazione negli Stati membri i quali, dunque, di scegliere, nella determinazione dei minimi salariali, un sistema non espressamente indicato dalla Direttiva, purché, però, tale sistema non rappresenti un ostacolo per la prestazione dei servizi tra gli Stati membri. nel caso della Svezia, ad esempio, è stato scelto il sistema della contrattazione collettiva e, per quanto riguarda le imprese edili, tale sistema richiede una trattativa caso per caso, da svolgersi sul luogo di lavoro che prenda in considerazione la qualifica e le mansioni dei lavoratori interessati.

La Corte prosegue chiarendo che per quanto riguarda gli obblighi salariali che possono essere imposti ai prestatori di servizi stabiliti in altri Paesi membri, ai sensi dell'art. 3, comma 1, lettere a-g, della Direttiva 96/71, essi possono riguardare soltanto i minimi salariali, fatta salva la facoltà per le imprese di applicare volontariamente condizioni più favorevoli, oltre all'eventualità in cui i lavoratori distaccati godano già di una garanzia più ampia nel proprio Paese di appartenenza. Nella causa principale, invece, alcune disposizioni del contratto collettivo dell'edilizia la cui applicazione voleva essere estesa anche ai lavoratori distaccati, riguardavano materie non menzionate nella norma appena citata³⁵².

Peraltro, la Corte nel valutare la legittimità dell'azione collettiva come strumento per imporre ad un datore di lavoro la sottoscrizione di un contratto collettivo alla luce dell'art. 49 CE, dopo aver dichiarato che gli Stati membri rimangono sostanzialmente liberi di fissare le condizioni di esistenza, chiarisce che, in ogni caso, gli Stati sono obbligati a rispettare il diritto comunitario. Il diritto di astensione collettiva, sottolinea la Corte, è un diritto fondamentale, rientrante tra i principi fondamentali dell'ordinamento, tuttavia, come precisato anche dall'art. 28 della Carta di Nizza, può essere sottoposto a talune limitazioni e deve essere esercitato in base a quanto previsto dai Trattati, dalla legge e dalla prassi nazionali.

³⁵² Peraltro tali disposizioni erano state stipulate tra privati ai quali non era concesso di avvalersi della previsione *ex art. 3 n. 10, trattino 1, della Direttiva 96/71 CE* la quale permetteva di invocare ragioni di ordine pubblico per dimostrare la compatibilità di una data disciplina rispetto al diritto comunitario. Cfr. punti 82-84 sentenza.

L'azione collettiva intrapresa in Svezia per indurre la *Laval* alla sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia è idonea a frustrare l'utilità che deriverebbe dall'esercizio della propria libertà di prestazione di servizi ai sensi dell'art. 49 TCE. La Corte riprende quanto già precisato nella sentenza *Viking* in merito al bilanciamento da effettuarsi tra la libertà di azione collettiva e la libertà di prestazione di servizi. Essa, inoltre, prende in considerazione l'ipotesi che il diritto di sciopero venga esercitato per contrastare pratiche di *dumping sociale*³⁵³, in quanto in tale caso potrebbe valere come ragione imperativa di interesse generale tale da giustificare, «in linea di principio³⁵⁴» una restrizione delle libertà fondamentali sancite dai Trattati. Il Giudice europeo pone, peraltro, in evidenza che l'ordinamento dell'EU non si limita alla dimensione del mercato unico, ma, al contrario, esso comprende, altresì, uno spazio sociale, caratterizzato da una politica volta a promuovere uno sviluppo armonioso, equilibrato e sostenibile e a perseguire un elevato livello di occupazione e di protezione sociale.

Alla luce della dimensione sociale dell'UE, dunque, i diritti previsti dai Trattati devono essere bilanciati con gli obiettivi della politica sociale, tra i quali rientra anche la protezione dei lavoratori. Per tale ragione, un'azione collettiva intrapresa da un sindacato dello Stato membro ospitante per garantire ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale condizioni di lavoro e di occupazione di un certo livello rientra nell'obiettivo della protezione dei lavoratori. Tuttavia, azioni collettive come quelle intraprese nel caso in oggetto non sono giustificate alla luce di un interesse generale, poiché la trattativa salariale che esse mirano ad imporre a un'impresa stabilita in un altro Stato membro si inserisce in un contesto nazionale caratterizzato dall'assenza di disposizioni, di qualsivoglia natura, sufficientemente precise e accessibili da non rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione, da parte di tale impresa, degli obblighi cui dovrebbe conformarsi in materia di minimi salariali. La prima questione pregiudiziale, dunque, deve essere risolta nel senso che l'art. 49 CE e l'art. 3 n. 1 della Direttiva 96/71 ostano a che nello Stato membro ospitante un'organizzazione sindacale indichi un'azione collettiva volta ad imporre ad un prestatore di servizi stabilito

³⁵³ Come sottolinea S. SCIARRA, in *L'Europa e il Lavoro*, op. cit., pag. 57 e ss., tale pratica, resa nota soprattutto attraverso la giurisprudenza della Corte di Giustizia, emerge laddove sistemi di solidarietà sociale particolarmente differenziati tra loro entrano in collisione senza una previa negoziazione volta ad eliminare o, quanto meno, a ridurre tali squilibri. Se a livello europeo manca un piano preordinato proprio alla lotta al *dumping* sociale, all'interno di alcuni ordinamenti nazionali, al contrario, è possibile individuare misure indirizzate esplicitamente alla lotta contro tale fenomeno.

³⁵⁴ Cfr. punto 103 della sentenza.

in un altro Paese membro la sottoscrizione di un contratto collettivo relativo a materie non previste dall'art. 3 della Direttiva e contenente previsioni relative alle retribuzioni dei dipendenti più favorevoli di quelle contenute nella legge.

Il Giudice di Lussemburgo, inoltre, osserva che una disciplina come quella svedese, che non tiene conto dei contratti collettivi applicati dal datore di lavoro che abbia la propria sede in un altro Stato membro, e che si attenga alle disposizioni stabilite in esso, viola il divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità. Non essendovi, peraltro, ragioni di ordine pubblico a giustificare l'applicazione della normativa svedese, la Corte ritiene che la discriminazione non può essere giustificata e, dunque, «Sulla base di quanto precede, la seconda questione deve essere risolta dichiarando che gli artt. 49 CE e 50 CE ostano a che, in uno Stato membro, il divieto imposto alle organizzazioni sindacali di intraprendere un'azione collettiva allo scopo di abrogare o modificare un contratto collettivo concluso da parte di terzi sia subordinato al fatto che l'azione riguardi condizioni di lavoro e di occupazione alle quali si applica direttamente la legge nazionale»³⁵⁵.

Dalla lettura di tale sentenza, oltre ai punti di contatto con la pronuncia che ha concluso il caso *Viking*, emerge un altro fattore degno di particolare attenzione. La Corte cita la Carta di Nizza, nonostante essa non avesse ancora acquisito il medesimo valore giuridico di cui gode attualmente, ma tale riferimento non è volto a corroborare la posizione dei diritti sociali dei lavoratori e, in particolare il diritto ad un'azione collettiva volto a tutelare la posizione dei lavoratori subordinati e ad evitare pratiche di *dumping* sociale, ma, al contrario, essa richiama la disposizione di cui all'art. 28 della Carta per mettere in evidenza come questa preveda la possibilità che tale diritto venga sottoposto a limitazioni. Merita, peraltro, di essere sottolineato come neanche nelle argomentazioni dell'Avvocato generale si tenga sufficientemente in considerazione l'art. 28 della Carta di Nizza, che avrebbe comunque potuto svolgere un ruolo preminente nella definizione e nella tutela del diritto allo sciopero a livello europeo³⁵⁶.

In entrambe le sentenze appena sinteticamente analizzate³⁵⁷ la Corte dimostra di considerare i diritti sociali dei lavoratori e le libertà economiche fondamentali sul

³⁵⁵ Cfr. punto 120 sentenza.

³⁵⁶ Cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche. Considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2008, pag. 87

³⁵⁷ Per eventuali approfondimenti delle due sentenze, tra i vari commenti si rimanda a A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno*, op. cit.; I. INGRAVALLO, *La corte di*

medesimo piano e, infatti, essa effettua un bilanciamento tra i due interessi in gioco, operazione altrimenti impossibile nel caso di valori disomogenei. Tuttavia, al di là della tecnica utilizzata dalla Corte, sembrerebbe emergere una diversa attenzione riposta dalla stessa nei riguardi dei due diversi diritti antagonisti, e tale differente approccio risulta chiaro se si pensa a quanto il Giudice europeo si soffermi ad analizzare le ipotesi che rendono possibile una limitazione delle libertà economiche fondamentali, mentre, al contrario, la libertà di azione collettiva e la libertà di contrattazione collettiva, pur essendo definite come diritti fondamentali rientranti tra i principi dell'ordinamento dell'UE, vengono definite come libertà di per sé suscettibili di limitazioni. Da un lato, dunque, le libertà economiche fondamentali sono tendenzialmente assolute, e la loro limitazione può avvenire soltanto dopo un rigoroso scrutinio di compatibilità tra il diritto che funge da limite e la normativa europea; dall'altro il diritto di sciopero nasce di per sé limitabile, e di ciò è prova la disposizione dell'art. 28 della Carta di Nizza. Il contrasto, dunque, va risolto con un bilanciamento³⁵⁸ che sembrerebbe sorgere già di per sé sbilanciato a favore delle libertà economiche. Si evidenzia, peraltro che alcuni commentatori hanno osservato che non è del tutto sorprendente il fatto che la Corte abbia pacificamente ritenuto possibile limitare l'esercizio del diritto di sciopero dal momento

giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche e libertà fondamentali. Quale bilanciamento, in Il conflitto sbilanciato, A. VIMERCATI (a cura di), Cacucci editore, 2009; U. CARABELLI, *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea* 2/2011. Peraltro si consideri che tali sentenze, «hanno causato un vero e proprio effetto sismico», cit. S. SCIARRA, in *L'Europa e il lavoro*, op. cit., pag. 69. Il caso *Laval*, ad esempio, ha indotto il governo danese ad apportare modifiche al regime interno di diritto di sciopero, rendendolo legittimo, nel caso di libera prestazione di servizi, solo se esso è esercitato per ottenere trattamenti salariali equivalenti a quelli applicati dai datori di lavoro danesi per mansioni equivalenti a quelle svolte dai lavoratori distaccati. Il governo danese ha modificato tale disciplina anche dal punto di vista del principio di trasparenza sancito dalla sentenza *Laval*. Ma tale sentenza ha avuto, altresì, effetti nei riguardi delle parti sociali danesi le quali hanno sottoscritto un accordo che prevede l'obbligo per le imprese edili affiliate alle associazioni firmatarie di appaltare attività solo a imprese che applicano il contratto collettivo danese. Anche l'ordinamento svedese ha adeguato la propria normativa al contenuto della sentenza *Laval* con l'adozione di una "Legge *Laval*" entrata in vigore nel 2010.

³⁵⁸ Secondo alcuni, peraltro, la Corte non avrebbe effettuato un bilanciamento tra diritti pariorinati, ma essa avrebbe qualificato e valutato il conflitto collettivo al pari di qualsiasi altra disposizione nazionale, disconoscendone, nei fatti, il carattere fondamentale, giungendo, infine, ad instaurare il primato del diritto dell'UE su quello nazionale. Per tali osservazioni si veda A. DE SALVIA, *La proposta di «Regolamento Monti II» in materia di sciopero*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2012, pag. 258 e ss.

che anche tra gli Stati membri ve ne sono alcuni che non considerano tale libertà come un diritto fondamentale³⁵⁹.

Le pronunce appena analizzate hanno dato avvio, non solo ad una nuova attenzione della dottrina nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di bilanciamento tra libertà economiche fondamentali e diritti sociali, ma esse hanno avuto effetti indiretti in diversi ordinamenti di Paesi membri dell'UE, i quali hanno apportato delle modifiche alla propria legislazione al fine di conformarsi alle parole della Corte di giustizia³⁶⁰.

A tale coppia di sentenze si deve accostare il caso *Rüffert*,³⁶¹ relativo alla disciplina del *Land* Bassa Sassonia sull'aggiudicazione degli appalti pubblici. In particolare, la normativa tedesca consentiva l'aggiudicazione di tali appalti solo a favore delle imprese che si impegnavano per iscritto a retribuire i propri dipendenti in misura non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente.

Al centro del caso in esame vi era un rapporto di subappalto intercorso tra una società polacca e una società tedesca aggiudicatrice di un appalto pubblico bandito dal *Land* Bassa Sassonia. Nei riguardi della società polacca era stata avviata un'indagine volta a verificare se essa avesse impiegato del personale al quale era stato garantito un salario inferiore a quello previsto dal contratto collettivo vigente nel luogo in cui si svolgeva la prestazione dedotta nell'appalto. A tali indagini faceva seguito la risoluzione del contratto operata dal *Land* e dalla società appaltatrice, in quanto la società polacca non avrebbe rispettato l'obbligo di applicare il contratto collettivo di cui si è detto. Il giudice d'appello, adito dal responsabile della società subappaltatrice che era stato condannato per aver versato soltanto il 46,57% del salario minimo previsto ai propri dipendenti, chiedeva alla Corte di giustizia se tale disciplina poteva dirsi in contrasto con la normativa europea in materia di distacco dei lavoratori. La Corte ha dato una risposta affermativa a tale quesito, sostenendo che, nel caso di specie, la limitazione della libera prestazione di servizi derivante dall'imposizione di un salario minimo ai lavoratori dell'impresa aggiudicatrice dell'appalto non fosse giustificata dall'obiettivo di tutela dei lavoratori. Peraltro, nel caso di specie, la normativa del *Land* tedesco non faceva

³⁵⁹ Cfr. R. SCHIANO *Tutela collettiva degli interessi dei lavoratori*, in *Diritti fondamentali in Europa* P. MANZINI e A. LOLLINI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2015 pag. 218-219.

³⁶⁰ Cfr. S. SCIARRA, in *L'Europa e il lavoro*, op. cit., pag. 85 e ss. per riferimenti circa le misure adottate da Svezia e Danimarca a seguito delle due pronunce analizzate.

³⁶¹ C-346/06 *Dirk Rüffert*, in qualità di curatore fallimentare della *Objekt und Bauregie GmbH & Co. KG*, Vs. *Land Niedersachsen*, sentenza del 3 aprile 2008.

riferimento ai contratti collettivi di portata generale – come invece richiedeva la Direttiva 96/71 – , ma, al contrario, richiamava i contratti collettivi stipulati nel luogo in cui doveva essere eseguito l'appalto. Inoltre, tale disciplina non serviva a tutelare i lavoratori distaccati, i quali erano già destinatari della tutela loro accordata dalla Direttiva testé citata. Imporre alle società aventi sede legale in luoghi diversi da quello in cui doveva eseguirsi l'appalto misure quali quelle previste dalla normativa posta allo scrutinio della Corte avrebbe significato imporre un «onere economico supplementare, atto ad impedire, ostacolare o rendere meno attraenti le loro prestazioni nello Stato ospitante. Pertanto, un provvedimento quale quello in discussione nella causa principale è tale da costituire una restrizione ai sensi dell'art. 49 CE»³⁶². Secondo la Corte, dunque, una normativa che impone il pagamento di una retribuzione superiore al minimo legale previsto dal Paese di esecuzione dei lavori ai dipendenti di appaltatori e subappaltatori come prerequisito per l'aggiudicazione di un appalto pubblico, costituisce un'illegittima restrizione alla libertà economica di prestazione di servizi.

Ancora una volta, dunque, la Corte si premura di tutelare la libertà di prestazione di servizi, ma può dirsi allo stesso tempo effettivamente tutelata la sfera dei diritti dei lavoratori, non solo dei dipendenti della società subappaltatrice, ma anche di coloro che rischiano di subire le conseguenze negative del minor costo dei primi³⁶³? Le conseguenze negative del *dumping* infatti, non riguardano esclusivamente i lavoratori distaccati, ai quali non viene concesso di accedere ad una più ampia tutela, ma essi possono

³⁶² Punto 37 della sentenza.

³⁶³ A completare questo primo gruppo di pronunce vi è il caso *Commissione vs Lussemburgo*, C-319/2006, sentenza del 19 giugno 2008. In questo caso la Corte è stata adita dalla Commissione la quale agiva chiedeva alla Corte di verificare l'inadempimento del Granducato di Lussemburgo nella trasposizione della Direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito della prestazione di servizi. Secondo la Commissione, infatti, il Lussemburgo imponeva alle aziende che avevano distaccato i propri lavoratori sul suo territorio obblighi che esulavano il quadro di riferimento della Direttiva 96/71. Il Granducato di Lussemburgo dichiarava di aver introdotto le norme impugnate per la salvaguardia dell'ordine pubblico, causa questa legittimante una limitazione della libertà di prestazione dei servizi. La Corte, però, chiarisce che occorre dare una interpretazione restrittiva dell'accezione di ordine pubblico e la sua portata non può essere determinata unilateralmente dagli Stati. La Direttiva, peraltro, impone solo il rispetto di un nucleo minimo tassativamente individuato, per cui la legislazione di uno Stato, nel trasporre nel proprio ordinamento il contenuto della Direttiva non può prevedere misure più stringenti, pena il venir meno dell'utilità per le imprese di godere della libertà di prestazione di servizi, distaccando propri lavoratori in un altro Paese membro. Inoltre, lo Stato può invocare le ragioni di ordine pubblico per giustificare la previsione di prescrizioni più stringenti di quelle previste da una Direttiva solo se le misure adottate risultano necessarie e proporzionate, circostanza non dimostrata, secondo la Corte, dal Lussemburgo. In conclusione, la Corte condanna il Lussemburgo per essere venuto meno agli obblighi che derivano dall'art. 3, n. 1, della Direttiva 96/71 letto in combinato disposto con il paragrafo 10 del medesimo articolo, oltre che dagli artt. 49 e 50 CE.

ripercuotersi, altresì, su coloro che, al contrario, giovano di un sistema di tutela particolarmente favorevole, che potrebbe subire delle menomazioni a causa della presenza di lavoratori distaccati “a basso costo”.

Come è stato sottolineato dalla dottrina, nell'impostazione delle sentenze *Viking* e *Laval* la definizione dello sciopero e della contrattazione collettiva come diritti fondamentali rimane pura ed esclusiva apparenza: per la Corte di giustizia la garanzia dell'autonomia delle parti sociali può addirittura risultare superflua laddove gli scopi di tutela dei lavoratori e di bilanciamento con i diritti dell'impresa potrebbero anche essere assicurati dagli Stati membri attraverso la legge o atti della pubblica amministrazione³⁶⁴.

Dalle sentenze esaminate, emerge, inoltre, un dato che merita particolare attenzione nell'ambito di uno studio che ha tra i propri obiettivi anche la verifica del livello di integrazione del sistema europeo. I singoli ordinamenti sono dotati di sistemi di tutela del diritto di sciopero e delle azioni collettive estremamente eterogenei e tali differenze si riverberano nella dimensione sovranazionale, ove l'art. 28 della Carta deve essere riempito di significati traendo argomenti dalle singole esperienze nazionali. Ai singoli Paesi membri, peraltro, viene affidato il compito di definire il significato del diritto di sciopero e di individuare i limiti al suo esercizio. Il diritto di sciopero non rientra tra le materie di competenza europea, per cui l'art. 28 troverà applicazione soltanto laddove vi sia attuazione del diritto europeo a mezzo della normativa statale, pertanto, soltanto in via indiretta sarà possibile un intervento del diritto UE in materia di sciopero.

Proprio tale disomogeneità può essere vista come indice delle molteplici difficoltà e distorsioni che il sistema sociale europeo contiene, in quanto la mancanza di una disciplina minima comune relativa al diritto di sciopero, diritto fondamentale del lavoratore e strumento per il perseguimento dei diritti dello stesso, rende incompleto lo *status* giuridico del lavoratore europeo, il quale non potrà sentirsi parte di una comunità.

2. Il *dumping* sociale a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona

Nelle sentenze appena analizzate,³⁶⁵ nonostante le stesse siano state emesse in un periodo precedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia ha operato un

³⁶⁴ Cfr. V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, A. ANDREONI B. VENEZIANI (a cura di) Roma, Ediesse, 2009, pag. 61.

³⁶⁵ Tra i vari commentatori della trilogia *Laval, Viking e Rüffert* vi è chi ha sottolineato come in tali sentenze il tema dei diritti sociali è emerso come snodo cruciale per una serie di numerosi «dilemmi dell'integrazione» europea emersi in maniera dirimpente a seguito del processo di allargamento. Cfr. A. LO FARO, *Europa e diritti sociali: viaggio al termine della crisi*, *op. cit.*,

bilanciamento tra libertà economiche e diritti dei lavoratori, chiarendo che tra di essi non vi è alcuna gerarchia ma, anzi, dimostrando come, al fine di poter operare una legittima limitazione delle prime, gli Stati siano tenuti ad un rigoroso esame delle circostanze, sia di fatto che di diritto, e solo laddove le misure adottate risultino necessarie e proporzionate esse possono valere come limite per le libertà economiche.

La Corte è stata nuovamente chiamata pronunciarsi sulla legittimità di una normativa tedesca che prescriveva l'obbligo per l'impresa aggiudicatrice di un appalto pubblico di garantire, e di far garantire nel caso di subappalto, un salario orario minimo ai dipendenti³⁶⁶. Innanzitutto, il Giudice di Lussemburgo ritiene che la Direttiva sul distacco dei lavoratori non si applichi al caso di specie, poiché l'impresa subappaltatrice è stabilita in uno Stato membro dell'Unione europea e i lavoratori di tale impresa, per eseguire le prestazioni oggetto del contratto, avrebbero dovuto lavorare esclusivamente nel suo Paese di appartenenza. La Corte, richiamando le argomentazioni espresse nel caso *Rüffert*, ribadisce che il requisito di un minimo salariale imposto dalla disciplina tedesca rappresenta una illegittima restrizione alla libertà economica di prestazione di servizi, in quanto non necessaria ai fini della tutela dei lavoratori.

Come taluni hanno sottolineato³⁶⁷ la Corte, ritenendo che i diritti fondamentali e libertà economiche siano da considerarsi pienamente equiparati alla luce dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, opera un bilanciamento tra libertà economica e diritti dei lavoratori, al fine di chiarire che nessuno dei due interessi in gioco gode di un maggiore peso gerarchico. La scelta del legislatore tedesco è, dunque, censurabile, poiché riconosce una tutela sproporzionata a tutto vantaggio dei lavoratori, senza tenere debitamente in considerazione anche le esigenze delle imprese che forniscono servizi. La Corte evidenzia che: «tale normativa, imponendo, in una tale situazione, un salario minimo fisso che corrisponde a quello richiesto per assicurare una congrua retribuzione ai lavoratori dello Stato membro dell'amministrazione aggiudicatrice con riferimento al costo della vita esistente in tale Stato membro, ma che non ha alcun rapporto con il costo della vita nello Stato membro in cui le prestazioni relative all'appalto pubblico di cui trattasi saranno effettuate e non consentirebbe, di conseguenza, ai subappaltatori stabiliti in quest'ultimo

pagg. 217,218.

³⁶⁶ Ci si riferisce alla sent. C-649/13, *Bundesdruckerei GmbH contro Stadt Dortmund*, del 18 settembre 2014.

³⁶⁷ Si veda, ad es. sul punto M. FORLIVESI, *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, in *Riv. It. dir. lav.*, n. 2/2015, pag. 558.

Stato membro di trarre un vantaggio concorrenziale dalle differenze esistenti tra le rispettive tariffe salariali, va oltre quanto è necessario per assicurare il raggiungimento dell'obiettivo della protezione dei lavoratori»³⁶⁸.

Volendo trarre alcune conclusioni alla luce di quanto sin qui osservato, si potrebbe notare una tendenza della Corte a tutelare la libertà di stabilimento delle imprese da eventuali limiti derivanti da forti esigenze di tutela dei lavoratori. A tali imprese, infatti, non può essere imposto un particolare trattamento salariale da parte del Paese ospitante, pena il venir meno del “vantaggio concorrenziale” derivante dalle differenze esistenti tra le diverse tariffe necessarie. Sembrerebbe, dunque, che per la Corte il fatto che tra gli Stati membri sussistano ancora evidenti divergenze dal punto di vista dei vari sistemi sociali non debba essere considerato in termini negativi. La Corte, cioè, non ritiene che l'Europa sia chiamata a combattere tali differenze ma, al contrario, esse vanno preservate nella misura in cui le stesse sembrano garantire la competitività e, anzi, la convenienza economica per le imprese che trarranno sicuro vantaggio dall'esistenza di sistemi sociali in cui il costo del lavoro è basso e vi è un forte squilibrio tra domanda e offerta di lavoro.

Il quadro così delineato, tuttavia, deve essere completato alla luce di una ancor più recente sentenza emessa dalla Corte di giustizia a conclusione del caso *Sähköalojen ammattiliitto ry vs. Elektrobudowa Spółka Akcyjna*³⁶⁹. Oggetto del rinvio pregiudiziale era da un lato la Direttiva sul distacco dei lavoratori e dall'altro l'art. 7, capo 2, della legge finlandese sui contratti di lavoro³⁷⁰ e l'art. 2, comma 4, della legge finlandese sui lavoratori distaccati³⁷¹. Le parti in causa del procedimento principale erano una società polacca operante nel settore dell'energia elettrica, la quale aveva una succursale in Finlandia, e lo *Sähköalojen ammattiliitto*, un sindacato finlandese.

La società polacca aveva distaccato 186 lavoratori assunti in Polonia secondo la relativa disciplina e li aveva impiegati in un cantiere in Finlandia. I lavoratori avevano ceduto i

³⁶⁸ Cfr. punto 34 della sent. C-549/13.

³⁶⁹ C-396/13, sentenza del 12 febbraio 2015.

³⁷⁰ «Il datore di lavoro è tenuto a osservare almeno le prescrizioni previste da un contratto collettivo nazionale considerato rappresentativo del settore di cui trattasi (contratto collettivo di applicazione generale), relative alle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili alle mansioni svolte dal dipendente o a quelle ad esse più analoghe. Una clausola di un contratto di lavoro in contrasto con la corrispondente disposizione contenuta nel contratto collettivo di applicazione generale è invalida e deve essere sostituita dalla disposizione contenuta nel contratto collettivo di applicazione generale».

³⁷¹ «Un lavoratore distaccato deve percepire il salario minimo, ossia una retribuzione determinata sulla base di un contratto collettivo ai sensi dell'articolo 7 del capo 2 della legge finlandese sui contratti di lavoro (...)».

propri crediti al *Sähköalojen ammattiliitto* affinché questo procedesse a recuperare quanto ad essi spettante in virtù del diritto finlandese il quale riconosceva un'indennità dovuta ai lavoratori a causa degli spostamenti giornalieri che essi dovevano sostenere per percorrere il tragitto che percorrevano dal luogo presso cui alloggiavano a quello presso cui prestavano la propria attività lavorativa. In base al diritto polacco, infatti, a tali lavoratori non era dovuto alcunché per gli spostamenti giornalieri. Il sindacato, dunque, si era rivolto al giudice finlandese per chiedere la condanna al pagamento della società polacca dei crediti ceduti, valutati sulla base dei contratti collettivi finlandesi applicabili al settore dell'energia elettrica.

Il giudice del rinvio, quindi, chiede alla Corte di giustizia se un sindacato possa invocare l'art. 47 della Carta di Nizza quale fonte immediata di diritti contro un prestatore di servizi nel caso in cui la norma che si intende viziata per violazione della Carta di Nizza sia una norma nazionale di un Paese membro. Inoltre, viene chiesto se al giudice di uno Stato membro sia concesso di astenersi dall'applicare una norma del diritto del lavoro dello Stato di origine dei lavoratori³⁷², allorché essa permetta la cessione del credito retributivo dovuto, e quindi dello *status* di soggetto legittimato ad agire, a fini di riscossione, ad un sindacato del quale sono membri tutti i lavoratori i quali hanno ceduto il loro credito a fini di riscossione.

Peraltro, di notevole interesse risulta la terza questione pregiudiziale con la quale il giudice finlandese ha chiesto istruzioni circa la strada da seguire nel caso di accertata violazione delle norme della Carta di Nizza ad opera della normativa polacca, dal momento che la Polonia ha sottoscritto il Protocollo n. 30 e, dunque, i suoi giudici non possono procedere all'applicazione dei diritti sociali in essa riconosciuti, se non nel caso in cui essi siano stati attuati direttamente dal diritto polacco³⁷³. Infine alla Corte viene chiesto che cosa debba essere ricompreso nella definizione di tariffe minime salariali.

In sintesi, alla Corte viene chiesto se in circostanze quali quella del procedimento principale un sindacato possa agire dinanzi ad un giudice di uno Stato membro, diverso da quello in cui ha la sede una società avverso cui si agisce, – la quale ha distaccato i propri lavoratori presso il Paese in cui ha sede il giudice adito - se in base alla legge del

³⁷² Nel caso di specie si trattava di una norma che ostava alla cessione di un credito retributivo a fini di riscossione ad un sindacato dello Stato di esecuzione della prestazione lavorativa.

³⁷³ Le questioni n. 4 e 5 vertevano sulla interpretazione del Regolamento 593/2008 relativamente alla cedibilità dei crediti dei lavoratori ad un sindacato.

Paese di appartenenza di quest'ultima non è possibile per i lavoratori cedere i propri crediti ad un sindacato.

Il sindacato, precisa la Corte, è legittimato ad agire in virtù della legge finlandese, per cui non rileva in tal senso la previsione opposta del Codice di lavoro polacco e, inoltre, l'oggetto del giudizio è la nozione di tariffe salariali minime. Essa deve essere stabilita dalla legislazione del Paese presso cui opera il lavoratore distaccato ovvero sia, nel caso di specie, la Finlandia. Le prime cinque questioni pregiudiziali sono decise dalla Corte in poche righe, attraverso un ragionamento asciutto, per certi versi laconico, poiché essa si limita a specificare che la legge che deve applicarsi è quella del luogo in cui si svolge l'attività dei lavoratori distaccati, senza entrare nel merito delle singole questioni poste dal giudice del rinvio.

In merito alla sesta questione la Corte, innanzitutto, specifica che «l'art. 3, paragrafo 1, primo comma, della Direttiva 96/71 ha un duplice obiettivo. Da un lato, esso mira a garantire una leale concorrenza tra le imprese nazionali e quelle che svolgono una prestazione di servizi transnazionale, imponendo a queste ultime di riconoscere ai loro dipendenti, in una limitata serie di materie, le condizioni di lavoro e di occupazione stabilite nello Stato membro ospitante. Dall'altro lato, la medesima disposizione ha lo scopo di garantire ai lavoratori distaccati l'applicazione delle norme di protezione minima dello Stato membro ospitante per quanto riguarda le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie di cui trattasi nel periodo in cui gli stessi svolgono temporaneamente un'attività lavorativa sul territorio di tale Stato membro». Essa afferma, altresì, che tale Direttiva non ha armonizzato il contenuto sostanziale di tali norme di tutela minima e, dunque, la definizione del salario minimo spetta al diritto dello Stato ospitante, che non può, in ogni caso, violare la libera prestazione di servizi tra gli Stati membri. A questo punto la Corte si sofferma in una dettagliata analisi delle varie voci che possono concorrere a determinare il salario minimo da erogare anche ai lavoratori distaccati. Curiosamente la Corte accoglie le argomentazioni effettuate dal sindacato finlandese, per cui di fatto la sentenza si pone in una posizione sostanzialmente opposta rispetto alla tendenza precedente, anche se non è possibile stabilire se essa abbia definitivamente cambiato il proprio approccio rispetto ai temi al centro del rinvio pregiudiziale o se, al contrario, essa abbia operato un'interpretazione della disciplina finlandese tanto favorevole alle condizioni dei lavoratori solo perché questo rappresenterebbe un *escamotage* per applicare i diritti previsti dalla Carta di Nizza anche ai lavoratori polacchi, ai quali, invece, tali tutele non potrebbero essere riconosciute giudizialmente a

causa della sottoscrizione del Protocollo n. 30 da parte della Polonia. Infatti, tra i vari aspetti della sentenza che meritano di essere rilevati, si deve pensare, da un lato allo sbrigativo accenno alla tutela della libertà di prestazione dei servizi³⁷⁴ - che, invece, nelle sentenze più risalenti rappresenta il nucleo fondamentale delle argomentazioni della Corte-, dall'altro alla totale assenza di riferimenti alla particolare situazione in cui riversa la Polonia a causa della sottoscrizione del Protocollo n. 30.

3. La sicurezza sociale dei lavoratori nello spazio europeo. a) Introduzione

Uno degli aspetti relativi alla disciplina del diritto del lavoro e dei diritti dei lavoratori che più degli altri ha subito le conseguenze della crisi economica è il settore della previdenza sociale e, in particolar modo, quello delle pensioni, come si è visto anche nei capitoli precedenti, ove si è accennato alle riforme che si sono registrate nell'ordinamento italiano soprattutto a partire dal 2011³⁷⁵. Accanto all'Italia, anche altri Paesi hanno avviato un percorso di riforme nell'ambito del diritto previdenziale, tuttavia ciascuno di essi ha operato in maniera diversa in base ad alcuni fattori, quali, ad esempio, la gravità della crisi, il rinnovato vincolo europeo e i modelli previdenziali ereditati dal passato³⁷⁶. Tale settore rappresenta il terreno privilegiato per gli interventi pubblici volti alla riduzione della spesa, soprattutto in un'epoca in cui l'esigenza di ridurre le uscite, anche per rispondere ai dettami derivanti dalle istituzioni e delle norme europee, si affianca a minori entrate, dovute sia agli elevati livelli di disoccupazione che al proliferare di rapporti di lavoro precari³⁷⁷. I Paesi europei davanti alla crisi hanno reagito in maniera diversa a seconda della salute dei propri conti pubblici: accanto a Paesi che hanno implementato misure di rigore di particolare rilievo, intaccando, così, fortemente i diritti previdenziali ereditati dal passato, quelli meno colpiti dalla crisi, al contrario, hanno sviluppato sistemi

³⁷⁴ «Fermo restando che tale definizione, come risulta dalla legislazione o dai pertinenti contratti collettivi nazionali o dall'interpretazione che ne danno i giudici nazionali, non può avere l'effetto di ostacolare la libera prestazione dei servizi tra gli Stati membri», cit. punto 34 della sentenza.

³⁷⁵ La l. 242/2011 è intervenuta sul sistema pensionistico modificandone i parametri di funzionamento e la struttura a partire dal 1° gennaio 2012, facendo salvi i diritti quesiti. Essa, secondo alcuni, si sarebbe consacrata «alle necessità economiche e finanziarie, generali e previdenziali, nel rispetto dei vincoli dell'Uem», cit. R. CASILLO, *L'innalzamento dell'età di pensione: profili problematici*, in *L'accesso alla sicurezza sociale*, M. ESPOSITO G. DELLA PIETRA (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015, pag. 5.

³⁷⁶ Cfr. D. NATALI, *La riforma delle pensioni in Europa: crisi, UE e modelli nazionali*, in *Politiche sociali*, n. 3/2015, pag. 538.

³⁷⁷ Da un lato, la precarizzazione del mondo del lavoro, infatti, determina una ridotta capacità contributiva anche da parte dei soggetti occupati; dall'altro il progressivo invecchiamento della popolazione provoca un livello crescente, o comunque costante, di spesa pubblica, per cui tali fattori contrapposti generano un conflitto di difficile risoluzione.

caratterizzati dalla combinazione di elementi contrapposti come la riduzione della spesa e la previsione di misure espansive.

Per quanto attiene alla dimensione sovranazionale, nell'ambito della materia previdenziale, la Carta dei diritti fondamentali sancisce all'art. 34, paragrafo 2, il diritto di ogni persona che risieda o si sposti legalmente all'interno dell'UE di ottenere prestazioni di sicurezza sociale e benefici sociali, senza subire menomazioni o riduzioni che pregiudichino l'effettivo esercizio del diritto alla libera circolazione.

Per quanto riguarda le politiche europee nella materia di cui si discute, la Commissione nel 2012 ha emanato un Libro Bianco nel quale viene messo subito in evidenza un allarmante dato di fatto: l'invecchiamento della popolazione europea è foriero di gravi problemi economici, in particolare dovuti allo squilibrio tra persone attive e inattive, ed è, quindi, idoneo ad incidere sull'adeguatezza delle pensioni. Il quadro, già di per sé poco rassicurante, è stato ulteriormente aggravato dalla crisi economica e finanziaria che ha indotto la Commissione ad auspicare un intervento di riforma urgente sui sistemi pensionistici degli Stati membri, dal momento che ciascuno di essi è potenzialmente capace di produrre conseguenze anche oltre i confini propri dello Stato di appartenenza, interessando soprattutto l'eurozona.

La Commissione, nel documento in esame, specifica che nella politica sociale i Trattati attribuiscono all'UE soltanto il compito di sostenere e integrare le attività degli Stati membri i quali rimangono gli unici titolari delle politiche previdenziali. Essa, peraltro, riconosce che fino al 2012 l'intervento europeo nella materia previdenziale è stato frazionato e casistico, sollecitato dai diversi obiettivi che di volta in volta necessitavano di un risposta: l'eliminazione degli ostacoli alla libera circolazione delle persone, la definizione delle modalità entro le quali gli enti pensionistici privati potevano usufruire del mercato interno, la promozione della parità tra i sessi, la lotta contro le discriminazioni e la verifica circa la sostenibilità del bilancio.

In generale, si può sostenere che da parte dell'Unione europea la tendenza è stata nel senso di chiedere agli Stati interventi mirati a ridurre la spesa pubblica destinata alle misure previdenziali, soprattutto nei casi di Paesi che necessitavano di riforme strutturali in diversi ambiti della politica pubblica. Tali indicazioni sono state fornite sia attraverso l'invio di documenti informali, quali le lettere provenienti dalla BCE e indirizzate a Spagna e Italia, sia in maniera indiretta, attraverso l'implementazione del semestre europeo e delle raccomandazioni. Allo stesso tempo, però, l'UE ha chiesto agli Stati di riconoscere i diritti previdenziali a tutti i lavoratori europei, in modo da rendere effettiva

la libertà di circolazione delle persone. Se, infatti, ai lavoratori europei non venisse accordata una soddisfacente tutela dei propri diritti di sicurezza sociale connessi all'attività lavorativa, la libertà di circolazione delle persone verrebbe depotenziata, dal momento che un lavoratore di uno Stato membro non avrebbe interesse a prestare la propria attività al di fuori dei confini nazionali se ciò significasse subire un pregiudizio nella propria sfera di diritti. Tuttavia, gli Stati hanno dimostrato una certa resistenza rispetto a tale esigenza invocata dall'Unione europea dal momento che una estensione così ampia dei diritti di previdenza sociale è idonea ad incidere notevolmente sui conti pubblici sottoposto ad un sempre maggior controllo a livello europeo. Con il Trattato di Lisbona, peraltro, all'art. 48 del TFUE è stato aggiunto un secondo comma, in virtù del quale, laddove uno Stato membro ritenga che un atto legislativo di diritto europeo adottato ai sensi del primo comma possa ledere il proprio sistema di sicurezza sociale, ovvero possa, altresì, alterare l'equilibrio finanziario, può chiedere che il Consiglio sia investito della questione affinché la decisione sia rimessa in discussione. In tale meccanismo sembra evidente la cautela mostrata dagli Stati nei confronti di sviluppi normativi che potrebbero imporre oneri finanziari non tollerabili dai Paesi membri³⁷⁸.

Nell'ambito della sicurezza sociale, il Regolamento 883/2004 impone il coordinamento dei sistemi statali di sicurezza sociale. Esso è volto a stabilire regole comuni in materia di sicurezza sociale nel caso di spostamento all'interno dell'UE, lasciando, però ai singoli Paesi la facoltà di decidere quali siano i beneficiari delle stesse, i livelli di benefici e le condizioni di ammissibilità. Il Regolamento, inoltre, non ha l'obiettivo di sostituire i sistemi nazionali con un unico sistema europeo. Esso prescrive il principio di parità di trattamento tra lavoratori, in virtù del quale il lavoratore migrante ha diritto alle medesime prestazioni previste per i lavoratori nazionali; esso, inoltre, individua la legge applicabile al lavoratore migrante, la quale, tendenzialmente corrisponde a quella dello Stato in cui il lavoratore è occupato. Dall'ambito di applicazione del Regolamento in questione resta esclusa la disciplina della assistenza sociale. Tuttavia, attraverso alcune sue pronunce, la Corte di giustizia ha ricompreso nell'ambito del Regolamento 883/2004 anche trattamenti indipendenti dall'esercizio di un'attività lavorativa, quali, ad esempio, la pensione sociale, e una pensione per l'istruzione dei figli³⁷⁹, estendendo, dunque, la

³⁷⁸ Cfr. A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, G. STROZZI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015, pagg. 122-123.

³⁷⁹ Cfr. A. ADINOLFI, *La libertà di circolazione delle persone*, op. cit., pagg. 125-26.

sfera di protezione garantita non esclusivamente alla persona del lavoratore, ma al cittadino europeo che esercita la propria libertà di circolazione al fine di cercare o svolgere un'attività lavorativa.

Si assiste, quindi, ad una duplice anima del sistema previdenziale europeo: da un lato l'UE persegue politiche economiche idonee ad incidere negativamente sui sistemi di *welfare* dei singoli Stati membri, dall'altro essa, pur limitandosi a chiedere agli Stati di coordinare i propri sistemi di protezione sociale, lasciandoli sostanzialmente liberi di determinarne gli aspetti fondamentali, di fatto è in grado di estendere le tutele accordate ai lavoratori migranti. Ma davanti a tale apparente conflitto, gli Stati tendono a riconoscere estensivamente i diritti di prestazione sociale a tutti i lavoratori, oppure essi dimostrano delle resistenze in tal senso? Sul punto l'analisi della giurisprudenza di seguito proposta permetterà di verificare quale sia l'attuale potenziale livello di tutela dei diritti previdenziali dei lavoratori e quale sia stato il ruolo della Corte di giustizia nella realizzazione degli obiettivi previsti dall'UE.

3.1. (segue). b) I diritti previdenziali declinati secondo il principio di non discriminazione

La giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia previdenziale risulta particolarmente rilevante e ricca sotto l'aspetto del principio di uguaglianza, il quale, peraltro, ha rappresentato un canale particolarmente fecondo per il lavoro della Corte che, proprio attraverso una estesa applicazione dello stesso ha, spesso, attuato un ampliamento delle garanzie assicurate ai cittadini dell'UE.

La disciplina europea in materia di sicurezza sociale è stata volta, prevalentemente, a superare le disparità di trattamento sussistenti, non solo tra lavoratori locali e lavoratori migranti ma, altresì, per ciò che riguarda la condizione lavorativa tra uomini e donne. La giurisprudenza della Corte sul punto è senza dubbio copiosa, per cui nell'ambito del presente lavoro non si persegue alcuna pretesa di esaustività, ma l'analisi verrà limitata ad alcune recenti pronunce che sono state considerate degne di attenzione per le questioni giuridiche affrontate.

Innanzitutto, con decisione del 29 luglio 2010 la Corte di giustizia ha deciso la causa C-577/08 sollevata dal Tribunale del lavoro di Anversa, il quale chiedeva alla Corte se i regi decreti relativi alla pensione di fine lavoro e di reversibilità per i lavoratori dipendenti, i quali prevedevano un differente importo per i lavoratori frontalieri a seconda che si trattasse di uomini o donne, fossero conformi alla Direttiva n.79/7 relativa alla graduazione del principio di parità di trattamento tra i sessi in materia di sicurezza

sociale. Il periodo di riferimento era compreso tra il 1968 e il 1994 e al suo interno poteva essere effettuata una distinzione tra il periodo precedente il 1984 - anno entro il quale gli Stati membri avrebbero dovuto recepire la Direttiva 79/7 - e quello successivo a tale data. I fatti di causa riguardavano una cittadina olandese residente in Belgio, la quale aveva lavorato dal 1960 al 1998 come lavoratrice frontaliere; ella, a partire dal 1° gennaio 1999 aveva smesso di lavorare e aveva iniziato a percepire prestazioni a titolo di pensione anticipata in Belgio. La Sig.ra *Brower* aveva diritto a una pensione di fine lavoro completa in Belgio sino al suo 65° anno di età, mentre per il periodo successivo tale onere spettava all'Olanda. L'importo della pensione riconosciutole dalla normativa belga era stato calcolato sulla base delle retribuzioni giornaliere fittizie e/o forfetarie fissate annualmente con regio decreto sulla base della retribuzione media stabilita dai lavoratori nell'anno precedente. Tuttavia la Sig.ra *Brower* riteneva che le retribuzioni giornaliere fittizie e/o forfetarie fossero state calcolate per importi inferiori rispetto a quelli previsti per gli uomini. Dopo un primo rigetto delle proprie ragioni, la Sig.ra adiva il Tribunale del lavoro di Hasil il quale sanciva anche che la disparità di trattamento in questione non rispondeva né al criterio dello scopo legittimo, né a quello della proporzionalità, per cui la normativa in esame era censurabile. Il *Rijksdienst*, ente al quale la Sig.ra *Brower* aveva presentato la propria domanda di pensione, proponeva appello avverso tale ultima decisione, innanzi al Tribunale del lavoro di Anversa, in occasione del quale è stato sollevato il giudizio indiretto di cui qui si discute.

Orbene, la domanda pregiudiziale posta alla Corte non risulta essere particolarmente complessa, dal momento che alla stessa si chiede di verificare se la disparità di trattamento tra uomini e donne contenuta nella disciplina belga di riferimento sia compatibile con il diritto dell'Unione.

Innanzitutto, va rilevato come il Governo belga, all'udienza innanzi alla Corte abbia ammesso l'esistenza di una disparità di trattamento e abbia indicato le misure adottate per l'eliminazione di tale differenziazione per il periodo ricompreso tra il 1984 e il 1994. Il Governo belga ha dichiarato che avrebbe, cioè, predisposto un sistema in virtù del quale i lavoratori interessati avrebbero potuto attivarsi per chiedere l'adeguamento della retribuzione per il periodo indicato. Tuttavia, esso ha chiesto alla Corte di decidere in modo tale da modulare gli effetti temporali della sua decisione, specificando che tale richiesta non verteva sul versamento degli arretrati, ma sugli interessi da calcolarsi su questi ultimi e che, nel caso di specie, risultavano soddisfatti i due criteri richiesti per la modulazione degli effetti delle sentenze della Corte di Lussemburgo. Innanzitutto, il

Governo belga aveva interpretato in maniera errata il diritto europeo ma, allo stesso tempo, aveva agito in buona fede e, infatti, nessun caso analogo era stato sollevato innanzi ai giudici belgi, né era stata attuata alcuna procedura di inadempimento nei confronti del Belgio. Peraltro, il Governo sosteneva che vi fosse un rischio di gravi ripercussioni economiche per il Paese dovuto già solo per il versamento degli arretrati, il quale sarebbe stato ulteriormente aggravato nel caso di obbligo di versamento degli interessi.

La Corte, correttamente, riformula la questione sottoposta, dal momento che essa non è competente a verificare la compatibilità di una normativa nazionale con il diritto europeo, pertanto essa si interroga se la Direttiva 79/7 osti ad una normativa nazionale secondo la quale il calcolo delle pensioni per i lavoratori frontalieri per il periodo ricompreso tra il 1968 e il 1994 sia diverso per gli uomini e per le donne. Se per il periodo antecedente il 1984 la normativa nazionale non poteva essere neppure valutata ai sensi dell'art. 119 del Trattato CE, per il periodo successivo, invece, il legislatore belga non si è attenuto agli obblighi scaturenti dalla Direttiva, per cui ha previsto una disparità di trattamento che il diritto europeo non consente.

Sulla richiesta di modulare gli effetti temporali della sentenza, la Corte sottolinea che le esigenze finanziarie di per sé non sono sufficienti a limitare nel tempo l'efficacia delle sue sentenze, pena lo svilimento della tutela giurisdizionale dei diritti che derivano dall'ordinamento europeo. Secondo il Giudice europeo, altra circostanza da considerare per modificare l'efficacia delle sentenze è l'esistenza di una obiettiva e rilevante incertezza circa la portata delle disposizioni comunitarie, assente nel caso di specie ove è chiaro in base alla normativa europea il divieto di discriminazioni fondate sul sesso. Per tale motivo, dunque, la Corte esclude qualsiasi intervento sulla efficacia della propria decisione.

Interessante appare tale ultima osservazione della Corte, la quale sembra ritenere non bilanciabili le esigenze degli Stati in materia di conti pubblici e i diritti fondamentali riconosciuti dall'UE.

Un altro caso giunto davanti al Giudice di Lussemburgo³⁸⁰ merita di essere brevemente analizzato, in quanto, come specificato nella sentenza, esso rappresenta la prima occasione nella quale la Corte si è espressa riguardo alla liceità della rilevanza di un fattore fondato sulla speranza di vita media in base al sesso ai fini della determinazione

³⁸⁰ Il riferimento è alla causa C-318/13, decisa con sentenza del 3 settembre 2014.

dell'indennità di versata da un istituto previdenziale.

Il giudizio principale riguardava un lavoratore che nel 1991, all'età di 38 anni, aveva subito lesioni permanenti a causa di un incidente sul lavoro e per tale motivo gli era stato riconosciuto il diritto ad un'indennità forfetaria pari ad € 4.197,98. Il Sig. X, tuttavia, riteneva che la somma liquidata a titolo di indennità fosse inferiore rispetto a quella che sarebbe stata erogata ad una lavoratrice donna a parità di condizioni, ma i giudici finlandesi rigettavano tale richiesta, per cui il ricorrente si rivolgeva al Ministero del lavoro chiedendo la cifra di € 278,98 corrispondente alla differenza tra la somma erogata a titolo di indennità e quella a cui avrebbe avuto diritto una donna; tuttavia, anche in tal caso, la richiesta del lavoratore veniva rigettata. Egli, dunque, si rivolgeva al Tribunale amministrativo di Helsinki al fine di ottenere la condanna dello Stato al pagamento della somma richiesta. Tuttavia, a seguito della pronuncia di incompetenza da parte del giudice adito, il Sig. X si rivolgeva alla Suprema Corte amministrativa la quale si chiedeva se il principio della parità di trattamento tra uomini e donne, così come espresso dall'art. 4, paragrafo 1, della Direttiva 79/7³⁸¹, ostasse ad una normativa quale quella finlandese in virtù della quale la differente aspettativa di vita relativa a uomini e donne, considerata come fattore determinante per il calcolo delle prestazioni di sicurezza sociale, determinasse un differente trattamento economico nel caso di infortuni sul lavoro. Il giudice del rinvio, inoltre, si chiedeva se, nel caso di risposta affermativa alla prima questione pregiudiziale, nel caso di specie, si potesse configurare una violazione sufficientemente qualificata del diritto dell'UE.

La Corte è molto chiara nell'evidenziare che la disciplina previdenziale finlandese in esame prevede una disparità di trattamento tra uomini e donne e che è, pertanto, necessario verificare se tale disparità possa, però, essere giustificata. Tuttavia, essa osserva che il fattore dell'aspettativa di vita non è contemplato dalla Direttiva 79/7 come elemento che renda possibile una deroga al generale, e fondamentale, principio di uguaglianza. Secondo il Giudice europeo, dunque, un tale differente trattamento non è giustificabile ai sensi del diritto europeo, mentre spetta al giudice nazionale stabilire se la violazione del diritto europeo da parte del legislatore finlandese sia «sufficientemente qualificata», al fine di verificare se vi è responsabilità da parte della Finlandia.

In piena conformità rispetto alla giurisprudenza della Corte, il principio di uguaglianza

³⁸¹ Essa verteva sulla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne nella materia della sicurezza sociale.

viene valorizzato anche nella decisione in commento, dalla quale emerge come la Corte imponga criteri particolarmente rigidi per il caso di deroghe al divieto di discriminazioni basate sul sesso³⁸².

Come alcuni sottolineano, la pur scarsa giurisprudenza sulla Direttiva 79/7 è criticabile dal momento che essa avrebbe fornito un'interpretazione piuttosto restrittiva del campo di applicazione della Direttiva stessa. Quest'ultima, peraltro, prevede già una ridotta platea di destinatari, in quanto essa si riferisce ai soli regimi legali di sicurezza sociale ed incide in maniera blanda sul perseguimento di una piena parità tra uomini e donne, lasciando agli Stati la possibilità di introdurre varie deroghe in settori che tradizionalmente sono caratterizzati da differenti regimi di trattamento sulla base del sesso. Tuttavia, più di recente, il legislatore europeo ha adottato la Direttiva 2006/54 relativa alla parità di trattamento e di pari opportunità tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego³⁸³.

Il problema della disparità di trattamento in base al sesso nel rapporto di lavoro non è stato tuttora risolto in via definitiva, dal momento che permangono differenziazioni in termini di stabilità di impiego e di differenze retributive le quali si riverberano poi sui trattamenti pensionistici, spesso sotto forma di discriminazioni indirette³⁸⁴. Tendenzialmente le disparità di trattamento nella materia previdenziale non sono dovute a specifiche previsioni legislative ma, piuttosto, esse derivano da circostanze di fatto, quali, soprattutto, la diversa condizione lavorativa delle donne rispetto agli uomini, dal momento che, spesso, e prime sono costrette a ricorrere a periodi di interruzione della carriera per esigenze di vita familiare e sono occupate in rapporti di lavoro precari e caratterizzati da livelli retributivi più bassi rispetto a quelli dei lavoratori uomini.

Il fenomeno della disparità di trattamento in materia previdenziale non è, però, limitato ai soli casi di trattamenti differenziati in ragione del sesso dei lavoratori. Al contrario, tale fenomeno è particolarmente evidente anche nel caso di contratti di lavoro che esulano dal modello standard del contratto di lavoro subordinato a tempo pieno e indeterminato. Sul diverso trattamento riservato ai lavoratori impiegati a tempo parziale si segnala la

³⁸² La Corte, infatti, sin dai suoi esordi, ha operato in modo tale da eliminare le differenze basate sul sesso le quali rappresentavano un ipotetico ostacolo alla libera concorrenza e allo sviluppo del mercato unico.

³⁸³ Cfr. L. SURDI, *Calcolo delle pensioni e parità tra generi (Corte di giustizia, sezione quarta, 29 luglio 2010, causa C-577/08). Con nota*, in *Rivista del Diritto e della sicurezza sociale*, n. 1/2011, pag. 277 e ss.

³⁸⁴ Cfr. S. RENGA, *Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei*, in *Lavoro e diritto*, n.1/2012, pagg. 117 e ss.

sentenza del 10 giugno 2010, relativa ai procedimenti riuniti C-395/08 e C-396/08 con i quali è stata sottoposta al vaglio della Corte di giustizia la disciplina dei contratti di lavoro a tempo parziale di tipo verticale in virtù dei quali due lavoratori prestavano la propria attività alle dipendenze della compagnia aerea Alitalia. Nello specifico i ricorrenti nei procedimenti principali avevano contestato innanzi al Tribunale di Roma i conteggi effettuati dall'INPS in merito ai periodi contributivi, poiché dal momento che essi svolgevano la propria attività lavorativa secondo la modalità del "tempo parziale di tipo verticale ciclico", in base alla disciplina italiana, ai fini del calcolo dei contributi previdenziali si teneva conto soltanto del periodo in cui essi svolgevano effettivamente la prestazione lavorativa, a prescindere dalla durata del rapporto di lavoro. Il giudice di prime cure accoglieva le rimostranze sollevate dai ricorrenti e condannava l'istituto previdenziale a calcolare i periodi contributivi tenendo conto della durata del rapporto di lavoro e non solo della attività effettivamente svolta. A tale decisione, però, l'INPS si opponeva impugnando la sentenza davanti alla Corte di appello di Roma, la quale sospendeva il proprio giudizio per chiedere alla Corte di giustizia se la normativa dello Stato italiano – contenuta nell'art. 7, comma 1, della l. 638/83 - fosse in contrasto con la clausola 4 dell'accordo quadro di cui alla Direttiva 97/81³⁸⁵, nella misura in cui essa escludeva dal computo dei periodi contributivi i periodi in cui non era stata effettuata alcuna attività lavorativa. Chiedeva, peraltro, se la normativa italiana fosse compatibile con l'accordo quadro, soprattutto in relazione ad alcune delle finalità da questo perseguite, quali, ad esempio, la promozione delle forme di lavoro a tempo parziale, e la facilitazione dell'accesso a tale tipo di lavoro. Infine, il giudice italiano chiedeva se l'art. 4 dell'accordo quadro sul principio di non discriminazione potesse estendersi anche ad altre tipologie contrattuali, posto che tra il contratto di lavoro a tempo parziale di tipo orizzontale e quello di tipo verticale la modalità di calcolo dei periodi contributivi era diversamente disciplinata.

Al fine di meglio comprendere la vicenda dalla quale ha tratto origine la causa in esame, si deve rammentare che i lavoratori addetti al personale di cabina Alitalia, in virtù del contratto collettivo applicabile, potevano essere assunti esclusivamente con un contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale, per cui risolvere i dubbi interpretativi del giudice davanti al quale si stava svolgendo il procedimento principale risultava di particolare rilevanza.

³⁸⁵ Relativa all'accordo quadro sul lavoro a tempo parziale.

Innanzitutto, nel merito della questione, la Corte di Lussemburgo chiarisce che l'art. 4 dell'accordo quadro in questione è volto a superare le discriminazioni tra lavoratori a tempo pieno e a tempo parziale e che tale fine rientra tra gli obiettivi stabiliti dal TFUE e dalla Carta di Nizza, i quali sono volti al miglioramento delle condizioni di lavoro e di vita, all'esistenza di una tutela sociale adeguata dei lavoratori. La clausola 4 dell'accordo quadro, dunque, esprime un principio di diritto sociale che non può essere interpretato in maniera restrittiva. La Corte, inoltre, sottolinea che la determinazione degli elementi costitutivi delle retribuzioni spetta incontestabilmente alle autorità competenti degli Stati ma, ad ogni modo, nell'esercizio delle proprie competenze nei settori non rientranti in quella dell'Unione, ciascun ordinamento statale è tenuto al rispetto del diritto dell'Unione. Per tale motivo, dunque, le autorità nazionali competenti, quando si trovino a dover definire gli elementi costitutivi della retribuzione, devono attenersi anche al principio di non discriminazione sancito dall'art. 4 dell'accordo quadro.

La Corte chiarisce che il principio della parità di trattamento tra lavoratori a tempo pieno e lavoratori a tempo parziale si applica alle condizioni di lavoro, tra le quali rientra la retribuzione, nozione che ricomprende anche la pensione, con la sola esclusione delle pensioni legali di previdenza sociale. Essa, peraltro, si sofferma sulla differenza sussistente tra l'importo della pensione, il quale deve necessariamente essere calcolato sulla base della quantità di lavoro effettivamente prestato, e l'acquisizione del diritto alla pensione, il quale non può essere sottoposto al principio del *pro rata temporis*, ma, al contrario, deve essere valutato in base al periodo contributivo, ovverosia all'anzianità contributiva maturata dal lavoratore. È in virtù del principio di uguaglianza tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori *full time* che va risolto il dubbio interpretativo posto dal giudice nazionale, per cui le due categorie di lavoratori non possono essere sottoposti ad un diverso regime ai fini del calcolo del periodo in cui matura il diritto alla pensione. Peraltro, il principio di non discriminazione risulta ancora più compromesso se si pensa che il personale di cabina della compagnia aerea italiana può essere assunto solo per svolgere attività lavorativa secondo il modello del tempo parziale verticale.

Peraltro, non sussistono neppure ragioni obiettive che giustifichino tale disparità di trattamento, dal momento la disciplina italiana relativa al rapporto di lavoro pubblico prevede che ai fini dell'acquisizione del diritto alla pensione gli anni di servizio ad orario ridotto siano da considerarsi utili per intero, con evidente disparità, dunque, tra il settore pubblico e il settore privato. Inoltre, sempre al fine di escludere la sussistenza di ragioni obiettive atte a giustificare la disparità di trattamento, il Giudice di Lussemburgo

chiarisce che il tempo parziale rappresenta la modalità di esecuzione del rapporto di lavoro e non, invece, un'interruzione dello stesso.

Alla luce delle considerazioni svolte, la Corte rileva come la disciplina italiana sottoposta alla sua attenzione renda meno vantaggioso e, dunque, meno interessante per i lavoratori il contratto a tempo parziale il quale, invece, in virtù della normativa europea dovrebbe essere reso più accattivante e scevro da discriminazioni rispetto al trattamento del lavoro a tempo pieno.

La decisione in commento ha sicuramente il pregio di aver evidenziato una evidente disparità di trattamento nei confronti dei lavoratori che, tanto per esigenze proprie, quanto per esigenze connesse all'organizzazione aziendale, esercitano un'attività lavorativa a tempo parziale, configurata in modo tale da comprendere anche periodi di inattività durante i quali, tuttavia, essi risultano in ogni caso occupati, al pari di coloro che sono stati assunti con una diversa tipologia di contratto a tempo parziale. La disparità, dunque, era prevista anche all'interno della stessa categoria del lavoro parziale, giustificabile, secondo l'INPS e secondo il Governo italiano, a causa della diversa quantità di lavoro effettivamente svolta. Meritevole di attenzione è inoltre la circostanza, rimarcata dalla Corte, in virtù della quale i ricorrenti, appartenendo al personale di cabina, non avrebbero avuto altra possibilità al di fuori del contratto di lavoro a tempo parziale di tipo verticale, per cui, la disciplina relativa alla maturazione dell'anzianità di servizio rappresentava un trattamento irragionevole, difficilmente giustificabile anche alla luce del combinato disposto dell'art. 38, comma 2, Cost. e dell'art. 3, comma 1, Cost., da cui deriva il diritto alle prestazioni previdenziali riconosciute in capo al lavoratore in quanto tale. La normativa italiana, infatti, incideva negativamente sul piano della titolarità e del pieno godimento del diritto alla previdenza sociale per il lavoratore, non soltanto dunque, sulla reale quantità della prestazione la quale, invece, deve essere ragionevolmente commisurata all'effettiva attività svolta e all'ammontare dei contributi previdenziali versati.

Di recente il legislatore è intervenuto a superare qualsivoglia dubbio interpretativo relativo al trattamento previdenziale dei lavoratori a tempo pieno e di quelli a tempo parziale attraverso il d.lgs. 81/2015, il cui articolo 7 distingue tra diritti del lavoratore a tempo parziale, che in nulla possono differire rispetto a quelli di un lavoratore a tempo pieno di pari inquadramento, e il trattamento economico e normativo, proporzionato in

ragione della ridotta entità della prestazione lavorativa. In questo modo, dunque, il legislatore ha fornito una risposta adeguata alle indicazioni date dal Giudice europeo³⁸⁶.

3.2. (segue). c) *I diritti previdenziali in funzione delle libertà fondamentali dell'UE*

Un aspetto di sicuro interesse per ciò che attiene alla materia in oggetto riguarda, come accennato, la condizione dei lavoratori migranti, dal momento che essi esercitano una delle libertà fondamentali storicamente riconosciute e garantite dal diritto europeo, fortemente connesse alla creazione e allo sviluppo del mercato unico. Talvolta il coordinamento tra i diversi regimi previdenziali non è stato attuato completamente da parte degli Stati membri, per cui spesso il ricorso alla Corte di giustizia si è rivelato necessario al fine di dare effettiva attuazione alle indicazioni dettate dalla normativa dell'UE. Uno dei principali problemi emersi nella giurisprudenza analizzata riguarda la modalità di calcolo dei diversi periodi contributivi nei casi di lavoratori migranti che abbiano svolto la propria attività in più di un Paese membro.

Un caso particolarmente interessante da tale punto di vista è stato affrontato dalla Corte di giustizia nell'ambito della causa C-399/09. Nella sentenza del 22 giugno 2011, la Corte è stata interrogata circa l'interpretazione da dare ad alcune disposizioni del Regolamento 1408/1971³⁸⁷. In particolare, la domanda pregiudiziale verteva sull'interpretazione dell'art. 12 TCE e sugli articoli 3, n. 1, 7, lettera c) 10 e 46 del Regolamento 1408/71 ed era stata sollevata in occasione di una controversia tra una cittadina della Repubblica ceca, ivi residente, e l'istituto di previdenza ceco, relativa all'importo della pensione parziale da quest'ultimo concessa. La particolarità della vicenda risiedeva in una convenzione stipulata tra Repubblica ceca e Slovacchia in virtù della quale il criterio decisivo per individuare il regime nazionale previdenziale applicabile, e, quindi, l'autorità competente ad erogare la pensione, era quello della residenza del datore di lavoro al momento della scissione della *ex* Repubblica federale ceca e slovacca. La ricorrente aveva lavorato fino al 1992 nel territorio della Repubblica federale ceca e slovacca e, dopo la scissione di quest'ultima, aveva lavorato nel territorio ceco fino al 1993. A partire dal 2006 l'ente previdenziale ceco aveva corrisposto alla signora una pensione di

³⁸⁶ Cfr. C. PAOLINI, *Nel part-time l'anzianità contributiva va calcolata come nel tempo pieno – il commento*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 5/2016, pag. 457 e ss.

³⁸⁷ Regolamento relativo ai regimi di sicurezza sociale e libera circolazione delle persone, il quale detta norme per il coordinamento delle legislazioni nazionali in materia di previdenza sociale, al fine di proteggere i diritti di previdenza sociale delle persone che si spostano all'interno dell'Unione europea.

vecchiaia parziale, stabilendo che per l'attività svolta fino al 1992 il regime previdenziale applicabile fosse quello slovacco dal momento che il datore di lavoro era residente in Slovacchia.

La signora *Landotva* aveva agito nei confronti dell'istituto di previdenza sociale ceco per contestare l'importo della pensione ricevuta, sostenendo che quest'ultimo non fosse comprensivo del complesso dei periodi di lavoro svolto. Alla ricorrente, infatti, era stata negata la pensione integrativa che la giurisprudenza della Corte costituzionale ceca garantiva ai cittadini residenti cechi. Sorgeva, dunque, una complessa vicenda giudiziaria che giungeva innanzi alla Corte di cassazione ceca, la quale, a sua volta, adiva la Corte di giustizia al fine di chiarire se il Regolamento 1408/71 potesse essere interpretato in modo da considerare compatibile la giurisprudenza della Corte costituzionale ceca in materia di concessione di un'integrazione al beneficio di una prestazione previdenziale, o se, al contrario, tale concessione dovesse essere considerata quale risultato del doppio computo di uno stesso periodo di contribuzione, vietato ai sensi dell'art. 46 del Regolamento europeo.

La Corte europea nella sentenza in commento ritiene che, in base alla normativa nazionale, l'integrazione a cui avrebbe diritto la ricorrente non si risolverebbe in una doppia prestazione, ma in una mera integrazione da parte di un altro organismo previdenziale. La disciplina in esame, dunque, si occupa soltanto di colmare una differenza oggettivamente riscontrata fra prestazioni di diversa origine e, per tale motivo, le disposizioni del Regolamento europeo non ostano ad una normativa nazionale che preveda il pagamento di un'integrazione della pensione di vecchiaia quando questa, in virtù della convenzione tra Repubblica ceca e Slovacchia, sia inferiore a quanto sarebbe stato percepito se la pensione di vecchiaia fosse stata calcolata in applicazione delle previsioni del diritto della Repubblica ceca.

La seconda questione pregiudiziale, invece, attiene al problema del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità. Il giudice remittente, infatti, dubita che la normativa nazionale così come interpretata dalla Corte costituzionale sia compatibile con l'art. 3, n. 1, del Regolamento 1408/71, il quale mira ad eliminare qualsiasi discriminazione fondata sulla nazionalità in materia di erogazione delle prestazioni previdenziali.

La Corte chiarisce che secondo la normativa europea è vietata qualsiasi forma di trattamento differenziato sulla base della cittadinanza, anche laddove siano previste misure che in maniera indiretta prevedano trattamenti diversi. Nel caso di specie, il fattore

discriminante è rappresentato dalla residenza, in quanto è previsto un trattamento differenziato per i lavoratori che risiedono in repubblica ceca rispetto ai lavoratori migranti risiedenti in altri Stati. Per il Giudice europeo, dunque, la giurisprudenza della Corte costituzionale ceca è discriminatoria e occorre, dunque, verificare le conseguenze scaturenti da tale situazione, relative sia a chi ne abbia subito pregiudizio, sia a chi, invece, ne abbia tratto vantaggio. Secondo la Corte, qualora venga constatata una discriminazione vietata dal diritto dell'Unione, il modo per garantire il rispetto del principio di uguaglianza, nelle more di un intervento legislativo che elimini tale disparità, è quello dell'estensione del vantaggio a coloro che ne erano stati esclusi. Tuttavia, secondo la Corte, il diritto dell'Unione non osta a che le autorità nazionali competenti superino la discriminazione vietata attraverso provvedimenti che comportino una parificazione al ribasso delle situazioni oggetto di differente trattamento.

Ecco, dunque, che nel pur pregevole tentativo di eliminare le disparità di trattamento in materia previdenziali, la Corte esplicitamente riconosce che il principio generale della parità di trattamento è in grado di imporsi anche sui diritti quesiti di coloro che sino al momento dell'accertata violazione del divieto di discriminazioni hanno goduto di una particolare prestazione. Il rispetto del principio di uguaglianza, dunque, rappresenta un meta-valore non bilanciabile né con i diritti quesiti, né con il principio del legittimo affidamento.

Viene da chiedersi se nella ipotesi di una parificazione al ribasso dei diritti previdenziali uno Stato non debba comunque tenere conto del principio di ragionevolezza e, altresì, non sia tenuto in ogni caso a garantire un contenuto minimo dei diritti previdenziali - che consenta al titolare del diritto di godere di risorse commisurate al lavoro svolto e alle esigenze fondamentali di vita - i quali sarebbero giocoforza compromessi ad esclusivo vantaggio del principio di uguaglianza.

Nella sentenza emessa il 12 giugno 2012 la Corte di giustizia ha deciso le cause C-611/10 e C-612/10 vertenti su questioni pressoché sovrapponibili: sia nell'un che nell'altro caso, due cittadini europei - un ungherese e un polacco - avevano svolto per un periodo inferiore a 12 mesi attività lavorativa in Germania, e durante tale periodo erano stati sottoposti all'imposta sul reddito in tale Paese. Alla loro richiesta di ottenere l'erogazione di prestazioni per familiari a carico, le autorità competenti opponevano un rifiuto, sostenendo che gli stessi avrebbero potuto ottenere tali prestazioni dai Paesi competenti,

sulla base del Regolamento 1408/71³⁸⁸, il quale dettava anche norme valide per individuare il Paese competente all'erogazione di talune prestazioni previdenziali.

Se da un lato il giudice tedesco riteneva che ai ricorrenti non potesse essere riconosciuta alcuna prestazione da parte della Germania, in quanto essi avrebbero dovuto rivolgersi alle autorità dello Stato competente, ovverosia quello di origine, dall'altro lato, però, i due lavoratori ritenevano che il diritto dell'Unione non impediva ad uno Stato membro di erogare tali prestazioni, anche nel caso in cui quello competente fosse un altro Paese.

La Corte, entrando nel merito della questione, precisa, innanzitutto, che la normativa prevista dal Regolamento 1408/71 è volta ad evitare che i lavoratori che svolgano un'attività lavorativa in uno Stato diverso da quello in cui risiedono siano assoggettati a più di un regime previdenziale, in modo da evitare sovrapposizioni tra sistemi che potrebbero generare confusione a discapito dei lavoratori. Inoltre, per poter valutare appieno la portata della disciplina in esame, il Giudice europeo effettua un'analisi alla luce del diritto originario dell'UE, contenuto nell'art. 48 TUE, in virtù del quale la libertà di circolazione delle persone deve necessariamente essere tutelata. In particolare, i lavoratori non possono subire un trattamento peggiore per aver esercitato tale fondamentale libertà.

Peraltro, il Regolamento 1408/71 non vieta ad uno Stato membro di concedere, laddove lo voglia, prestazioni per familiari a carico a soggetti che prestano la propria attività lavorativa per un periodo inferiore a 12 mesi, dal momento che esso, infatti, ha lo scopo di migliorare la condizione di vita e di salute dei lavoratori migranti, per cui esso non impedisce agli Stati di introdurre discipline migliorative delle prestazioni previdenziali a favore di tale categoria di lavoratori.

La sentenza, dunque, riconosce la possibilità per gli Stati membri, anche laddove non siano competenti in virtù del Regolamento 1408/71, di elargire prestazioni per familiari a carico anche qualora i lavoratori emigranti non abbiano subito una limitazione dei propri diritti, potendo gli stessi ottenere le medesime prestazioni da parte del proprio Paese di origine.

In tale decisione, dunque, pare si possa leggere una particolare attenzione della Corte innanzitutto nei confronti dei lavoratori europei che svolgano attività lavorativa, per periodi di tempo brevi e inferiori ad un anno, al di fuori del Paese di residenza. A tali lavoratori essa, infatti, riconosce il diritto a non subire alcuna limitazione nel godimento

³⁸⁸ Il Regolamento è stato abrogato dal reg. 883/2004.

dei diritti previdenziali. Degno di nota, infatti, risulta lo sforzo ermeneutico effettuato dalla Corte la quale non si limita a fornire un'interpretazione del Regolamento 1408/71 alla luce della quale stabilire se il diritto interno tedesco sia o meno compatibile con quello europeo ma, al contrario, il Regolamento in questione viene interpretato in virtù del diritto primario, tenendo conto di quanto espresso dall'art. 48 TUE, in modo tale da scongiurare il rischio di svuotare di significato la libertà di circolazione: se, infatti, il lavoratore migrante fosse costretto a subire un pregiudizio nella sfera dei propri diritti previdenziali, tale libertà sarebbe esercitata solo da coloro che non vantano un solido corredo di diritti.

Si reputa interessante ai fini del presente lavoro un'ulteriore pronuncia in materia di prestazioni previdenziali, relativa al principio di unità di carriera e al cumulo dei diritti alla pensione nel caso di soggetti che abbiano svolto sia attività di lavoro subordinato presso un Paese membro, sia attività di funzionari dell'UE. In particolare, nel caso C-408/14 la questione fondamentale verteva sul principio di leale collaborazione tra Paesi membri e Unione europea e sull'art. 34, paragrafo 1, della Carta di Nizza.

Protagonista della vicenda è la Sig.ra *Wojciechowski*, cittadina belga, la quale ha sempre svolto la propria attività lavorativa nel proprio Paese di origine, non rientrando, dunque, nella categoria dei lavoratori migranti³⁸⁹. Ella, una volta raggiunta l'età pensionabile, aveva ricevuto il rifiuto da parte delle autorità belghe di ricevere la pensione relativa all'attività di lavoro dipendente esercitata prima di diventare funzionaria alle dipendenze dell'UE. Nello specifico, la normativa belga negava una pensione di vecchiaia dovuta ad un lavoratore dipendente in forza di prestazioni compiute in conformità alla normativa nazionale nel caso in cui la somma degli anni di carriera compiuti in Belgio e di quelli relativi all'attività svolta nell'ambito delle istituzioni europee superasse l'unità di carriera prevista dalla normativa nazionale³⁹⁰. Secondo l'autorità nazionale competente, infatti, tramite il cumulo dei regimi pensionistici la ricorrente avrebbe superato l'unità di carriera, circostanza esclusa dalla normativa belga la quale prevedeva che la carriera complessiva di un lavoratore non potesse superare i 45 anni, per tale motivo la carriera della ricorrente avrebbe dovuto essere diminuita di 10 anni. Secondo il giudice del rinvio,

³⁸⁹ Secondo la Corte, infatti, la situazione dei dipendenti dell'UE non può essere equiparata a quella dei lavoratori che si trovino alle dipendenze di un altro Stato membro ai fini dell'applicazione dell'art. 45 TFUE.

³⁹⁰ La ricorrente principale aveva lavorato dal 1965 al 1977 come lavoratrice dipendente e dal 1977 al 2011 come funzionario europeo. Ella aveva raggiunto l'età legale di pensionamento nel 2013.

una normativa quale quella belga non rispondeva a quanto stabilito dagli articoli 4, paragrafo 3, del TUE e 34, paragrafo 1 della Carta di Nizza, poiché l'applicazione del criterio di calcolo della pensione da essa previsto sarebbe idoneo a ridurre o negare la pensione di vecchiaia cui avrebbe diritto un lavoratore nel caso in cui questi abbia svolto attività di lavoro subordinato presso il proprio Paese di origine e abbia, altresì, svolto il ruolo di funzionario UE. Il giudice del rinvio dubita, dunque, che la normativa belga sia conforme al principio di leale collaborazione al quale devono ispirarsi i rapporti tra Stati membri e istituzioni europee, in quanto essa renderebbe meno vantaggioso per i cittadini belgi intraprendere un'attività lavorativa alle dipendenze delle istituzioni europee.

La Corte, innanzitutto, precisando che gli Stati membri hanno competenza per ciò che riguarda l'organizzazione dei propri sistemi previdenziali, e che, in mancanza di un'armonizzazione a livello europeo, spetta a ciascuno di essi determinare le concessioni delle prestazioni in materia previdenziale, stabilisce che nel fare ciò essi devono rispettare il diritto dell'Unione che comprende anche i principi stabiliti dalla Corte stessa, tra i quali vi è il principio di leale collaborazione. Il Giudice europeo, richiamando la propria giurisprudenza in tema di leale collaborazione tra Stati e UE, ritiene che i principi ivi elaborati possano essere applicati anche nel caso di specie e che, dunque, la normativa belga, laddove tenda a dissuadere un lavoratore che goda di una determinata anzianità contributiva per lavoro subordinato ad accettare un impiego alle dipendenze dell'Unione europea, da svolgersi all'interno del medesimo Paese membro di origine, ovvero ad indurlo ad abbandonare prematuramente tale carriera per evitare che una sua lunga durata possa compromettere i diritti pensionistici acquisiti in virtù del precedente lavoro, non rispetti il principio di leale collaborazione. Peraltro, si osserva nella sentenza in commento, la perdita dei diritti previdenziali precedentemente acquisiti non deriva direttamente dal principio di unicità della carriera, ma dal metodo che l'amministrazione belga competente ha utilizzato per il calcolo delle frazioni di pensioni spettanti, rispettivamente, al sistema previdenziale belga e a quello dell'UE. La Corte, inoltre, condivide pienamente il ragionamento dell'Avvocato generale circa la mera facoltà per i lavoratori di scegliere se ottenere le erogazioni previdenziali soltanto dal sistema relativo ai funzionari UE, ovvero di avvalersi di ciascun sistema competente nei limiti dei rispettivi obblighi.

In sostanza, per la Corte, una normativa quale quella belga chiamata in causa rappresenta una violazione del principio di leale collaborazione dal momento che rende più difficoltoso per l'Unione europea reperire lavoratori laddove questi temano di perdere i

benefici previdenziali precedentemente maturati, per cui, sulla base di tali considerazioni, non è necessario fornire alcuna interpretazione della disposizione dell'art. 34, paragrafo 1, della Carta. Anche da tale ultimo punto di vista, dunque, non pare scorgersi alcuna significativa novità nel *modus operandi* della Corte, la quale, infatti, fa largo uso della propria giurisprudenza per fornire l'interpretazione del diritto europeo senza, tuttavia, soffermarsi ad analizzare il valore e il contenuto della Carta di Nizza che, almeno in materia sociale, sembra non suscitare alcuna particolare attenzione nei confronti del Giudice europeo. Questo, infatti, pur giungendo indirettamente ad ampliare la sfera di tutela dei funzionari europei che abbiano precedentemente svolto una diversa attività lavorativa, percorre la strada della valutazione dei rapporti Unione europea/ Stati membri, i quali sono tenuti ad astenersi dal porre in essere comportamenti che possano ostacolare l'attività delle istituzioni europee, anche in maniera indiretta, come nel caso di specie. Proprio tale aspetto non appare di immediata comprensione, poiché, se è vero che il principio di leale collaborazione deve informare i rapporti tra il centro dell'Unione e i Paesi membri, tuttavia, un caso quale quello di cui qui si discute sembrerebbe rilevante soprattutto dal punto di vista del diritto del funzionario a non subire pregiudizio nella propria sfera di diritti previdenziali, tutelati, peraltro, dal livello più alto delle fonti del diritto europeo il quale, forse, avrebbe meritato di essere maggiormente valorizzato. Al contrario, esso risulta assorbito dal ben più fondamentale problema dei rapporti centro/periferia dell'Unione europea.

Da quanto sin qui analizzato, emerge la centralità della tutela della libertà di circolazione ad opera della normativa in materia di prestazioni previdenziali, per cui gli Stati membri dell'Unione europea sono tenuti a far sì che ciascun lavoratore, che abbia esercitato la libertà sancita dall'art. 45 TFUE, non subisca pregiudizi nel proprio corredo di diritti previdenziali per il solo fatto di aver svolto la propria attività lavorativa in diversi Stati membri. Risponde a tale *ratio* l'istituto della totalizzazione dei periodi contributivi, in virtù del quale, al fine del sorgere del diritto alle pensioni, si deve tener conto di tutti gli anni di lavoro svolto, anche se ciò sia avvenuto in diversi Paesi. Proprio alla luce di tale principio, il Sig. Gardella, cittadino italiano, aveva chiesto all'INPS di trasferire al regime dell'Ufficio europeo brevetti, presso il quale lavorava a far data dal 2002, i contributi versati per l'attività lavorativa svolta in Italia dal 1992 al 2002. L'istituto previdenziale, però, rigettava tale richiesta adducendo l'inesistenza di una disciplina italiana che consentisse tale trasferimento. Il Sig. Gardella, pertanto, adiva il Tribunale di La Spezia il quale, a sua volta, riteneva che la mancata possibilità di procedere al trasferimento dei

contributi costituissero un ostacolo alla libertà di circolazione. Il giudice del rinvio sosteneva, cioè, che vi fosse una violazione dei diritti attribuiti ai cittadini dell'UE dagli articoli 20, 45 e 48 TFUE, oltre che delle disposizioni ex art. 145 e 147 TFUE e dell'art. 15 della Carta di Nizza. Le questioni pregiudiziali³⁹¹ erano volte a chiarire se le disposizioni appartenenti all'ordinamento europeo appena citate dovessero essere interpretate nel senso che ostassero ad una normativa quale quella italiana o ad una prassi amministrativa che non consentivano il trasferimento dei contributi versati per il lavoro svolto nel Paese stesso a favore di un Ente a statuto internazionale, situato nel territorio di un altro Stato membro. Si chiedeva, inoltre, se nel caso di risposta affermativa, il suddetto trasferimento potesse essere imposto anche in difetto di un accordo specifico tra lo Stato membro e l'Ente.

Secondo il Giudice europeo, posto che la situazione del lavoratore italiano rientra nell'alveo dell'art. 45 TFUE, occorre verificare se l'inesistenza del diritto a trasferire i suoi contributi dal sistema italiano a quello dell'Ente internazionale sia d'ostacolo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'UE. L'UEB non è un ente europeo e il suo statuto non appartiene alla categoria degli atti giuridici dell'Unione, esso è infatti un ente internazionale, disciplinato dalle norme del diritto internazionale. La situazione del ricorrente principale, dunque, deve essere paragonata a quella dei lavoratori subordinati presso datori di lavoro diversi dalle istituzioni europee e dalle organizzazioni internazionali e a quella dei cittadini lavoratori autonomi.

Si osserva nella sentenza in commento che i regolamenti 1408/71 e 883/2004 sanciscono il principio della totalizzazione dei periodi contributivi, mentre non prevedono norme concernenti il trasferimento di capitale corrispondente a diritti a pensione già maturati. La Corte deduce che l'art. 45 letto alla luce dell'art. 48 TFUE, secondo il quale gli Stati membri devono attuare un sistema di totalizzazione di periodi contributivi, non prevede che gli Stati membri introducano una normativa relativa al trasferimento dei capitali da un sistema previdenziale ad un altro, per cui la libertà di circolazione non sembra essere violata. Non occorre, inoltre, analizzare le norme contenute negli articoli 20 TFUE e 15, paragrafo 2, della Carta di Nizza poiché le considerazioni ad esse inerenti sono assorbite da quanto analizzato in merito agli art. 45 e 48 TFUE.

Rileva la Corte che, nel caso in cui non sia possibile applicare il meccanismo del

³⁹¹ Tali questioni sono state sottoposte all'attenzione della Corte nella causa C-233/12, decisa con sentenza il 4 luglio 2013.

trasferimento dei contributi accumulati da un sistema all'altro, privare il lavoratore del diritto alla totalizzazione dei periodi contributivi accumulati rappresenterebbe una evidente violazione della libertà di circolazione, poiché le persone che abbiano esercitato tale libertà, nel caso in cui i periodi di lavoro o di contribuzione non raggiungano il periodo minimo richiesto dalla legislazione nazionale per conferire il diritto alla pensione, rischierebbero di non percepire la prestazione di vecchiaia della quale i lavoratori avrebbero invece beneficiato se non avessero lavorato in un altro Stato presso un'organizzazione internazionale. La verifica circa la reale sussistenza di tale pregiudizio spetta al giudice nazionale.

In sostanza, la Corte ritiene che il diritto dell'UE in materia di libera circolazione dei lavoratori e dei diritti previdenziali dei lavoratori migranti non impedisce ad uno Stato membro di non prevedere la possibilità del trasferimento dei contributi versati per l'attività in esso svolta a favore dell'Ente internazionale presso cui lavori il proprio cittadino, tuttavia, ai sensi degli art. 45 e 48 TFUE lo Stato dovrà consentire che il periodo di lavoro svolto al suo interno sia calcolato congiuntamente ai periodi di attività presso il predetto ente.

Ancora una volta, la Corte sembra valorizzare al massimo grado la libertà di circolazione delle persone all'interno dell'UE, così come sancita dall'art. 45 del TFUE. Essa, infatti, sorvola sulle considerazioni richieste dal giudice del rinvio in merito all'art. 15, paragrafo 2, della Carta di Nizza, quasi a voler dimostrare che unico oggetto della sua interpretazione sia la libertà di circolazione, uno fra i capisaldi dell'origine stessa dell'Unione europea, mentre il diritto del lavoratore a godere di protezione sociale in maniera proporzionale all'effettiva attività svolta non assume alcun rilievo nell'impugnato argomentativo della Corte. Al lavoratore, dunque, deve essere garantita la possibilità di ottenere la totalizzazione dei periodi relativi ai contributi previdenziali dal momento che, se tale possibilità fosse negata, egli avrebbe meno interesse a prestare la propria attività lavorativa presso Stati diversi. Tale sentenza, dunque, conferma i precedenti orientamenti della Corte indirizzati ad eliminare gli ostacoli al libero dispiegamento dei fattori produttivi all'interno del mercato unico, tralasciando, tuttavia, di aggiornare la propria visione alla mutata dimensione dei diritti dei lavoratori scaturite dal Trattato di Lisbona³⁹².

³⁹² Cfr. M. MARESCA, *Il «non» diritto alla magnanimitas della Corte di giustizia europea in materia di totalizzazione dei periodi contributivi*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n.

Attraverso l'interpretazione della disciplina della libertà di circolazione, la Corte ha realizzato un'espansione della tutela dei lavoratori migranti e delle loro famiglie e ciò è stato possibile soprattutto perché la Corte ha potuto estendere a tali soggetti l'applicazione di discipline nazionali sorte, non per favorire le naturali dinamiche del mercato, ma per contrastare gli effetti di queste, in funzione di protezione sociale³⁹³.

La tensione sottesa al rapporto mercato/diritti dei lavoratori non pare, quindi, risolta ma, al contrario, essa sembrerebbe quasi essere implicitamente connessa alla natura stessa dell'ordinamento europeo, sebbene quest'ultimo vanta un apparato normativo che tiene in debita considerazione il valore fondamentale della persona e dei suoi diritti. Questo conflitto latente viene rimesso alla gestione degli Stati membri i quali, cioè, nell'applicazione del diritto europeo devono operare in modo tale da garantire anche i diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza. Non si può, dunque, affermare che l'ordinamento europeo sia indifferente o addirittura nemico dei diritti dei lavoratori, tuttavia, esso preferisce svolgere un ruolo di coordinatore, limitandosi a produrre norme di indirizzo, lasciando agli Stati l'onere di realizzare un sistema all'interno del quale il lavoratore, figura fondamentale nell'ambito delle libertà economiche, possa contribuire all'accrescimento del mercato unico anche attraverso l'esercizio della fondamentale libertà di circolazione, senza il timore di subire ingiusti pregiudizi nel godimento dei diritti previdenziali e di ricevere un trattamento differenziato sulla base di vari fattori quali l'età, il sesso, la nazionalità. Laddove gli Stati non realizzino una corretta interpretazione del diritto europeo subentra la Corte di giustizia, la quale, sebbene si sia dimostrata capace di perseguire la protezione dei diritti dei lavoratori, nell'ambito del diritto previdenziale, ha tuttavia mostrato ancora una evidente ritrosia nei confronti della Carta di Nizza, preferendo attingere dai Trattati e dal diritto derivato le basi giuridiche delle proprie decisioni.

4. Problematiche relative ai contratti di lavoro a tempo determinato

Il contratto di lavoro a tempo indeterminato, quale modello tradizionale dei rapporti di lavoro, assume un ruolo centrale anche nell'ordinamento europeo, come dimostra quanto chiarito nel preambolo dell'accordo quadro del 18 marzo 1999³⁹⁴, nel quale è sancito che

1/2014, pag. 129 e ss.

³⁹³ Cfr. S. P. EMILIANI, *La portabilità dei fondi di previdenza complementare come «vantaggio sociale»*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 3/2011, pag. 652-653.

³⁹⁴ L'accordo quadro in questione era stato adottato al fine di perseguire un migliore equilibrio tra flessibilità dell'orario di lavoro e sicurezza dei lavoratori. Tra gli obiettivi dell'accordo vi era

i contratti a tempo indeterminato rappresentano la forma comune dei rapporti di lavoro ma che, altresì, i contratti a tempo determinato rispondono, talvolta, sia ad esigenze dei datori di lavoro che a quelle dei lavoratori. Dal dialogo tra le organizzazioni intercategoriale a carattere generale, CES, CEEP, UNICE a livello europeo è nata la Direttiva 1999/70/CE, il cui scopo era l'applicazione dell'accordo quadro sui contratti di lavoro a tempo determinato. Già prima di tale momento in Europa vi era stato il tentativo di intervenire nella materia dei contratti a tempo determinato, anche alla luce degli obblighi che la Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori aveva imposto agli Stati, i quali avrebbero dovuto provvedere a migliorare le condizioni di lavoro dei lavoratori a tempo determinato. Tale finalità, tuttavia, confliggeva con la strategia di flessibilizzazione del mercato, esigenza ugualmente prioritaria nell'ordinamento europeo, dal momento che si riteneva che le stessa potesse migliorare l'efficienza gestionale delle imprese e, dunque, favorire la crescita e lo sviluppo del mercato³⁹⁵.

Il risultato cui si è pervenuti nella Direttiva del 1999 - definito modello di «flessibilità mite»³⁹⁶ - rappresenta un compromesso tra le esigenze dei lavoratori e dei datori di lavoro. Esso intende prevenire la incondizionata reiterazione del contratto a tempo determinato, allo scopo di tutelare i diritti dei lavoratori derivanti dal rapporto in questione. Tale fine è perseguito in particolare dalla clausola n. 5, la quale prevede una serie di misure atte ad evitare un abuso nella reiterazione dei contratti di lavoro a tempo determinato e alla quale si rivolgono numerosi rinvii pregiudiziali alla Corte di giustizia.

La clausola n. 4, invece, mira a prevenire qualsiasi discriminazione nelle condizioni di impiego tra lavoratori a tempo determinato e a tempo indeterminato: i primi, infatti, non possono essere destinatari di condizioni meno favorevoli per il solo fatto di non essere titolari di un rapporto di lavoro duraturo. In particolare, l'ultimo capoverso della clausola in esame specifica che i criteri del periodo di anzianità di servizio relativi a particolari condizioni di lavoro non potranno subire variazioni a seconda della tipologia contrattuale, se non in presenza di ragioni oggettive.

quello di evitare gli abusi derivanti dalla reiterazione di contratti di lavoro a tempo determinato. Tale accordo rappresenta l'esito di lunghe difficili trattative svolte fra le parti sociali a livello europeo.

³⁹⁵ Cfr. A. DIPAOLANTONIO, *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione*, in *Manuale del diritto europeo del lavoro e della previdenza sociale*, G. ZACCARDI (a cura di), Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015, pag.139 e ss.

³⁹⁶ Cfr. A. DIPAOLANTONIO, *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione*, op. cit. pag. 141.

Nel corso del periodo ricompreso tra il 2005 e il 2010 la Corte di giustizia si è trovata ad affrontare una numerosa serie di rinvii pregiudiziali sollevati dai giudici di vari Paesi membri i quali hanno sottoposto questioni interpretative in merito alla disciplina del contratto a tempo determinato³⁹⁷. Tuttavia, a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, la richiesta dei giudici remittenti non è stata più meramente volta a chiedere un'interpretazione autentica della Direttiva 1999/70 e delle clausole dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato, ma i giudici di merito hanno iniziato ad utilizzare lo strumento pregiudiziale come metodo per confermare il ruolo istituzionale svolto dalla Corte di giustizia nel processo giurisdizionale di diffusione e applicazione dei principi costituzionali europei³⁹⁸. Tali circostanze sembrano dimostrare l'esigenza dei giudici ordinari di ottenere più adeguate risposte in termini di giustizia ed effettività dei diritti. Essi, dunque, hanno iniziato a rivolgersi sempre più frequentemente al Giudice sovranazionale, quasi interrompendo il loro rapporto con le Corti costituzionali nazionali, dimostrandosi consapevoli del ruolo ad essi assegnato dall'ordinamento europeo quali giudici comuni del diritto dell'UE, soggetti titolari della funzione di interpretazione ed applicazione di quest'ultimo.

Nell'ordinamento italiano la disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato ha suscitato numerose problematiche nel settore della pubblica amministrazione, regolato dal d.lgs. 165/2001, il cui articolo 36 regola l'utilizzo dei contratti di lavoro flessibile. Tale disposizione esclude la possibilità che, in caso di violazione del divieto di reiterazione, il contratto di lavoro a tempo determinato possa tramutarsi in un contratto a tempo indeterminato ma riconosce, al contrario, la possibilità di ottenere il risarcimento del danno eventualmente subito a causa della mancata conversione del rapporto.

La Corte di giustizia è stata chiamata dal Tribunale di Trani a fornire la corretta interpretazione della clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. La Causa C-98/09 era sorta nell'ambito del contenzioso tra la Sig.ra Sorge e Poste Italiane Spa, in cui la prima aveva citato in giudizio la società al fine di ottenere l'accertamento dell'illiceità della clausola di durata inserita nel contratto in virtù del quale era stata assunta, dal momento che non erano stati espressamente indicati il nome del lavoratore sostituito né le ragioni della sostituzione.

³⁹⁷ In particolare, essa si è pronunciata in dodici diverse cause, di cui 9 sentenze e tre ordinanze.

³⁹⁸ Cfr. V. DE MICHELE, *Sul contratto a termine la Corte di giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 9/2010, pag. 865 e ss.

Il giudice del rinvio chiedeva, dunque, se la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro³⁹⁹ ostasse ad una normativa quale quella del d.lgs. 368/2001 in virtù della quale il datore di lavoro non aveva l'obbligo di indicare il nome del lavoratore sostituito e le ragioni della sostituzione. Tale norma, dunque, rappresentava per il giudice italiano un arretramento nel livello di tutela dei lavoratori a tempo determinato.

La Corte, con la sentenza del 24 giugno 2010, chiarisce che, se da un lato spetta al giudice ordinario verificare se la normativa interna sia peggiore rispetto a quella precedente, tuttavia, essa può fornire indicazioni utili al fine di verificare se l'eventuale peggioramento delle condizioni di tutela del lavoratore rientri nella nozione di «*reformatio in peius*» ai sensi dell'art. 8, n. 3 della clausola. Il giudice di Lussemburgo ritiene che la previsione legislativa italiana non sembri introdurre un peggioramento del livello generale di tutela, intollerabile ai sensi dell'accordo quadro, in quanto la previsione in esame si applica soltanto ai lavoratori temporaneamente assunti in sostituzione di altri. La eventuale minore tutela accordata dal legislatore, dunque, riguarderebbe un ristretto numero di lavoratori, la cui incidenza sul piano generale della tutela deve essere comunque valutata dal giudice del rinvio. Il livello generale di tutela offerto alla categoria dei lavoratori a tempo determinato, peraltro, può altresì preservato nel caso in cui l'ordinamento preveda altre garanzie.

La seconda questione pregiudiziale risulta particolarmente interessante, dal momento che con essa il Tribunale di Trani chiedeva alla Corte se egli fosse tenuto, in forza del diritto UE, a non applicare una normativa nazionale quale quella oggetto del giudizio pendente innanzi a sé, nel caso in cui essa contrastasse con le norme dell'accordo quadro. Nel caso di risposta affermativa, il giudice del rinvio si chiedeva se si dovesse applicare l'art. 1 della l. 230/1962⁴⁰⁰.

La Corte esclude la diretta efficacia della clausola in esame, ma sottolinea che i giudici nazionali sono tenuti a fornire un'interpretazione del diritto interno in maniera tale da

³⁹⁹ A norma della quale: «L'applicazione del presente accordo non costituisce un motivo valido per ridurre il livello generale di tutela offerto ai lavoratori nell'ambito coperto dall'accordo stesso».

⁴⁰⁰ Il quale sanciva: «Il contratto di lavoro si reputa a tempo indeterminato, salvo le eccezioni appresso indicate. È consentita l'apposizione di un termine alla durata del contratto: (...)

b) quando l'assunzione abbia luogo per sostituire lavoratori assenti e per i quali sussiste il diritto alla conservazione del posto, sempre che nel contratto di lavoro a termine sia indicato il nome del lavoratore sostituito e la causa della sua sostituzione; (...) L'apposizione del termine è priva di effetto se non risulta da atto scritto. Copia dell'atto scritto deve essere consegnata dal datore di lavoro al lavoratore». In sostanza, il giudice del rinvio illustrava l'ipotesi di reviviscenza di una norma abrogata ad opera della disposizione con cui era stata data attuazione alla Direttiva concernente l'accordo quadro sul pubblico impiego.

garantire il raggiungimento dello scopo perseguito dall'accordo quadro. Essa, peraltro, si dimostra consapevole della difficoltà che incontra il giudice nazionale in un tale tipo di interpretazione, resa complicata dal necessario rispetto dei principi generali del diritto, quali la certezza e l'irretroattività e, oltretutto, tale interpretazione non può comunque condurre ad un esito *contra legem* del diritto nazionale.

In sostanza dovrà essere il giudice nazionale, laddove ritenga che il diritto nazionale sia incompatibile con la clausola 8, n. 3, dell'accordo quadro, ad operare un'interpretazione della normativa nazionale che sia conforme a quella europea.

È interessante osservare, come parte della dottrina sottolinea, che con tale sentenza la Corte di giustizia si è limitata a prendere atto che la clausola di non regresso ha fornito alla giurisprudenza italiana un parametro alla luce del quale sanare attraverso l'interpretazione adeguatrice i contrasti della norma interna con la Direttiva, mantenendo, dunque, invariato l'equilibrio interpretativo raggiunto nell'ordinamento italiano in merito alle esigenze sostitutive. Secondo tale dottrina, la sentenza in esame ha dovuto affrontare il problema della tendenza dello Stato italiano a non recepire in maniera del tutto corretta gli obblighi comunitari, soprattutto quando siano in gioco aspetti relative alle imprese pubbliche⁴⁰¹.

Con ordinanza del 1° ottobre 2010 la Corte di giustizia ha deciso la causa C-3/10 relativa al rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale di Rossano⁴⁰² nel corso di un procedimento che vedeva come parti avversarie il Sig. Affatato e l'Azienda Sanitaria Provinciale di Cosenza. Il Sig. Affatato aveva lavorato alle dipendenze dell'azienda pubblica in virtù di 6 diversi contratti di lavoro a tempo determinato e riteneva, pertanto, che le esigenze del datore di lavoro pubblico presso cui aveva svolto la propria attività fossero permanenti e durature, tali, dunque, da rendere illegittima la reiterazione dei contratti di lavoro a tempo determinato. Egli, dunque, chiedeva al Tribunale di Rossano la conversione di tali

⁴⁰¹ Sul punto si veda V. DE MICHELE, *Sul contratto a termine la Corte di giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 9/2010, pag. 865 e ss.

⁴⁰² Nel medesimo periodo altri Tribunale italiani hanno adito la Corte di giustizia per situazioni analoghe a quella qui in commento, tra i quali, ad esempio si annovera il Tribunale di Trani e il Tribunale di Venezia. Tale attivismo da parte dei giudici ordinari nei confronti del giudice sovranazionale è emblematico del problema strutturale sussistente in Italia per ciò che attiene al c.d. precariato nel settore pubblico, ove le sue peculiari regole non consentono di procedere a trasformazioni immediate dei contratti di lavoro a termine in contratti a tempo indeterminato, generando, così, forti disparità di trattamento all'interno del settore pubblico ed evidenti problemi dal punto di vista del legittimo affidamento dei lavoratori. Sul punto di veda V. DE MICHELE, *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2010, pag. 113 e ss.

contratti in un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, la condanna del datore di lavoro alla reintegra del posto di lavoro e al versamento delle retribuzioni maturate a partire dalla data di scadenza dell'ultimo contratto fino a quella della riassunzione. In subordine egli chiedeva la condanna dell'Azienda Sanitaria al pagamento delle retribuzioni per il periodo di sospensione del rapporto di lavoro trascorso tra il primo e l'ultimo contratto di lavoro.

Secondo il giudice remittente, dal momento che l'Azienda convenuta aveva dichiarato che la reiterazione dei contratti a termine non rispondeva ad esigenze produttive o organizzative, ma all'impossibilità di procedere con nuove assunzioni a causa del blocco imposto da diverse leggi finanziarie, i contratti sottoposti alla sua attenzione avrebbero dovuto essere dichiarati nulli, perché stipulati in violazione dell'art. 1 del d.lgs. 368/2001. Il Giudice ordinario nutriva però numerosi dubbi interpretativi riguardo alla normativa europea in materia di contratti a termine, per cui sospendeva il procedimento in corso per adire la Corte di giustizia alla quale sottoponeva 16 diverse questioni pregiudiziali, vertenti non soltanto sull'interpretazione delle norme che specificamente riguardavano il caso di specie, ma, al contrario, estendeva il proprio campo di indagine ad altri settori del lavoro pubblico ugualmente interessati dalla problematica del lavoro a tempo determinato.

La Corte, innanzitutto, rileva che le prime dodici questioni sulle quali il Tribunale di Rossano l'aveva interrogata non rilevano ai fini del procedimento principale⁴⁰³, per cui esse sono dichiarate manifestamente irricevibili. Le questioni dalla tredicesima alla sedicesima, invece, vertevano sul regime sanzionatorio previsto dall'ordinamento italiano in attuazione dell'accordo quadro sul lavoro a tempo determinato. In sostanza il giudice chiedeva se tale normativa, la quale non prevedeva la conversione in un contratto a tempo indeterminato nel caso di più rinnovi di un contratto di lavoro a tempo determinato, fosse adeguata all'accordo quadro e, inoltre, domandava di indicare i criteri idonei a garantire l'adeguatezza delle sanzioni in caso di ricorso abusivo a contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato.

La giurisprudenza della Corte di giustizia sulle questioni proposte è abbondante, come si evince dai richiami fatti nell'ordinanza in commento, ove si afferma che la clausola 5 dell'accordo quadro non impone agli Stati di prevedere l'automatica trasformazione dei

⁴⁰³ Tali questioni riguardavano i lavoratori socialmente utili, i dipendenti di poste italiane, i lavoratori precari della scuola, per cui non potevano dirsi rilevanti rispetto al procedimento in corso.

rapporti di lavoro a tempo determinato in contratti a tempo indeterminato, ma lascia un ampio margine di discrezionalità agli Stati anche nella definizione delle misure concrete da utilizzare. Tuttavia, lo Stato deve in ogni caso prevedere una misura sanzionatoria adeguata per il caso di abuso dei contratti di cui si discute e, nel caso di carenza di tali misure, spetta alle autorità nazionali agire attraverso misure proporzionate e sufficientemente efficaci e dissuasive per garantire la piena efficacia delle norme adottate in virtù dell'accordo quadro.

Il Governo italiano, intervenuto nel giudizio pregiudiziale, aveva dichiarato che nell'ordinamento interno vi fossero delle misure sanzionatorie per i casi di abuso del contratto di lavoro a tempo determinato, per cui la Corte rimette al giudice del rinvio l'onere di stabilire se tali previsioni rappresentino uno strumento adeguato allo scopo. La Corte, peraltro, suggerisce di avvalersi della propria precedente giurisprudenza, in virtù della quale si evince che, nel caso di mancanza di una disciplina dell'Unione in materia, le norme contenenti sanzioni per il caso di abuso dei contratti in discussione devono essere stabilite dall'ordinamento statale tenendo conto dei principi di equivalenza ed effettività. Infine, la Corte chiarisce che l'accordo quadro deve essere interpretato nel senso che il giudice del rinvio dovrà verificare se le misure previste dalla normativa nazionale in materia di sanzione per abuso del contratto di lavoro a tempo determinato non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano situazioni analoghe di natura interna e che le stesse non vanifichino l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento dell'Unione europea⁴⁰⁴.

La Corte di giustizia è stata chiamata nuovamente dai giudici italiani a fornire un'interpretazione dell'accordo quadro sul contratto a tempo determinato nella causa C-361/12, decisa con sentenza del 12 settembre 2013. Anche in tal caso il procedimento principale vedeva in contraddittorio Posta Italiane spa citate in giudizio da una donna che era stata assunta con un contratto a tempo determinato in sostituzione di un altro lavoratore, in assenza di ulteriori precisazioni in merito all'interno del contratto.

Tra le diverse questioni sottoposte al giudice di Lussemburgo si chiedeva se la clausola n. 4, punto 1, dell'accordo quadro, dovesse essere interpretata in modo tale da essere

⁴⁰⁴ La giurisprudenza relativa ai contratti a tempo determinato, con particolare riguardo al caso del settore pubblico italiano risulta copiosa, per cui non è possibile all'interno del presente lavoro soffermarsi diffusamente sulle varie sentenze rilevanti. Tra le varie, C-161/11, decisa con ordinanza del 22 giugno 2011, sorta nell'ambito di un procedimento principale in cui il Sig. Vito aveva citato in giudizio Poste Italiane ritenendo che fosse illecita la clausola del contratto di lavoro a tempo determinato per non mancanza delle ragioni della sostituzione.

direttamente invocata nei confronti di un ente pubblico, quale Poste italiane. Nello specifico, la clausola in questione conteneva il principio di non discriminazione tra lavoratori a tempo determinato e a tempo indeterminato. Dal momento che Poste italiane è interamente posseduta dallo Stato, secondo la Corte non vi è dubbio che la clausola possa essere direttamente invocata nei suoi confronti.

Alla Corte era stato chiesto, inoltre, se nelle “condizioni di lavoro” invocate dalla predetta clausola dovesse essere ricompresa anche l’indennità che un datore di lavoro è tenuto a versare nel caso di apposizione illecita di un termine al contratto di lavoro. La Corte, al fine di rispondere a tale quesito, sottolinea come non esista all’interno dell’accordo quadro una definizione di “condizioni di lavoro”, concetto sul quale, tuttavia, la Corte si è già espressa in relazione all’accordo quadro sul contratto a tempo parziale, la cui clausola 4, punto 1, è redatta in maniera pressoché identica alla clausola 4, punto 1 dell’accordo sul contratto a tempo determinato. Il criterio determinante per individuare cosa significhi condizioni di lavoro risiede nel rapporto sussistente tra il dipendente e il datore di lavoro. Rientra, dunque, nella nozione “condizione di lavoro” l’indennità prevista nel caso di illegittimo uso del contratto a tempo determinato, poiché essa trova la propria ragion d’essere nella sussistenza di un rapporto di lavoro. Tuttavia, la Corte non ritiene corretta l’equiparazione fatta dal giudice del rinvio tra lavoratori a tempo determinato e lavoratori licenziati, per cui le indennità previste per le diverse situazioni non sono assimilabili, tuttavia, dal momento che gli Stati rimangono liberi di prevedere tutele più ampie anche per i lavoratori a tempo determinato⁴⁰⁵, è ipotetica possibile per lo Stato prevedere un trattamento simile a quello relativo ai lavoratori licenziati.

Prima di passare ad una più approfondita analisi della nota vicenda *Mascolo* si segnala la sentenza del 9 luglio 2015, relativa alla Causa C-177/14, con cui la corte di giustizia è stata adita da un giudice spagnolo davanti al quale la Sig.ra *Dans* aveva citato il Consiglio di Stato spagnolo, al fine di ottenere il riconoscimento del diritto a percepire le maggiorazioni corrispondenti agli scatti triennali di anzianità per i servizi prestati presso diverse amministrazioni a partire dal 1980. Ella chiedeva, inoltre, il versamento dell’importo corrispondente alle maggiorazioni degli ultimi quattro anni.

⁴⁰⁵ Il giudice italiano aveva riscontrato una disparità di trattamento in merito all’importo previsto per l’indennità di licenziamento ai sensi dell’art. 18 dello Statuto dei lavoratori e per l’indennità dovuta ad un abuso del contratto a tempo parziale. In particolare, il giudice del rinvio metteva in evidenza che i lavoratori a tempo determinato erano destinatari di un trattamento penalizzante poiché essi avevano diritto esclusivamente ad un’indennità pari, al massimo, a 12 mensilità, a prescindere dal periodo precedente alla reintegrazione nel posto di lavoro.

Il Giudice europeo, chiarito che la *ratio* dell'accordo quadro sia quella di ricomprendere tutti i lavoratori a tempo determinato, senza distinzioni sulla base della durata del contratto, sottolinea che il generale principio di uguaglianza impone di riconoscere ai lavoratori a tempo determinato i medesimi diritti e il medesimo trattamento previsti per tutti gli altri lavoratori, a meno che non sussistano condizioni obiettive che rendano possibile trattamenti differenziati, le quali, però, non possono essere rinvenute nella durata stessa del rapporto di lavoro.

Chiarito che scopo dell'accordo quadro è quello di migliorare le condizioni del lavoro a tempo determinato e di garantire il rispetto del principio della parità di trattamento, la Corte si sofferma sulla analisi delle maggiorazioni triennali previste dalla legislazione spagnola soltanto a favore dei lavoratori a tempo indeterminato, e sancisce che rientrano nella nozione di condizioni di impiego. I lavoratori temporanei non possono subire trattamenti pregiudizievoli rispetto ai lavoratori a tempo indeterminato, se non nei limiti di precise ragioni obiettive. Il governo spagnolo, infatti, aveva argomentato che il personale reclutato occasionalmente appartenesse ad una categoria distinta dai lavoratori pubblici, mentre la Corte afferma che la ricorrente nel procedimento principale sembrava svolgere compiti di collaborazione relativi ad attività di tipo amministrativo, e non, invece, a missioni specifiche, per cui sarà il giudice del rinvio a verificare se un lavoratore che si trovi nella condizione della ricorrente svolga attività comparabili a quelle dei lavoratori a tempo indeterminato. Nel caso in cui da tale analisi si evincesse che tra le due categorie di lavoratori sussistano analogie, il trattamento differenziato potrebbe essere valido soltanto in presenza di ragioni obiettive, ovverosia criteri oggettivi e trasparenti alla luce dei quali verificare se la disparità sia idonea al perseguimento dello scopo previsto.

È interessante notare come la Corte, riferendosi al giudice spagnolo, rimarchi la necessità che esso, nel valutare gli argomenti addotti dal Governo spagnolo come ragioni obiettive, dovrà escludere del tutto la possibilità di considerare tale la natura temporanea del rapporto di lavoro. In sostanza, laddove il giudice del rinvio dovesse rilevare che le situazioni tra le due categorie di lavoratori considerate siano comparabili, e che l'unica differenza consista nella durata del rapporto, sarà tenuto ad estendere anche ai lavoratori temporanei il diritto a percepire le maggiorazioni dovute agli scatti di anzianità, a meno che non sussistano ragioni obiettive e trasparenti che consentano un differente trattamento. La Corte, dunque, dimostra in questa sentenza che il lavoratore in quanto tale

gode di determinati diritti i quali non possono essere aprioristicamente cancellati solo in ragione della durata del rapporto lavorativo.

4.1.(segue). b) Un case study: i precari della scuola italiana tra Corte di giustizia e Corte costituzionale

Di particolare interesse risulta essere la sentenza del 26 novembre 2014⁴⁰⁶, emessa dalla Corte di Giustizia in risposta a 4 diversi rinvii pregiudiziali sollevati dal Tribunale di Napoli e dalla Corte costituzionale italiana, relativa ai c.d. precari della scuola italiana. I procedimenti pendenti innanzi ai giudici italiani erano stati sollevati da personale docente e amministrativo impiegato nella scuola pubblica italiana in virtù di contratti di lavoro a tempo determinato più volte rinnovati. I ricorrenti sostenevano che tali reiterati rinnovi fossero in contrasto con la disciplina europea in materia di contratti di lavoro a tempo determinato.

Tale sentenza ha affermato che l'accordo quadro adottato nell'ambito della Direttiva 99/70/CE trova applicazione anche nel caso di lavoratori pubblici. In particolare, la clausola n. 5 di tale accordo mirava a limitare il ricorso ai contratti a termine, a tutela dei diritti dei lavoratori, in piena coerenza con la *ratio* all'accordo stesso: la stabilità del rapporto di lavoro è un elemento fondamentale della tutela dei lavoratori, mentre la temporaneità di tali rapporti può essere solo eccezionalmente giustificata tanto da esigenze dei lavoratori, quanto da quelle dei datori di lavoro. Gli Stati, dunque, godendo di un ampio margine di discrezionalità, devono perlomeno indicare le ragioni obiettive che giustificano il rinnovo di tali contratti o rapporti di lavoro; devono altresì individuare una durata massima dei rinnovi e il numero massimo degli stessi. L'accordo quadro, dunque, impone agli Stati solo di prevenire l'abuso derivante da un rinnovo arbitrario di tali rapporti di lavoro a tempo determinato, lasciando loro la libertà nella scelta dei mezzi da adottare. Inoltre, spetta sempre agli Stati introdurre sanzioni efficaci contro tali abusi, non essendo gli stessi vincolati dall'accordo quadro a trasformare automaticamente i rapporti precari in rapporti stabili.

La Corte ha rilevato che, dal momento che nella normativa italiana mancava qualsiasi limite al rinnovo di tali contratti e che, inoltre, ai sensi dell'art. 10, comma 4 *bis* del d.lgs. 368/2001 è espressamente esclusa per il personale della scuola l'automatica

⁴⁰⁶ Cause riunite C-22/13, C-61/13, C-62/13, C-63/13, C-418/13 *Raffaella Mascolo e a. c. Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca*.

trasformazione in contratto a tempo indeterminato per i contratti a tempo determinato superiori a 36 mesi, è necessario che vengano individuate le ragioni obiettive dei rinnovi dei contratti a tempo determinato dei ricorrenti dei giudizi principali. È interessante notare come la Corte tenga a precisare che per “ragioni obiettive” si debba far riferimento a circostanze concrete e peculiari, sintomatiche del caso specifico. Inoltre, il settore scolastico presenta delle peculiarità che richiedono naturalmente una forte flessibilità del personale, per cui una normativa nazionale che consenta il susseguirsi dei rinnovi di contratti di lavoro a tempo determinato per la sostituzione di personale, in attesa dell’esito di procedure concorsuali, non sarebbe necessariamente illegittima, purché la stessa trovi giustificazione in una ragione obiettiva. Tuttavia, nell’applicazione concreta di tale ragione obiettiva le autorità competenti devono «stabilire criteri obiettivi e trasparenti al fine di verificare se il rinnovo di siffatti contratti risponda effettivamente ad un’esigenza reale, sia atto a raggiungere lo scopo perseguito e sia necessario a tal fine». In sostanza, si ha abuso del rinnovo dei contratti a tempo determinato quando non sia possibile giustificare l’utilizzo alla luce di una ragione concreta, strettamente connessa alla natura dell’istruzione pubblica.

Nel caso di specie però, osserva il Giudice di Lussemburgo, tali contratti sono utilizzati non come misure atte a reagire ad una situazione contingente, ma il ricorso agli stessi è divenuto permanente e duraturo. L’abuso del ricorso a contratti a tempo determinato può essere escluso solo alla luce di un’analisi completa e globale di tutte le circostanze del singolo caso concreto e a tale esame deve provvedere il giudice interno. La normativa in oggetto, pertanto, è legittima nella misura in cui risponde ad un interesse pubblico corrispondente con quello dello Stato di rispondere alle esigenze relative al diritto all’istruzione e alla necessità di una particolare flessibilità del personale docente e amministrativo. Tuttavia, è nel momento applicativo della disciplina che occorre valutare la legittimità della concreta situazione, in cui, dunque, rileva il diritto del singolo. La totale assenza di previsioni circa le future procedure concorsuali - e dunque circa la fine del rinnovo dei contratti a tempo determinato - fa sì che lo Stato si serva di essi non come misura eccezionale, ma come strumento ordinario per rispondere ad esigenze strutturali. Anche la totale assenza di strumenti atti ad ottenere un risarcimento del danno da parte dei lavoratori precari rappresenta una lesione della normativa europea in materia di contratti di lavoro a tempo determinato, poiché non vi sono criteri obiettivi e trasparenti alla luce dei quali verificare l’esistenza di una ragione obiettiva, e la idoneità e la necessità del ricorso a tali contratti rispetto al fine perseguito. Inoltre, la Corte pone in

evidenza che l'assenza di qualsiasi misura di prevenzione del ricorso abusivo a una successione di contratti di lavoro a tempo determinato non è giustificata neppure dalle esigenze di bilancio.

Tale sentenza⁴⁰⁷ sembra offrire strumenti particolarmente utili per ottenere un ampliamento delle garanzie riconosciute ai lavoratori. Tuttavia, nella misura in cui essa stessa sottolinea diverse volte che le valutazioni dovranno essere effettuate dal giudice interno, pare scorgersi una particolare timidezza della Corte in materia di diritti. Per verificare se, e quanto, i principi espressi dal Giudice di Lussemburgo abbiano di fatto ampliato le tutele per i lavoratori sottoposti alle norme impugnate utile è l'analisi della sentenza n. 187/2016 della Corte costituzionale.

Per avere un quadro più chiaro della complessiva vicenda si pensi al fatto che prima della sentenza, pubblicata il 16 luglio 2016, il legislatore italiano ha emanato la l. 107/2015, c.d. "Buona scuola", il cui art. 1, comma 98, ha previsto un piano straordinario di assunzioni, consentendo la stabilizzazione di una parte del personale destinatario di supplenze per oltre 36 mesi su posti vacanti e disponibili. L'art. 1, comma 100, ha previsto l'espletamento di un concorso per l'anno 2016 e il comma 113 del medesimo articolo ha modificato l'art. 400 del d.lgs. n. 297 del 1994, comma 1, primo periodo, prevedendo, tra l'altro, che «I concorsi per titoli ed esami sono nazionali e sono indetti su base regionale, con cadenza triennale, per tutti i posti vacanti e disponibili, nei limiti delle risorse finanziarie disponibili, nonché per i posti che si rendano tali nel triennio».

La Corte costituzionale, prima di entrare nel merito della questione, ripercorre le tappe attraverso le quali essa è giunta a ritenere di poter adire la Corte di giustizia attraverso un ricorso in via pregiudiziale⁴⁰⁸. Si consideri, peraltro, che questo rappresenta il primo caso in cui la Corte costituzionale ha adito la Corte di giustizia nell'ambito di un giudizio in via incidentale. Il Giudice delle leggi, come si può leggere nella ordinanza 207/2013, ha ritenuto di dover sospendere il giudizio pendente innanzi a sé e di sollevare una questione pregiudiziale davanti alla Corte di giustizia in quanto esso era stata chiamata a verificare la legittimità costituzionale di norme di diritto interno per violazione del diritto europeo. I

⁴⁰⁷ Per un commento della sentenza si veda F. GUELLA, *La Corte di giustizia tra diritti costosi e esigenze organizzative/finanziarie nella sentenza sui precari della scuola* www.forumdiquadernocostituzionali.it, 4 gennaio 2015, pagg. 1-3; V. DE MICHELE, *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in www.europeanrights.it, pagg. 1-65; L. SALTARI, *La precarietà del lavoro nella scuola italiana nel difficile dialogo tra le corti. Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2015, pag. 219 e ss.

⁴⁰⁸ Punti da 1 a 3 del considerato in diritto.

parametri costituzionali che si ritenevano violati, dunque, erano l'art. 11 e l'art. 177, comma 1, della Costituzione e tale violazione derivava dalla incompatibilità tra le norme interne e norme di diritto europeo prive di effetto diretto, sulle quali, peraltro, la Corte nutriveva dubbi interpretativi. Omettendo di richiamare la pregressa giurisprudenza in base alla quale il Giudice costituzionale aveva a lungo negato la possibilità di sollevare questione pregiudiziale innanzi alla Corte europea, la Corte costituzionale si attribuisce la natura di "giurisdizione nazionale", come tale dotata del potere di adire la Corte di giustizia ai sensi dell'art. 267, comma terzo, del TFUE.

Il Giudice delle leggi, analizzando il merito delle questioni sottoposte al suo giudizio, innanzitutto, ritiene che, nonostante l'intervenuta novella legislativa, nei giudizi *a quibus* debbano continuare ad applicarsi le norme oggetto del rinvio pregiudiziale deciso dalla Corte di giustizia. Essa, ritenendo che la pronuncia della Corte di giustizia sia univoca, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, commi 1 e 11, della l. 124/1999, per violazione dell'art. 117, comma 1, Cost., in relazione alla clausola 5, comma 1, dell'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, allegato alla Direttiva 28 giugno 1999, n. 1999/70/CE (Direttiva del Consiglio relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato), «nella parte in cui autorizza, in mancanza di limiti effettivi alla durata massima totale dei rapporti di lavoro successivi, il rinnovo potenzialmente illimitato di contratti di lavoro a tempo determinato per la copertura di posti vacanti e disponibili di docenti nonché di personale amministrativo, tecnico e ausiliario, senza che ragioni obiettive lo giustifichino». Il giudizio di costituzionalità, però, non può esaurirsi con la semplice trasposizione del *dictum* proveniente dal Giudice europeo, ma è più esteso e la questione di legittimità costituzionale deve essere esaminata anche alla luce del rinnovato quadro legislativo, il quale prevede che i contratti a termine possano avere una durata massima di 36 mesi e nel caso di violazione di tale regola è previsto il risarcimento del danno. Tale previsione rispecchia, secondo la Corte, il carattere della sanzione dissuasiva ritenuta fondamentale dalla Corte di giustizia.

Per ciò che attiene alle situazione pregresse, tra le quali rientrano quelle dei ricorrenti nei giudizi principali, la Corte costituzionale effettua una distinzione a seconda del personale interessato. Per quanto riguarda i docenti è stato previsto un piano straordinario volto alla copertura dei posti comuni e di sostegno dell'organico di diritto. In base a tale misura, infatti, il legislatore ha inteso offrire la possibilità ai docenti precari di fruire di un accesso privilegiato al pubblico impiego fino allo scorrimento delle graduatorie ad

esaurimento. In questo modo al personale precario è garantita la possibilità di ottenere la stabilizzazione del rapporto di lavoro o tramite un automatismo consistente nello scorrimento delle graduatorie, oppure tramite selezioni blande, ovvero concorsi riservati. Secondo il Giudice delle leggi, in questo modo è stato predisposto un piano concreto di immissione in ruolo a favore di tutto il personale docente interessato, conformemente ad una delle alternative illustrate dalla Corte di giustizia e con un «effetto più lungimirante» del mero risarcimento del danno, non solo per il personale docente, ma anche per l'intera organizzazione scolastica. Per il personale tecnico-amministrativo, invece, non è stato previsto alcun piano straordinario di inserimento nell'organico, per cui l'unica strada percorribile risulta quella del risarcimento del danno, anch'essa, tuttavia, suggerita dal Giudice europeo.

Secondo i primi commentatori della sentenza, questa non sembra essersi attenuta a quanto chiarito dalla Corte di giustizia la quale aveva, infatti, lasciato intendere che i ricorrenti avessero diritto al risarcimento del danno. Allo stesso tempo, però, la Corte costituzionale ha accolto la questione di legittimità costituzionale senza troppo argomentare in merito all'oggetto e alle norme parametro, richiamandosi a quanto chiarito dalla Corte di giustizia. La Corte, ad esempio, avrebbe potuto sfruttare l'occasione del primo rinvio pregiudiziale nel corso di un giudizio in via incidentale per individuare i caratteri di tale ricorso o, anche, per chiarire le problematiche connesse all'applicazione diretta delle direttive. Oltretutto, la sentenza della Corte costituzionale risulta criticabile in quanto essa, nel ritenere che ad opera dello *ius superveniens* il personale docente può accedere ad un rapporto di lavoro a tempo indeterminato, non tiene debitamente conto delle concrete esplicazioni delle previsioni della l. 107/2015, in virtù della quale non risulta che tutti i docenti precari della scuola pubblica abbiano definitivamente ottenuto un rapporto di lavoro stabile⁴⁰⁹, per cui tale decisione risulta passibile di censure soprattutto nella parte in cui essa esclude del tutto la possibilità per il personale docente interessato dalla disciplina dichiarata incostituzionale di adire l'autorità giudiziaria al fine di chiedere il risarcimento del danno⁴¹⁰.

⁴⁰⁹ Cfr. R. CALVANO, "Cattivi consigli" sulla "buona scuola"? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso Mascolo (nota a sentenza n. 187 del 2016), in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 1/11/2016, 1-10.

⁴¹⁰ Secondo alcuni commentatori della sentenza della Corte di giustizia, questa aveva rilevato una duplice violazione del diritto europeo da parte del legislatore italiano il quale non aveva previsto strumenti che impedissero un ricorso abusivo al rinnovo incontrollato dei contratti a tempo determinato e, allo stesso tempo, non aveva previsto misure sanzionatorie nel caso di abusi. F.

Dunque, la Corte ha ritenuto che il danno subito dai ricorrenti a causa dell'inadempimento dello Stato rispetto agli obblighi derivanti dal diritto europeo sia stato "cancellato" dalla novella legislativa, ma il dubbio è che, in realtà, tale disciplina non sia sufficiente a determinare il pieno adeguamento dell'ordinamento italiano alle norme europee e, anzi, che tale decisione sia suscettibile di generare criticità relativamente alla responsabilità dello Stato nei confronti dei propri cittadini e nei confronti dell'UE⁴¹¹.

5. La tutela della sfera privata del lavoratore: a) orario di lavoro e conciliazione vita familiare e professionale

Tra i diversi diritti sociali riconducibili allo *status* di lavoratore va certamente annoverato il diritto alle ferie, ovvero ad un periodo di riposo garantito al lavoratore allo scopo di rispondere ad esigenze primarie di quest'ultimo, il quale deve essere posto nella condizione di ripristinare il proprio benessere psico-fisico usurato dall'attività lavorativa svolta⁴¹². L'art. 36, comma 3, della Costituzione italiana sancisce il diritto al riposo settimanale, e a ferie annuali retribuite, per il lavoratore, che non può rinziarvi, e tale prescrizione contribuisce a connotare in maniera incontrovertibile il diritto alle ferie come diritto soggettivo assoluto; inoltre, l'indisponibilità del diritto alla ferie rende nullo qualsivoglia atto di rinuncia al diritto stesso⁴¹³.

Tradizionalmente nel diritto alle ferie vengono ravvisati due diversi aspetti: da un lato esso è volto alla tutela delle energie psico-fisiche del lavoratore, al fine di rendere possibile un miglior utilizzo delle stesse a vantaggio del datore di lavoro e, dall'altro tale diritto mira a preservare l'interesse pubblico risiedente nella tutela della salute del lavoratore⁴¹⁴. Al fine di adeguare l'ordinamento interno a quello europeo, il legislatore ha

GHERA, in *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2015, nel valutare a quale esito sarebbe giunta la Corte costituzionale, sottolinea che questa avrebbe potuto con tutta probabilità emettere una sentenza additiva, dichiarando l'incostituzionalità della disciplina oggetto del suo giudizio incostituzionale nella parte in cui non è prevista la possibilità di ottenere il risarcimento del danno nel caso di abuso del rinnovo dei contratti a tempo determinati. In tal caso, infatti, i giudici del lavoro avrebbero potuto riconoscere una effettiva tutela immediata ai titolari del diritto. Tuttavia, osserva l'A., che tali osservazioni avrebbero avuto valore solo fino a quando la legislazione fosse rimasta invariata.

⁴¹¹ Cfr. R. CALVANO, "Cattivi consigli" sulla "Buona scuola"? op. cit., pag. 8-9.

⁴¹² Cfr. F. CARINCI, R. DE LUCA TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, (a cura di), *Diritto del lavoro. Il rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2008, pagg. 190-193.

⁴¹³ Cfr. P. CARETTI, *Diritti fondamentali. Liberà e diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2011. pag. 498.

⁴¹⁴ Cfr. sul punto F. V. PONTE, *La tutela del diritto alle ferie: dalla protezione della salute alla*

introdotto il d.lgs. 66/2003, il cui art. 10 contiene la disciplina delle ferie annuali retribuite, fissate in un periodo non inferiore a 4 settimane⁴¹⁵.

La disciplina del diritto alle ferie retribuite è contenuta altresì in atti normativi internazionali⁴¹⁶ e sovranazionali. In particolare, a livello europeo, già nella Carta comunitaria dei diritti fondamentali dell'uomo, adottata in seno alla Comunità Europea nel 1989, era previsto il diritto alle ferie annuali retribuite⁴¹⁷. Proprio allo scopo di dar vita ad una disciplina di base comune a tutti i Paesi membri, nel 1993 è stata emessa la Direttiva 93/104/CE avente ad oggetto prescrizioni relative ad alcuni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro connessi alla salute e alla sicurezza dei lavoratori, la quale, all'articolo 7, comma 1, prevedeva che ogni lavoratore⁴¹⁸ avesse

razionalizzazione delle esigenze della vita non lavorativa della persona, in *ADL*, 4-5/2014, pagg. 1205-1219. Si veda, altresì, T. TREU, *Commento all'art. 36*, in *Commentario della Costituzione*, G. BRANCA (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1979, pagg.118-145, il quale sottolinea che la previsione costituzionale in materia di ferie annuali retribuite risponde all'esigenza essenziale di proteggere le energie psicofisiche del lavoratore. Tale esigenza, peraltro, sussiste anche quando non sia completato un anno di lavoro, così come chiarito dalla Corte costituzionale nella sentenza n. 66/1963. Tale sentenza ha sottolineato che la disposizione costituzionale relativa alle ferie annuali retribuite ha ad oggetto il riposo del lavoratore e che tale necessaria tutela sussiste anche nel caso di prestazioni lavorative prestate per un periodo inferiore ad un anno. Occorre sottolineare, peraltro, che con tale sentenza la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 2109 c.c. nella parte in cui subordinava il diritto al godimento di ferie annuali all'aver effettuato un'attività lavorativa per un periodo ininterrotto di un anno. Per una lettura critica della sentenza, si veda G. TAVASSI, *In tema di ferie del lavoratore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, pagg. 569-574. L'A. del commento ritiene che il momento di acquisto del diritto alle ferie non può essere rinvenuto nella Costituzione, la quale prevede tale diritto in una disposizione particolarmente laconica, ma esso deve essere riservato alla legge la quale sembra essere lo strumento più idoneo per la composizione dei contrapposti interessi del lavoratore e del datore di lavoro.

⁴¹⁵ Si precisa, peraltro, che la disposizione in questione fa espresso rinvio alla contrattazione collettiva, la quale, dunque, rappresenta parametro di riferimento alla luce del quale integrare tale disciplina.

⁴¹⁶ Si pensi, ad esempio all'art. 24 della «Dichiarazione universale dei diritti umani, il quale sancisce il diritto al riposo e allo svago cui fanno da corollario una ragionevole limitazione dell'orario di lavoro e ferie periodiche retribuite. Queste ultime, peraltro, trovano specifico riconoscimento anche nella Carta sociale europea, documento politico adottato nell'ambito del Consiglio d'Europa, la quale all'art. 2 fissa in 4 settimane il periodo minimo garantito. Tale articolo, inoltre, riconosce il diritto alle ferie retribuite al fine di assicurare l'effettivo esercizio del diritto ad eque condizioni di lavoro agli individui. Occorre, inoltre, fare riferimento alla convenzione OIL n. 132/1970, recepita dall'ordinamento italiano con la l. n. 157/1981 la quale fissava in 3 settimane il periodo di ferie annuali retribuite cui aveva diritto il lavoratore dipendente.

⁴¹⁷ L'art. 8 della Carta, infatti, così recita: «Ogni lavoratore della Comunità europea ha diritto al riposo settimanale e a ferie annuali retribuite i cui periodi devono essere via via ravvicinati, in modo da ottenere un progresso, conformemente alle prassi nazionali».

⁴¹⁸ La Direttiva escludeva dal proprio campo di applicazione i lavoratori impiegati nel settore dei trasporti aerei, ferroviari, stradali e marittimi, della navigazione interna, della pesca in mare, delle altre attività in mare e i medici in formazione.

diritto a ferie annuali retribuite per almeno 4 settimane, lasciando agli Stati il compito di prevedere le modalità di ottenimento e di concessione delle stesse. Il secondo comma prescriveva, inoltre, che tale periodo di ferie non potesse essere sostituito da un'indennità finanziaria, se non in caso di cessazione del rapporto di lavoro; tali previsioni sono state pressoché trasposte nella Direttiva 2003/88/CE⁴¹⁹ all'art. 7.

Occorre sottolineare, inoltre, che anche la Carta di Nizza riconosce espressamente il diritto alle ferie all'art. 31, comma 2, senza, tuttavia, determinare un periodo minimo. Si osservi, però, che la Carta dei diritti fondamentali dell'UE trova applicazione solo nei confronti delle istituzioni e degli organi dell'Unione oltre che degli Stati membri chiamati a dare applicazione al diritto europeo, ai sensi dell'art. 51 della Carta stessa. Che cosa succede, dunque, quando eventuali controversie sorgono in occasione di rapporti di lavoro tra privati, ovverosia quando vi è un'ipotesi di violazione del diritto europeo da parte di soggetti privati?

5.1. (segue). b) Il diritto alle ferie retribuite e l'efficacia orizzontale delle direttive: il caso "Dominguez"

È sostanzialmente questo il punto nevralgico della sentenza del 24 gennaio 2012, con il quale il Giudice europeo ha statuito sulla causa C-282/2010, nota come *caso Dominguez*, sorta a seguito del rinvio pregiudiziale sollevato dalla *Court de cassation* francese. Quest'ultima era stata adita dalla Sig.ra *Dominguez*, la quale intendeva ottenere il riconoscimento di 22,5 giorni di ferie retribuite o, in alternativa, la corresponsione di un'indennità sostitutiva pari ad € 1.971,38, ritenendo di aver maturato tale diritto nel periodo in cui era stata assente dal lavoro a causa di un infortunio avvenuto *in itinere* mentre si recava sul posto di lavoro⁴²⁰. La ricorrente, innanzitutto, argomentava nel senso che l'infortunio avvenuto *in itinere* dovesse essere considerato alla stregua di un

⁴¹⁹ In tale Direttiva è possibile rinvenire la disciplina dell'orario di lavoro in senso lato, la quale, come specificato nelle premesse, intende assicurare al lavoratore condizioni di salute e sicurezza sul lavoro, specificando che tali obiettivi non possono dipendere da considerazioni di carattere meramente economico. Essa, peraltro, ammette deroghe da parte di norme di derivazione statale o provenienti dalle parti sociali.

⁴²⁰ La Sig.ra *Dominguez* era dipendente del *Centre informatique du Centre Ouest Atlantique*, ente che opera nel settore della previdenza sociale, dal gennaio 1987 ed era stata assente dal lavoro nel periodo ricompreso tra il 3 novembre 2005 e il 7 gennaio 2007 per malattia causata dal predetto incidente *in itinere*. Il proprio datore di lavoro le aveva riconosciuto un periodo di ferie inferiore rispetto a quello cui avrebbe avuto diritto se avesse prestato una effettiva attività lavorativa nell'intervallo di tempo in cui era stata assente a causa della malattia, per cui ella aveva impugnato tale decisione innanzi al *Conseil de prud'hommes de Limoges* che rigettava il suo ricorso, così come di seguito aveva fatto la *Court d'appel* adita dalla Sig.ra *Dominguez*. Avverso tale ultimo rigetto la ricorrente aveva presentato ricorso alla *Court de cassation*.

infortunio sul lavoro e che, conseguentemente, dovesse trovare applicazione la relativa disciplina giuslavoristica francese. Peraltro, ella sosteneva che il periodo di sospensione del lavoro per malattia dovesse essere considerato come lavoro effettivo ai fini del calcolo delle ferie retribuite. Il Giudice francese di ultima istanza, tuttavia, nutrivà dubbi circa la compatibilità delle norme di diritto interno, applicabili al caso di specie, rispetto alla relativa disciplina europea, oltre che sull'esistenza di un obbligo per il giudice interno di disapplicare tali disposizioni nel caso di effettivo contrasto tra i due livelli normativi.

Le questioni pregiudiziali alle quali la Corte di Giustizia è stata chiamata a dare risposta sono dunque tre: la prima è volta a chiarire se norme stabilite dai Paesi membri che subordinano il diritto alle ferie retribuite ad un periodo di lavoro effettivo di almeno 10 giorni, o un mese, nel periodo di riferimento siano compatibili con l'art. 7 della Direttiva 2003/88/CE; nel caso di risposta affermativa a tale primo dubbio, la seconda questione attiene all'obbligo del giudice nazionale di disapplicare la normativa interna invalida anche nel caso di controversie sorte tra privati; infine il giudice del rinvio si chiede se sia legittima una disciplina che prevede una durata diverse delle ferie retribuite a seconda dei casi e dei motivi di assenza del lavoratore.

L'analisi di tale caso risulta di particolare rilievo se ci si sofferma anche sulle conclusioni formulate dall'Avvocato generale *Trstenjak* l'8 settembre 2011, soprattutto alla luce delle osservazioni svolte in merito alla disapplicazione del diritto interno nel caso di conflitti sorti tra privati in virtù di una normativa interna contrastante con norme di diritto derivato dell'UE e, in particolare, contenute in una Direttiva. L'Avvocato generale, infatti, richiama la giurisprudenza della Corte di giustizia per ribadire che una Direttiva non è dotata di efficacia orizzontale diretta, per cui nel caso di conflitto tra questa e il diritto interno il giudice nazionale non potrà disapplicare la disciplina interna, poiché, altrimenti, si attribuirebbe all'UE il potere di emanare norme equiparate ai regolamenti anche in ambiti cui essa è sprovvista di tale competenza⁴²¹. Al fine di ovviare all'ipotetico *vulnus* che deriverebbe al singolo a causa della carenza di efficacia orizzontale delle direttive, ricorda l'Avvocato generale, la Corte di Giustizia ha previsto due alternative: il giudice nazionale può procedere ad una interpretazione del diritto interno che sia conforme al contenuto della Direttiva, nel limite in cui tale operazione ermeneutica non produca un effetto *contra legem*, oppure esso può ricorrere all'applicazione delle misure previste

⁴²¹ Cfr. punti 62 e 63 delle conclusioni dell'Avvocato generale consultabili su <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/IT/ALL/?uri=CELEX%3A62010CC0282>.

dall'UE in materia di responsabilità degli Stati per violazione del diritto europeo. Dal momento che dall'ordinanza di rimessione pare desumibile che al giudice nazionale non sia stato possibile sciogliere i propri dubbi attraverso un'interpretazione conforme⁴²², l'Avvocato generale offre un'ulteriore alternativa in virtù della quale consentire la disapplicazione del diritto interno a favore di quello europeo nel caso di controversie fra soggetti privi di rilievo pubblico. Per percorrere tale strada, l'Avvocato muta prospettiva e, anziché far diretto riferimento alla Direttiva 2003/88/CE, volge lo sguardo ad un livello normativo gerarchicamente sovraordinato, costituito dall'art. 31, comma 2, della Carta di Nizza, il quale, tuttavia, funge da norma inderogabile per le istituzioni europee e per gli Stati membri nel momento in cui essi attuano il diritto dell'UE, per cui, pur essendo il diritto alle ferie retribuite un diritto fondamentale, esso non ha efficacia diretta tra le parti private. Peraltro, egli sottolinea che i fatti al centro della vicenda giudiziaria risalgono al periodo precedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, per cui la Carta di Nizza non potrebbe trovare applicazione nel caso di specie ma, in questo modo, si trascurerebbe il ruolo determinante che il Giudice europeo le aveva riconosciuto nell'interpretazione del diritto dell'Unione anche prima che essa assumesse valore giuridico vincolante. Per l'Avvocato generale è imprescindibile il ricorso alla Carta dei diritti fondamentali come ausilio interpretativo, soprattutto perché essa rafforza i diritti fondamentali riconosciuti dall'ordinamento europeo e dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Infine, secondo l'Avvocato generale, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona non può essere messo in dubbio il carattere vincolante della Carta in sede di interpretazione. Egli prosegue la propria analisi giuridica prendendo nuovamente in considerazione la Carta di Nizza e, in particolare l'art. 31, in virtù del quale il diritto alla ferie è configurato come diritto fondamentale, non invocabile, però, nei rapporti tra privati. Esso, infatti, riconosce un diritto del singolo a ottenere tutela da parte dell'Unione o degli Stati. A questo punto l'Avvocato generale prosegue interrogandosi sulla possibilità di considerare il diritto sociale alle ferie in termini di principio generale dell'UE e nel caso di approdo positivo se esso possa essere applicato nei rapporti tra privati. I principi generali dell'UE,

⁴²² Sul giudice nazionale incombe un vero e proprio obbligo di procedere ad un'interpretazione conforme al diritto dell'Unione europea, anche laddove il diritto dell'UE sia contenuto in una Direttiva prima di efficacia diretta. In tal caso, infatti, egli dovrà servirsi di tutti gli strumenti ermeneutici a sua disposizione per realizzare l'obiettivo della piena applicazione del diritto europeo, anche nel caso in cui una Direttiva non sia ancora stata attuata da parte dello Stato membro o non sia ancora scaduto il termine per il suo recepimento, così come indicato da R. COSIO, *La Corte di giustizia precisa i limiti dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10/2014, pag. 880 e ss.

infatti, rappresentano uno strumento fondamentale per colmare le lacune in un ordinamento giuridico in continua evoluzione come quello europeo⁴²³, per orientare l'interpretazione e, altresì, per valutare la legittimità degli atti normativi contenuti in fonti di diritto derivato. Dopo aver fornito una complessa argomentazione circa le ragioni a favore della configurabilità di un principio generale alle ferie, la conclusione cui perviene l'Avvocato generale non è particolarmente chiara: infatti, non si può escludere del tutto una possibile applicazione di un principio generale nei rapporti tra privati, per cui, non pare di evidente soluzione stabilire se nel caso da cui è sorto il rinvio pregiudiziale la Sig.ra *Dominguez* possa, o meno, chiedere la diretta applicazione di tale principio generale da parte del proprio datore di lavoro.

Giunge, infine, ad escludere la possibilità di applicare il diritto fondamentale sotto forma di un principio generale, dal momento che questo dovrebbe essere sufficientemente preciso e determinato, mentre il diritto alle ferie risulta carente di tali peculiarità, per cui dovrebbe essere la Corte, in sede di interpretazione, a determinare la portata di tale principio. Tuttavia, attraverso tale ultima attività, la Corte potrebbe travalicare il confine che intercorre tra le proprie prerogative e quelle del Parlamento europeo e del Consiglio.

Un aspetto particolarmente rilevante delle conclusioni formulate dall'Avvocato generale riguarda il riferimento fatto alla sentenza *Küçükdeveci*⁴²⁴, con la quale la Corte aveva optato per un'applicazione diretta della Direttiva 2000/78/CE⁴²⁵ anche all'interno di una controversia sorta tra privati, con la conseguente disapplicazione del diritto interno contrastante con la Direttiva. Dunque, se si considerasse il diritto alle ferie annuali come principio generale che trova espressa concretizzazione nella Direttiva, esso potrebbe essere applicato anche ai rapporti orizzontali da parte del giudice: la Direttiva, cioè, rappresenterebbe il contenuto concreto del principio generale, per cui in tal senso sarebbe essa stessa dotata di sufficiente determinatezza. Tuttavia, un simile approccio suscita diverse perplessità, prima tra tutte quella relativa ad una confusione tra i diversi piani gerarchici tra le fonti del diritto, dato che il significato di un principio generale andrebbe ricercato all'interno di una fonte di diritto derivato, priva, peraltro, di efficacia immediata

⁴²³ Cfr. punto 93 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

⁴²⁴ C-557/07, *Seda Küçükdeveci c. Swedex GmbH & KG*, vertente sul principio di non discriminazione in base all'età. In tale precedente caso giurisprudenziale, il principio di non discriminazione in base all'età contenuto in una Direttiva ha potuto trovare diretta applicazione in quanto espressione specifica del principio generale della parità di trattamento.

⁴²⁵ Tale atto introduce una normativa minima di base per il raggiungimento della parità di trattamento in materia di condizioni di lavoro.

e diretta. Inoltre, i diritti sociali fondamentali dei lavoratori sanciti dalla Carta di Nizza necessitano di un'attuazione ad opera del legislatore, cui non può sostituirsi l'opera della Corte.

In estrema sintesi, dunque, l'Avvocato generale esclude che il principio generale del diritto alle ferie annuali retribuite possa trovare applicazione diretta all'interno di rapporti tra privati.

In merito alla terza questione pregiudiziale, infine, l'Avvocato generale non esclude la possibilità che il legislatore nazionale possa prevedere periodi di ferie annuali retribuite diversi a seconda della causa che ha determinato l'assenza del lavoratore per il periodo di riferimento.

La sentenza della Corte di giustizia, molto più asciutta e apparentemente meno problematica delle conclusioni appena analizzate, non contiene alcun riferimento alle argomentazioni che l'Avvocato generale elabora in merito alla possibilità di ricavare direttamente dal testo della Carta di Nizza un generale diritto alle ferie annuali retribuite. Secondo il Giudice europeo, infatti, il diritto alle ferie annuali retribuite è «un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione, al quale non si può derogare e la cui attuazione da parte delle autorità nazionali competenti può essere effettuata solo nei limiti esplicitamente indicati dalla Direttiva 93/104/CE del Consiglio, del 23 novembre 1993, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro (*omissis*), codificata dalla Direttiva 2003/88⁴²⁶». Gli Stati membri possono stabilire le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie, ma non possono subordinare in alcun modo la costituzione di tale diritto al sorgere di una determinata condizione, dal momento che tutti i lavoratori sono titolari di tale diritto. Per questo motivo, dunque, la prima questione pregiudiziale deve essere risolta affermativamente, nel senso che lo Stato francese non adempie in maniera corretta agli obblighi derivanti dalla Direttiva sull'organizzazione dell'orario di lavoro subordinando la titolarità del diritto a ferie annuali alla condizione di aver effettivamente svolto un'attività lavorativa per un determinato periodo.

Sulla seconda delle questioni oggetto del rinvio innanzi al Giudice europeo, questi, innanzitutto, conferma quanto già dichiarato dall'Avvocato generale secondo cui il giudice nazionale è tenuto a dare un'interpretazione del diritto interno conforme a quello europeo. Il Giudice di Lussemburgo, ritenendo che in base alla Direttiva non è dato scorgere alcuna norma che escluda, limiti o preveda un differente trattamento del diritto

⁴²⁶ Cit. C-282/2010, punto 16.

alle ferie per il lavoratore assente per malattia, individua in capo al giudice *a quo* l'onere di verificare se, alla luce del diritto interno, la condizione di chi si sia assentato dal lavoro a causa di un infortunio sia equiparabile a quella del lavoratore in malattia per un infortunio, pervenendo, in ogni caso, ad un'interpretazione conforme alla Direttiva in esame. Fallito tale tentativo, si dovrà procedere ad un'analisi volta a verificare l'eventuale efficacia diretta della Direttiva e, dunque, la possibilità per la ricorrente di chiedere al proprio datore di lavoro il riconoscimento del diritto alle ferie retribuite. L'effetto diretto della Direttiva non viene messo in discussione dalla Corte, la quale ritiene che l'art. 7, nel prevedere il diritto alle ferie per un periodo di almeno 4 settimane a favore dei lavoratori, è sufficientemente preciso e pone in capo allo Stato un obbligo di risultato incondizionato. L'ostacolo da aggirare, dunque, rimane la natura privatistica dei due soggetti, che, tuttavia, la Corte sembra mettere in discussione. Essa, infatti, offre uno spunto al giudice del rinvio, quasi suggerendogli di imboccare una strada alternativa: non è necessario trovare un modo per dimostrare che le direttive possono trovare diretta applicazione anche nei rapporti tra privati, ma è opportuno dimostrare che il datore di lavoro convenuto è un soggetto in qualche modo riconducibile allo Stato, il quale, infatti, lo ha incaricato di prestare sotto il proprio controllo un servizio di interesse pubblico e che, in virtù di tale circostanza, è dotato di poteri e di peculiarità ulteriori e diversi rispetto ad un soggetto privato⁴²⁷. Pertanto, il Giudice di Lussemburgo ritiene che sia compito del giudice nazionale effettuare tale verifica e, nel caso in cui esso pervenga alla conclusione che il datore di lavoro della Sig.ra *Dominguez* sia in qualche modo soggetto di diritto pubblico, dovrà disapplicare il diritto interno contrastante con l'art. 7 della Direttiva che essendo, come visto, sufficientemente preciso, rende possibile una immediata applicabilità delle sue disposizioni. Al contrario, se il giudice del rinvio non dovesse riscontrare la natura pubblicistica dell'ente convenuto, solo allora, non potrebbe trovare applicazione la Direttiva poiché si tratterebbe di un rapporto sorto esclusivamente tra privati e la Sig.ra *Dominugez* avrebbe soltanto la possibilità di agire per ottenere il risarcimento del danno causato dall'inadempimento dello Stato, così come sancito a partire dalla sentenza *Francovic*⁴²⁸.

⁴²⁷ Cfr. punto 39 della sentenza.

⁴²⁸ La sentenza venne emessa a conclusione dei procedimenti riuniti C-6/90 e C-9/90 i quali erano stati avviati a seguito di ricorsi in via pregiudiziale sollevati dalla Pretura circondariale di Vicenza e dalla pretura circondariale di Bassano del Grappa in merito all'interpretazione da dare all'art. 189 del Trattato CEE e della Direttiva n. 80/987/CEE concernente il ravvicinamento delle

La Corte di giustizia prosegue attribuendo al giudice francese l'onere di verificare se alla luce del complessivo sistema di diritto interno sia possibile equiparare l'assenza da lavoro per incidente *in itinere* ad un'assenza prevista dal Codice del lavoro. Se anche in tal caso

legislazioni in materia di tutela dei lavoratori subordinati nel caso di insolvenza del datore di lavoro. All'origine dei due ricorsi pregiudiziali vi era la mancata attuazione da parte dello Stato italiano della Direttiva, e la conseguente impossibilità per alcuni lavoratori subordinati di ottenere il pagamento dei propri crediti da lavoro da parte dei datori di lavoro insolventi. Dal momento che l'Italia non aveva recepito nei termini fissati dalla Direttiva il contenuto della stessa all'interno del proprio ordinamento, i giudici del rinvio chiedevano alla Corte di Giustizia se il privato potesse chiedere allo Stato di adempiere alle disposizioni della Direttiva laddove le stesse fossero sufficientemente precise e incondizionate, ottenendo così la garanzia prevista dalla normativa comunitaria e, comunque, il risarcimento dei danni subiti relativamente alle disposizioni che, richiedendo una specifica attuazione da parte dello Stato, non potevano essere direttamente applicabili. I giudici chiedevano, inoltre, se, dal momento che lo Stato non si era avvalso della facoltà di imporre un limite massimo entro cui gli organismi di garanzia avrebbero dovuto provvedere al pagamento dei crediti dei lavoratori subordinati, così come previsto dal combinato disposto degli articoli 3 e 4 della Direttiva 80/987/Ce, lo Stato stesso fosse tenuto al pagamento dei crediti nella misura stabilita dall'art. 3 della Direttiva, il quale prevedeva il pagamento integrale dei crediti da lavoro sorti entro una determinata data, corrispondente o a quella dell'insolvenza del datore di lavoro, a quella della comunicazione del licenziamento dovuto a causa dell'insolvenza del datore di lavoro o, infine, a quella dell'insorgere dell'insolvenza del datore di lavoro o quella della cessazione del contratto di lavoro o del rapporto di lavoro del lavoratore subordinato interessato, avvenuta a causa dell'insolvenza del datore di lavoro. Infine, i giudici *a quibus* chiedevano, nel caso di risposta negativa al secondo quesito, quale fosse stata la garanzia minima che lo Stato avrebbe dovuto riconoscere ai lavoratori in attuazione della Direttiva.

La Corte di Giustizia, dopo aver escluso la diretta applicabilità della Direttiva, si sofferma ad analizzare se lo Stato, a causa della mancata attuazione della Direttiva possa essere considerato responsabile ai sensi del diritto comunitario e, conseguentemente sia tenuto a risarcire i danni patiti dai singoli a causa di tale inadempimento. Sul punto la Corte afferma che il sistema del diritto comunitario riconosce come soggetti di diritti non solo gli Stati, ma anche i singoli individui, per cui, se talune disposizioni comunitarie necessitano di un intervento statale per la loro piena efficacia, i singoli che non hanno potuto godere di alcune prestazioni a causa dell'inerzia dello Stato dovranno ricevere da questo un risarcimento, poiché, in caso contrario, si rischierebbe di mettere in discussione il sistema dei trattati e dei diritti da essi riconosciuti. Per tali motivi, dunque, il diritto comunitario impone agli Stati di risarcire i danni subiti dai singoli a causa del proprio inadempimento. Tuttavia affinché tale obbligo sorga è necessario che sussistano tre condizioni: 1) innanzitutto il risultato che doveva essere perseguito attraverso l'attuazione della Direttiva avrebbe prodotto diritti in capo ai singoli; 2) il contenuto di tali diritti era desumibile dalla Direttiva stessa; 3) deve sussistere un nesso tra la violazione dell'obbligo di recepire il contenuto della Direttiva da parte dello Stato e il danno subito dal singolo. Nel caso in cui dovessero sussistere tali condizioni, lo Stato sarà tenuto al risarcimento secondo le regole previste dal proprio ordinamento giuridico. Sebbene il c.d. "principio *Frankovic*" sia certamente noto, è utile rammentare che esso trae origine esplicitamente dalla giurisprudenza della corte di Giustizia la quale ha plasmato tale criterio al fine di tutelare la tenuta del complessivo sistema europeo come emergente dai Trattati. L'obbligo degli Stati di risarcire i propri cittadini in caso di inadempimento dell'attuazione delle norme comunitarie non era, infatti, prescritto da alcun documento giuridico in ambito europeo e sino ad oggi tale principio non è stato codificato in alcun testo normativo, per cui la sua portata e la sua sfera di applicazione sono desumibili esclusivamente dalla giurisprudenza di Lussemburgo. Sul punto si veda, tra gli altri, R. MASTROIANNI, *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della Direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati*, in *Giustizia civile*, n. 1/2014, pagg. 283-318.

L'esito fosse negativo, il giudice dovrebbe verificare la possibilità dell'applicazione orizzontale della Direttiva, da verificarsi tenendo conto delle argomentazioni elaborate per risolvere la prima questione pregiudiziale. In ogni caso resta ferma la possibilità per il singolo di ricorrere alla richiesta di risarcimento del danno da inadempimento dello Stato. Infine, in merito alla terza questione giurisprudenziale il Giudice di Lussemburgo ritiene che l'art. 7 della Direttiva non osta a che gli Stati introducano una diversa durata delle ferie retribuite in base alle diverse cause di assenza del lavoratore, purché sia garantito al lavoratore il periodo minimo di 4 settimane previsto dalla Direttiva.

Innanzitutto, è interessante notare come la Corte di Giustizia in tale decisione non faccia alcun cenno alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione⁴²⁹ che, come invece ampiamente argomentato dall'Avvocato generale, all'art. 31, paragrafo 2, prevede espressamente il diritto a ferie annuali retribuite. Non è chiaro se dietro a tale omissione vi sia una precisa presa di posizione della Corte, oppure se questa abbia ritenuto sufficiente richiamarsi ai propri precedenti per arrivare a definire il diritto alle ferie annuali retribuite come un principio particolarmente importante, privo, però, di quella generalità che avrebbe consentito di concludere per una diretta applicabilità della Direttiva anche nei rapporti tra privati⁴³⁰.

L'esito della decisione in esame, dunque, rimane incerto, poiché esso dipenderà esclusivamente da come il giudice del rinvio deciderà di sciogliere i dubbi interpretativi servendosi degli strumenti forniti dalla Corte. Ciò che sembra maggiormente discutibile all'interno del complessivo impianto argomentativo risiede nel fatto che il Giudice europeo non ha voluto assumere una posizione chiara circa la collocazione da attribuire al diritto alle ferie retribuite. Sembra, infatti, si possa definire come eccessivamente

⁴²⁹ Secondo A. O. COZZI, *Un conflitto costituzionale silente: Corte di giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza e sul riconoscimento di prestazioni sociali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016, pagg. 189 e ss., la Corte ha evitato di ripetere lo schema inaugurato con le decisioni *Mangold* e *Küikdveci*, non dando applicazione al parametro di diritto primario, privilegiando, al contrario, il contenuto delle fonti di diritto derivato. Tale *modus operandi*, peraltro, viene seguito anche in altre sentenze, relative, ad esempio, al diritto all'informazione e alle consultazioni dei lavoratori, sancito *ex art. 27* della Carta dei diritti fondamentali.

⁴³⁰ Pare utile osservare che un richiamo all'art. 31 della Carta avrebbe potuto giovare ad una conclusione volta a statuire che il diritto in questione dovesse essere rispettato anche dai privati. K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 6/2014, pag. 1238, partendo dal presupposto che quando l'UE agisce nell'ambito dei suoi poteri sovrani è necessario costringerla al rispetto della Carta di Nizza, i diritti fondamentali da quest'ultima sanciti potranno acquisire una forza vincolante anche rispetto ai soggetti privati, nei confronti dei quali l'UE è in una posizione di preminenza.

timida⁴³¹ la pronuncia, laddove definisce tale istituto come un principio sicuramente importante, ma non tale da rendere possibile una disapplicazione del diritto interno con esso contrastante. Allo stesso tempo, sembra sia possibile individuare un ulteriore aspetto critico della sentenza laddove essa rinuncia ad esprimersi circa la possibilità di considerare un incidente avvenuto *in itinere* al pari delle altre malattie ed infortuni sul lavoro le quali, laddove comportano un'assenza del lavoratore dal luogo di lavoro, contribuiscono, tuttavia alla maturazione dei giorni di ferie retribuite. Se in tal caso la scelta di adottare un atteggiamento *self restraint* da parte della Corte sembrerebbe essere compatibile con il sistema di competenze tracciato dai Trattati, tuttavia, non può dirsi lo stesso in merito a quanto la Corte suggerisce al giudice interno circa la possibilità di considerare il datore di lavoro della Sig.ra *Dominguez* un soggetto comunque riconducibile all'apparato statale.

Sembra quasi di leggere tra le parole della Corte un invito rivolto al Giudice nazionale affinché provveda a riconoscere alla Sig.ra *Dominguez* il diritto alle ferie retribuite al pari dei lavoratori che si siano assentati dal lavoro a causa di una malattia o infortunio previsti dal Codice del lavoro, ma le probabilità che ciò non avvenga non possono essere aprioristicamente considerate nulle, soprattutto perché non può immediatamente concludersi che il giudice francese accolga la ricostruzione operata dalla Corte e arrivi a considerare che il *Centre informatique du Centre Ouest Atlantique* sia un ente pubblico appartenente all'apparato statale. Certamente sarebbe stato più utile ai fini della *ratio* stessa del giudizio di rinvio pregiudiziale se la Corte avesse speso qualche parola in più sulla possibilità di considerare il diritto alla ferie retribuite un principio generale, anche alla luce della Carta di Nizza. Probabilmente, infatti, se la Corte fosse giunta a dichiarare il diritto alle ferie retribuite come un vero e proprio principio generale dell'ordinamento europeo non sarebbe stato necessario alcun ulteriore ragionamento idoneo a forzare eccessivamente i limiti che caratterizzano il ruolo della Corte nei riguardi degli

⁴³¹ Quando la Corte non fa ricorso all'applicazione diretta di un principio di diritto primario europeo, lasciando al giudice del rinvio l'onere di effettuare un'interpretazione conforme al diritto dell'UE, sorge l'impressione che attraverso tale tecnica decisoria il Giudice europeo voglia quasi "deresponsabilizzarsi", trasferendo in capo al giudice nazionale il compito di perseguire un equilibrio con il potere politico dell'UE. Peraltro tale *modus operandi* della Corte sembra essere funzionale rispetto agli equilibri tra direttive e norme primarie, dal momento che, imponendo l'obbligo di interpretazione conforme, si predilige l'applicazione della Direttiva impedendo, o, in ogni caso, limitando il ricorso all'applicazione diretta del diritto primario, invocato, invece, dai giudici comuni. Attraverso tale tecnica, dunque, vengono fatte salve le decisioni politiche assunte dal legislatore europeo. Sul punto si veda A. O. COZZI, *Un conflitto costituzionale silente*, op. cit. pagg. 192 e ss.

ordinamenti interni, dal momento che essa è preposta a dare un'interpretazione "autentica" del diritto europeo, mentre, al contrario, più problematico risulta giustificare lo sforzo ermeneutico compiuto in riferimento alla qualificazione del rapporto di lavoro oggetto del procedimento pendente davanti al Giudice francese. Infatti, mentre sembrerebbe pacifico che stabilire quali siano i principi fondamentali su cui si basa l'UE sia una delle prerogative della Corte di Giustizia, sembra ragionevole chiedersi se essa possa giungere sino a stabilire che cosa, all'interno di uno Stato membro, sia o non sia soggetto di diritto pubblico riconducibile in qualsivoglia modo all'apparato statale e diventi, dunque, soggetto tenuto a dare attuazione al diritto europeo.

La sentenza qui analizzata, in ogni caso, si pone lungo il sentiero tracciato dalla precedente giurisprudenza della Corte di giustizia, secondo la quale esiste nel diritto dell'UE un diritto fondamentale alle ferie retribuite, il cui godimento non può essere mortificato nel momento della concreta fruizione e al quale non si può derogare⁴³².

Che cosa succede se un lavoratore non è messo nella condizione di poter godere delle proprie ferie se queste coincidono con un periodo in cui egli è in congedo di malattia?

È questo sostanzialmente il problema al centro del caso "*Concepción Maestre García c. Centros Comerciales Carrefour SA*"⁴³³. La Sig.ra García, dipendente della soc. *Carrefour*, era stata in congedo per malattia dal novembre 2010 al giugno 2011. Durante tale arco temporale il suo datore di lavoro aveva stabilito il piano ferie annuale per il 2011 il quale concedeva alla Sig.ra García un periodo di ferie limitato a 10 giorni, di cui fruire nel periodo invernale, oltre al godimento dell'ulteriore periodo pari a 21 giorni utilizzabile

⁴³² Ad una conclusione parzialmente differente era giunta la Corte di giustizia in una sentenza del 22 novembre 2011, C-214/10, *KHS AG contro Winfried Schulte*. Nel caso di specie la Corte era stata chiamata a pronunciarsi su un rinvio pregiudiziale sollevato da un lavoratore tedesco rimasto invalido a seguito di un infarto, il quale chiedeva se l'art. 7 della Direttiva 2003/88 fosse compatibile con una normativa interna in virtù della quale il diritto a ferie minime retribuite si estingue per decorrenza del periodo di riferimento o di riporto, anche nel caso in cui il lavoratore sia inabile al lavoro per un periodo più lungo di questo e da tale protratta inabilità derivi che egli possa maturare diritti a ferie minime per diversi anni senza fruirne, in quanto la possibilità di riportare tali diritti non sia limitata nel tempo. Secondo la Corte, nel caso di specie, se non si riconoscesse l'estinzione del diritto alle ferie, il lavoratore potrebbe accumulare, nel periodo della sua assenza dal lavoro, perdurante a causa della sua invalidità, un diritto illimitato. Il Giudice di Lussemburgo, dunque, declina il principio di effettività del godimento delle ferie in modo nuovo e, bilanciando l'interesse del ricorrente e quello dell'impresa resistente; essa precisa che il primo non può essere tutelato in maniera tale da comprimere del tutto la libertà di impresa che subirebbe evidenti difficoltà a causa di un cumulo eccessivo di periodi di assenza del lavoratore. Per ulteriori approfondimenti si rimanda a V. PIETROGIOVANNI, *Ancora due nuove pronunce della Corte di giustizia sul diritto alle ferie e la malattia del lavoratore*, in *Il lavoro nelle giurisprudenza*, n. 7/2012, pagg. 681 e ss.

⁴³³ C-194/12, decisa con ordinanza il 21 febbraio 2013.

nel periodo estivo⁴³⁴. Tuttavia i giorni di ferie assegnati alla ricorrente risultavano ricompresi nel periodo in cui ella aveva sospeso la propria attività lavorativa a causa del congedo per malattia, per cui aveva richiesto al proprio datore di lavoro di poter godere delle ferie in periodi diversi da quelli originariamente stabiliti da quest'ultimo. Questi accoglieva tale richiesta solo relativamente al periodo di ferie previsto per il periodo invernale, per cui la Sig.ra *García* presentava ricorso davanti al competente giudice nazionale per ottenere, in primo luogo, la possibilità di godere delle ferie e, in subordine, di ottenere l'erogazione di un'indennità finanziaria. Il giudice spagnolo, tuttavia, riteneva di dover sospendere il procedimento per procedere ad un rinvio pregiudiziale al fine di chiedere alla Corte di Lussemburgo di esprimersi circa tre diverse questioni pregiudiziali. In primo luogo si chiedeva alla Corte di stabilire se la disciplina europea in materia di ferie fosse compatibile con un'interpretazione del diritto spagnolo in virtù della quale non fosse concesso al lavoratore di chiedere di poter fruire del periodo di ferie nel caso di coincidenza tra quest'ultimo e la sospensione dovuta ad un congedo per malattia. La seconda domanda era volta a chiarire se al datore di lavoro fosse concessa la possibilità di fissare unilateralmente il periodo di ferie da svolgere in un periodo di congedo per malattia. Infine, il giudice spagnolo intendeva ottenere chiarimenti circa la compatibilità tra il diritto europeo e la possibilità di compensare economicamente il periodo di ferie non godute perché coincidenti con un congedo per malattia, nel caso in cui per ragioni di ordine produttivo e organizzativo non fosse possibile una loro fruizione.

La decisione della Corte, in tale caso, assume la forma dell'ordinanza, poiché, come è dato apprendere dalla lettura del punto 16 della decisione in commento, esiste una costante giurisprudenza in base alla quale il diritto alle ferie annuali retribuite rappresenta un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'Unione europea al quale non è possibile derogare, e la cui attuazione da parte delle autorità competenti deve essere realizzata attingendo dalla giurisprudenza pregressa⁴³⁵. Peraltro, il diritto di cui si discute,

⁴³⁴ Lo "Statuto" dei lavoratori spagnolo – regio decreto legislativo n. 1/95, recante approvazione del testo consolidato della legge sullo Statuto dei lavoratori – in merito alle ferie annuali retribuite prevedeva innanzitutto che le stesse non fossero inferiori a 30 giorni. Inoltre esso sanciva che il periodo di ferie effettivamente fruibile dal singolo lavoratore dovesse essere oggetto di accordo tra datore di lavoro e lavoratore e che, nel caso in cui esso fosse stato coincidente con un periodo di incapacità lavorativa dovuta a gravidanza, parto o allattamento, o con il periodo di sospensione del contratto di lavoro previsto dall'art. 48 dello Statuto stesso, il lavoratore, una volta venuta meno una delle condizioni appena viste, avrebbe avuto diritto ad un diverso periodo di ferie.

⁴³⁵ La Corte, infatti, fa espresso richiamo dell'art. 99 del Regolamento di procedura della Corte di Giustizia, in virtù del quale se una questione è identica ad una già decisa dalla Corte, oppure se la

sottolinea la Corte, è sancito anche dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione, ed esso è riconducibile ad una *ratio* diversa rispetto al periodo concesso per congedo di malattia. Per tali ragioni, infatti, per costante giurisprudenza, è pacifico che il lavoratore abbia diritto a chiedere al proprio datore di lavoro di poter fruire delle ferie in un periodo diverso da quello originariamente stabilito se la loro concreta fruizione non è stata possibile a causa di una inabilità temporanea al lavoro e che, allo stesso tempo, il datore di lavoro è obbligato ad assecondare tale richiesta. Quest'ultimo dovrà, dunque, offrire un periodo di ferie alternativo a quello richiesto dal lavoratore nel caso in cui la richiesta di quest'ultimo non sia compatibile con le esigenze di produzione e di organizzazione le quali, sebbene non possano essere del tutto sacrificate a vantaggio della richiesta del dipendente, non potranno, in ogni caso, valere a giustificare un rifiuto generale⁴³⁶. Al centro di tali argomentazioni la Corte pone la fondamentale importanza del diritto alle ferie, in quanto principio (fondamentale) del diritto sociale dell'Unione.

In merito alla terza questione pregiudiziale il Giudice di Lussemburgo precisa che l'art. 7 della Direttiva 2003/88 non consente ad uno Stato membro di prevedere che, in costanza del rapporto di lavoro il periodo di ferie non goduto a causa di una malattia, venga sostituito con un'indennità finanziaria.

soluzione può essere rinvenuta nella giurisprudenza o, ancora, quando la risposta alla domanda pregiudiziale non dà adito ad alcun ragionevole dubbio, la Corte può, sentito l'Avvocato generale, statuire in qualsiasi momento con ordinanza motivata.

⁴³⁶ Per molti versi simile all'ordinanza in esame è la sentenza del 10 settembre 2009 con la quale la Corte di Giustizia ha deciso il caso "*Francisco Vincente Pereda contro Madrid Movilidad SA*", C-277/08. Il Sig. *Pereda*, dipendente della *Madrid Movilidad*, nell'anno 2007 aveva fissato, conformemente alle previsioni del contratto collettivo di categoria e alla proposta di ferie formulata dal consiglio di azienda, il proprio periodo di ferie dal 6 luglio al 14 agosto. Tuttavia, in data 3 luglio era stato vittima di un infortunio sul lavoro dal quale era derivata la sua inabilità temporanea sino al 13 agosto, per cui da quanto originariamente prefissato per il godimento delle ferie era residuo un periodo limitato ai giorni 14 e 15 agosto. Rientrato al lavoro il Sig. *Pereda* chiedeva al proprio datore di lavoro di poter essere ammesso a godere di un nuovo periodo di ferie, ma riceveva una risposta negativa e priva di motivazione, avverso la quale proponeva ricorso dinnanzi al giudice competente. Quest'ultimo, a sua volta, sospendeva il giudizio per chiedere alla Corte di Giustizia di esprimersi circa il diritto del lavoratore di chiedere, una volta terminato il periodo di convalescenza, la concessione di un nuovo periodo di ferie a causa del mancato godimento di quelle precedentemente fissate. Interessante appare il punto n. 24 della sentenza, in cui la Corte si sofferma a chiarire che, dato che il diritto alle ferie è consentire al lavoratore di riposarsi e di beneficiare di un periodo di distensione e di ricreazione (punto 21), l'effetto positivo delle ferie si esplica pienamente quando le ferie vengono godute nell'anno appositamente previsto, ovverosia in quello in cui le energie del lavoratore sono state consunte dal lavoro svolto, tale periodo di riposo mantiene il proprio significato e la propria utilità anche nel caso in cui venga fruito in un momento diverso. La Corte, inoltre, chiarisce che la possibilità di richiedere la concessione di un diverso periodo di ferie deve essere prevista dal diritto nazionale, anche tenendo conto delle "ragioni imperative "legate agli interessi dell'azienda".

Sebbene per molti aspetti le argomentazioni di tale ordinanza si limitino ad un mero ed espresso riferimento alla giurisprudenza precedente, già richiamata peraltro in alcuni dei casi precedentemente analizzati, tuttavia, essa risulta interessante soprattutto in merito a quanto dice la Corte circa le ragioni legate agli interessi dell'azienda. Esse, infatti, non possono andare a svantaggio della sfera soggettiva del lavoratore al quale il diritto dell'UE si premura di riconoscere un diritto a godere di un periodo di tempo di astensione dal lavoro durante il quale egli possa ripristinare le energie psico-fisiche perse durante lo svolgimento dell'attività lavorativa.

La Direttiva 2003/88/CE è stata recentemente oggetto di un nuovo rinvio pregiudiziale ad opera del giudice polacco. In particolare, il Tribunale distrettuale per Breslavia centro in Breslavia, Sezione lavoro e previdenza, ha sollevato un giudizio pregiudiziale per chiedere alla Corte di Giustizia di esprimersi circa la compatibilità tra l'art. 7 della Direttiva appena citata e la disciplina polacca relativa alle ferie degli insegnanti, con particolare riferimento alle previsioni attinenti al caso di sovrapposizione tra periodo di ferie e congedo per malattia. In sostanza, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte di Lussemburgo se alla luce della disciplina europea, un insegnante, che abbia usufruito nel corso di un anno del congedo per malattia previsto dalla normativa nazionale contenuta nella Carta degli insegnanti, matura nel medesimo periodo il diritto al congedo per ferie previsto dalle disposizioni generali del diritto del lavoro.

Innanzitutto, la Corte⁴³⁷ ribadisce, come già nella sentenza relativa al caso *Dominguez*, che il diritto a godere di un periodo pari ad almeno 4 settimane di ferie retribuite rappresenta un principio particolarmente importante del diritto sociale dell'UE. Peraltro il Giudice europeo sottolinea, questa volta, che tale diritto è altresì sancito dall'art. 31 n. 2 della Carta di Nizza e ne mette in risalto il nuovo valore giuridico assunto a seguito dell'entrata in vigore del trattato di Lisbona, senza, tuttavia, soffermarsi a mettere in evidenza quanto tale circostanza possa incidere sulla portata stessa del diritto oggetto della sua analisi. Inoltre, viene chiarito che la disciplina europea non può essere interpretata in maniera restrittiva e che, in ogni caso, al lavoratore deve essere concessa la effettiva possibilità di usufruire di tale diritto, non dovendo essere considerata, tuttavia, di per sé illegittima una disciplina statale che dovesse prevedere la possibilità che, allo scadere di un determinato periodo di riferimento, il lavoratore perda tale diritto.

⁴³⁷ Sentenza del 30 giugno 2016, causa C-178/15.

Il ragionamento della Corte prosegue con un breve riferimento alla differenza che sussiste tra la *ratio* cui risponde il diritto alle ferie e quella per cui è previsto il congedo per malattia, risiedendo la prima nel fornire al lavoratore un periodo di riposo e di svago. In ogni caso, secondo la Corte spetta al giudice nazionale verificare se la previsione nazionale del diritto al congedo per malattia differisca da quello a ferie retribuite e, nel caso di differenza, la normativa nazionale deve prevedere l'obbligo per il datore di lavoro di concedere al lavoratore interessato un altro periodo di ferie annuali da questi proposto, compatibilmente con le ragioni imperative che possano essere vantate dal datore di lavoro poste a tutela dei suoi interessi.

In virtù di tali argomentazioni la Corte afferma: «Alla luce di tutte le considerazioni che precedono, alla questione sollevata occorre rispondere che l'articolo 7, paragrafo 1, della Direttiva 2003/88 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una normativa o a una prassi nazionale, come quella oggetto del procedimento principale, in base alla quale ad un lavoratore che nel periodo delle ferie annuali fissato nel calendario delle ferie dell'istituto in cui lavora si trovi in congedo per recupero della salute concesso ai sensi del diritto nazionale può essere negato, al termine del suo congedo per recupero della salute, il diritto di godere delle ferie annuali retribuite in un periodo successivo, sempre che la finalità del diritto al congedo per recupero della salute differisca da quella del diritto alle ferie annuali, circostanza che spetta al giudice nazionale valutare ». Sul punto sarebbe di sicuro interesse verificare quale sia stata concretamente la decisione del giudice *a quo*, soprattutto alla luce della vigenza del Protocollo n. 30 allegato alla Carta di Nizza.

Nelle sentenze sin qui analizzate emergono alcuni tratti fondamentali dell'atteggiamento mostrato dalla Corte e, anzi, dal diritto dell'Unione europea in materia di diritto del lavoratore a godere di ferie retribuite. In primo, luogo è interessante notare come il diritto alle ferie assuma i connotati di un vero e proprio principio generale dell'Unione il quale è sì strettamente connesso allo *status* del lavoratore, ma le cui ragioni e scopi vanno rintracciati oltre. La giurisprudenza sul punto è pressoché costante: diritto alle ferie e astensione dal lavoro per motivi di salute sono poste a presidio di esigenze differenti, per cui non sono ammesse sovrapposizioni tra i due concetti. La Corte, nell'escludere categoricamente qualsivoglia confusione e/o giustificazione di una esclusione o contrazione del periodo di ferie per il lavoratore che abbia fruito di un periodo di astensione dal lavoro, sia nel caso di coincidenza dei due periodi, sia nell'ipotesi in cui a causa dell'astensione il lavoratore, in base al diritto nazionale, non abbia maturato il

diritto alle ferie, sembra dimostrare una particolare sensibilità, non solo nei confronti di un diritto sociale del lavoratore, ma anche verso un diritto fondamentale della persona. Meritevole di attenzione è anche il bilanciamento che la Corte effettua tra il diritto del lavoratore e le esigenze produttive del datore di lavoro, soprattutto dal momento che queste ultime, in tali casi, non assurgono a meta-valori suscettibili di maggiore attenzione rispetto alle condizioni dei singoli. Inoltre, dalla giurisprudenza della Corte in materia di diritto alle ferie emerge che, nonostante i singoli Stati membri siano titolari del potere di definire le condizioni di esercizio e di attuazione del diritto alle ferie, essi, in virtù della clausola di chiusura di cui all'art. 7, paragrafo 1, della Direttiva 2003/88, devono attenersi ai limiti esplicitamente indicati dalla Direttiva stessa⁴³⁸

5.2. (segue). c) *Il lavoro in itinere rientra nell'orario di lavoro*

Il tempo impiegato dai lavoratori per gli spostamenti quotidiani dal proprio domicilio al posto di lavoro è da considerarsi orario di lavoro ai sensi della Direttiva 2003/88? Tale quesito risulta particolarmente problematico in riferimento a quei lavoratori che pur essendo legati ad un datore di lavoro da un vincolo di subordinazione non abbiano, tuttavia, un posto di lavoro fisso ma, al contrario, la loro attività, a seguito della riorganizzazione della struttura aziendale attuata dal datore di lavoro, è itinerante. È sostanzialmente questa la domanda che la Corte nazionale spagnola ha rivolto alla Corte di giustizia nella causa C-266-14⁴³⁹ dal momento che una società operante nel settore dell'installazione e della manutenzione dei sistemi di sicurezza per la prevenzione dei furti, dopo aver soppresso le proprie sedi provinciali, lasciando invariata soltanto la sede centrale a Madrid, considerava come orario di riposo il tempo che i lavoratori utilizzavano per il tragitto che dal proprio domicilio li conduceva dal primo cliente della giornata e per quello di ritorno a fine giornata. Le norme di riferimento per la decisione in commento, contenute nell'art. 2, punto 1, della Direttiva 2003/88, possono essere interpretate negli stessi termini in cui si è pronunciata la Corte in merito alla Direttiva 200/34 dato che gli articoli da 1 a 8 della Direttiva 2003/88 sono stati formulati in maniera sostanzialmente identica agli articoli da 1 a 8 della Direttiva 200/34, la quale ha modificato a sua volta la Direttiva 93/104. La Direttiva in questione ha lo scopo di armonizzare le legislazioni statali in materia di condizioni di vita e di lavoro dei

⁴³⁸ Cfr. A. GRIECO, *Il rapporto tra ferie e malattia nuovamente al vaglio della Corte di giustizia*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2/2010, pag. 551, secondo la quale la decisione in commento non avrebbe avuto particolari conseguenze sulla giurisprudenza italiana relativa al diritto alle ferie.

⁴³⁹ Sentenza emessa il 10 settembre 2015.

lavoratori con particolare riguardo all'orario di lavoro. Obiettivo di tali norme è quello di garantire una migliore tutela della sicurezza e della salute dei lavoratori, anche attraverso la previsione di periodi di riposo e di pausa adeguati. Le norme relative all'organizzazione dell'orario di lavoro rappresentano la normativa sociale dell'Unione europea, il cui godimento deve essere assicurato a ciascun lavoratore, quale prescrizione minima necessaria per la tutela della sicurezza e della salute.

La giurisprudenza consolidata della Corte non riconosce alcuna altra categoria che possa aggiungersi alla dicotomia orario di lavoro/orario di riposo, per cui tale circostanza vale anche per il caso di specie, ed è alla luce di tali considerazioni che esso deve essere deciso. Secondo il Giudice di Lussemburgo, durante il tragitto casa/primo cliente e durante quello inverso, ultimo cliente/casa, i lavoratori sono in ogni caso sottoposti alle direttive e alla disponibilità del datore di lavoro, il quale può, peraltro, utilizzare gli strumenti tecnologici di cui dispone per attestare l'orario di partenza e quello di arrivo del lavoratore, scongiurando, in tal modo, qualsivoglia abuso da parte di quest'ultimo, come, peraltro, già avviene in riferimento agli spostamenti che effettua tra un cliente e l'altro.

In ogni caso, così come osserva l'Avvocato generale, per un lavoratore che non abbia più una sede fissa in cui esercitare il proprio lavoro, gli spostamenti sono intrinseci al lavoro da questi svolto.

Dal momento che le prescrizioni in materia di orario di lavoro sono volte al fine di tutelare la salute del lavoratore, il tempo che questo utilizza per recarsi dal proprio domicilio verso un cliente, indicato dal datore di lavoro, non può essere considerato periodo di riposo ma, al contrario, esso deve essere ascritto alla nozione di orario di lavoro. Inoltre, l'argomento che attiene ai maggiori costi che l'azienda dovrà sostenere non ha valore per la Corte la quale precisa che, in ogni caso, l'azienda è libera di determinare la reale remunerazione spettante al lavoratore itinerante, aspetto non rientrante nella Direttiva ma nelle relative disposizioni nazionali.

Alla luce di tale sentenza si può osservare una particolare attenzione della Corte nei riguardi della salute dei lavoratori alla cui tutela sono indirizzate le norme europee in materia di organizzazione dell'orario di lavoro. In particolare, merita attenzione quanto osservato dalla Corte rispetto ai maggiori costi che le aziende dovranno sostenere a causa dell'estensione del concetto di orario di lavoro fornito dalla Corte, i quali, infatti, non sono bilanciabili con l'esigenza di protezione della salute del lavoratore. Peraltro, come alcuni hanno osservato, la nozione di orario di lavoro offerta dalla Corte di giustizia sarà, probabilmente, idonea ad avere diverse conseguenze all'interno degli ordinamenti

nazionali, tra le quali, ad esempio, si potrebbe verificare un'estensione del concetto di infortunio *in itinere* e, conseguentemente, della risarcibilità dello stesso⁴⁴⁰, generando, così, una maggiore ampiezza della sfera relativa ai diritti dei lavoratori.

5.3.(segue). d) *Il diritto alla conciliazione vita lavorativa – vita familiare. La giurisprudenza in materia di congedi parentali.*

L'art. 33 della Carta di Nizza sancisce il diritto ad ottenere la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale. Il secondo paragrafo della disposizione in esame prevede la tutela della vita familiare, la quale deve essere conciliata anche con la vita professionale, per cui ogni individuo ha diritto di ottenere la protezione da licenziamenti legati alla maternità, così come ha diritto ad un congedo di maternità retribuito a seguito della nascita o dell'adozione di un figlio. Di particolare rilevanza in tale ambito appare la materia dei congedi parentali, attraverso i quali si intende bilanciare il diritto al lavoro e il diritto alla vita familiare, esigenza storicamente riconosciuta alle lavoratrici donne che, tuttavia, negli anni ha progressivamente interessato anche i lavoratori uomini, come conseguenza dell'evoluzione dei rapporti all'interno della famiglia, ove, rispetto al passato, si registra una tendenza che si muove verso la parità dei ruoli. Il tema in questione riguarda inoltre svariati interessi concernenti molteplici aspetti che vanno dalla natalità al lavoro flessibile, alle condizioni e servizi per la custodia dei bambini e di familiari non autonomi⁴⁴¹, e si collega, dunque, ai temi fiscali, previdenziali e alle politiche del lavoro. La conciliazione tra vita privata e professionale rappresenta uno strumento attraverso il quale si può perseguire l'obiettivo dell'uguaglianza tra uomini e donne, quale garanzia dell'autonomia e delle libertà individuali. L'uguaglianza nella vita privata deve estendersi necessariamente alla vita lavorativa affinché donne e uomini possano effettivamente essere titolari di diritti di cittadinanza sociale delle persone, tra i quali rientrano la maternità e la paternità⁴⁴².

La tutela della vita familiare e il diritto di ottenere una conciliazione della stessa con le esigenze derivanti dalla vita professionale assumono un posto di particolare rilievo nell'ordinamento europeo, essendo previsti e garantiti da una fonte di diritto originario. Tuttavia, come noto, la materia sociale rientra tra le materie in cui l'UE gode di una

⁴⁴⁰ Cfr. A. SCARCELLA, *Il tempo di spostamento casa-clienti per la CGUE è orario di lavoro*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, n. 1/2016, pag. 5 e ss.

⁴⁴¹ Cfr. L. LOREA, *Sul congedo di paternità: orientamenti e prospettive*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2/2012, pag. 265 e ss.

⁴⁴² Cfr. L. LOREA, *Sul congedo di paternità: orientamenti e prospettive*, op. cit. pag. 273.

competenza concorrente con gli Stati, che proprio su tale terreno questi ultimi hanno dimostrato una particolare resistenza ad un'uniformazione delle relative discipline. Analizzare la giurisprudenza della Corte di giustizia può consentire di verificare quale sia il grado di adesione degli ordinamenti interni alla normativa europea.

Nell'ambito dei congedi parentali e della conciliazione della vita lavorativa e familiare, innanzitutto, si deve sottolineare la presenza della Direttiva 96/34, relativa all'accordo quadro sul congedo parentale concluso dall'UNICE, dal CEEP e dalla CES. Nel 2009 le parti sociali europee sono arrivate ad un nuovo accordo che ha modificato il precedente e che avrebbe dovuto essere recepita dagli Stati entro l'8 marzo 2012. Tuttavia, anche alle luce delle novità così introdotte, il diritto europeo fissa in quattro mesi la durata minima del congedo parentale, per cui esso rappresenta una misura non particolarmente incisiva nell'ambito della materia della conciliazione delle esigenze di vita familiare e professionale, tanto che, infatti, molti Stati, nel dare attuazione alla Direttiva, hanno previsto periodi più lunghi. Secondo alcuni, il legislatore europeo avrebbe così dato una risposta *soft* a tale esigenza di conciliazione e ciò dimostra la tendenza europea a prediligere misure che favoriscano la flessibilità richiesta dalle aziende anziché la tutela *tout court* del lavoratore⁴⁴³.

La non abbondante giurisprudenza sul punto potrebbe, forse, dimostrare lo scarso impegno profuso dagli Stati nel dare attuazione alla legislazione sul congedo parentale⁴⁴⁴, tuttavia, le decisioni che sono state selezionate, relative alla tematica dei congedi parentali e a quella dei congedi di maternità, rappresentano un utile punto di partenza per elaborare valutazioni di portata generale circa l'attuale livello di protezione dei diritti connessi all'esigenza di conciliare la vita privata e quella professionale.

Con la sentenza del 16 settembre 2010 la I sezione della Corte di Lussemburgo ha deciso la causa C-149/2010 vertente sull'interpretazione della clausola 2.1 dell'accordo quadro sul congedo parentale concluso il 14 dicembre 1995, allegato alla Direttiva 96/34/CE.

Il procedimento era stato avviato con un rinvio pregiudiziale promosso dalla Corte d'appello amministrativa di Salonicco, adita a sua volta dalla Sig.ra *Chatzi*, dipendente pubblica, la quale intendeva impugnare la decisione del giudice amministrativo. La Sig.ra *Chatzi* aveva ottenuto in data 27 giugno 2008 un congedo parentale retribuito di 9 mesi a decorrere dal 20 settembre 2007, tuttavia ella intendeva ottenere un secondo congedo per

⁴⁴³ Cfr. A. DE FELICE, *I congedi parentali: un diritto fragile*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2014, pag.709.

⁴⁴⁴ Cfr. A. DE FELICE, *I congedi parentali: un diritto fragile*, op. cit., pag.702.

il secondo dei figli gemelli. Il 14 maggio 2009 il direttore dell'Ufficio delle Entrate n. 1 di Salonico aveva respinto tale richiesta e la Sig.ra *Chatzi* aveva impugnato la decisione innanzi al competente giudice.

Il giudice del rinvio aveva sospeso il giudizio di appello poiché, nonostante fosse consapevole del fatto che precedentemente il Consiglio di Stato greco si fosse pronunciato nel senso di negare la possibilità di un doppio congedo parentale nel caso di parti gemellari, nutriva dubbi circa l'interpretazione da dare alla Direttiva 94/36 alla luce della Carta di Nizza che, a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, aveva definitivamente assunto valore giuridicamente vincolante.

Proprio in virtù di tali dubbi interpretativi, dunque, il Giudice *a quo* chiedeva alla Corte di Giustizia di pronunciarsi su due questioni: nel primo caso la Corte avrebbe dovuto valutare se la clausola 2.1 dell'accordo quadro sul congedo parentale, alla luce anche dell'art. 24 della Carta di Nizza⁴⁴⁵, avrebbe dovuto essere interpretato nel senso che il diritto al congedo parentale fosse da rinvenirsi anche in capo al figlio e non solo al genitore. Secondo il giudice remittente, infatti, tenuto conto del maggior livello di protezione accordato anche ai bambini e ai minori grazie alla nuova natura giuridica della Carta di Nizza, occorreva riconoscere a ciascun figlio il diritto a tale permesso, al fine di evitare una violazione dell'art. 21 della Carta⁴⁴⁶, ovvero, qualsiasi violazione del divieto di non discriminazione sancito da tale articolo. La seconda richiesta, invece, subordinata ad un'eventuale risposta negativa della Corte alla prima, era volta a chiarire se con il termine "nascita" contenuto nella clausola 2.1 si dovesse far riferimento all'evento nascita in sé e per sé o se, al contrario tale espressione dovesse essere

⁴⁴⁵ Il quale è situato nel Capo III, rubricato "Uguaglianza" della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea sancisce che: «Diritti del bambino 1. I bambini hanno diritto alla protezione e alle cure necessarie per il loro benessere. Essi possono esprimere liberamente la propria opinione; questa viene presa in considerazione sulle questioni che li riguardano in funzione della loro età e della loro maturità. 2. In tutti gli atti relativi ai bambini, siano essi compiuti da autorità pubbliche o da istituzioni private, l'interesse superiore del bambino deve essere considerato preminente. 3. Ogni bambino ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti con i due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

⁴⁴⁶ Tale disposizione, contenuta a sua volta nel Capo III, prescrive che: 1. «È vietata qualsiasi forma di discriminazione fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. 2. Nell'ambito d'applicazione del trattato che istituisce la Comunità europea e del trattato sull'Unione europea È vietata qualsiasi discriminazione fondata sulla cittadinanza, fatte salve le disposizioni particolari contenute nei trattati stessi».

considerata in relazione al numero di nascite effettivamente realizzatesi in occasione del parto.

Occorre, innanzitutto, sottolineare come il Giudice del rinvio faccia direttamente riferimento alla Carta di Nizza, la quale, avendo assunto rango pari a quello dei Trattati, è vincolante in ogni sua parte e nei confronti tanto delle istituzioni europee quanto degli Stati membri soltanto nell'attuazione del diritto europeo⁴⁴⁷.

Prima di soffermarsi sulle argomentazioni usate dalla Corte per giungere alla sua decisione finale è opportuno, oltre che particolarmente interessante, volgere l'attenzione alle conclusioni dell'Avvocato generale *Juliane Kokott*. Innanzitutto, viene chiarito che l'accordo quadro in esame deve essere applicato anche ai dipendenti pubblici, nonostante l'assenza di qualsiasi previsione in tale senso nell'atto oggetto di analisi. Infatti, l'Avvocato generale puntualizza che né la Direttiva 94/36, né l'accordo quadro prevedono alcuna distinzione tra lavoratori dipendenti da un datore di lavoro pubblico e quelli dipendenti in virtù di un rapporto privato. Oltretutto, e questo aspetto risulta particolarmente interessante, l'Avvocato fa un richiamo all'art. 157 TFUE⁴⁴⁸ e, in particolare, all'interpretazione datane dalla Corte di Giustizia la quale ha esteso l'ambito di applicazione della norma anche ai dipendenti pubblici, poiché il principio della parità di trattamento di retribuzione rappresenta uno dei principi fondanti della Comunità europea, per cui non è possibile alcuna esclusione dei dipendenti pubblici. L'argomentazione dell'Avvocato generale prosegue sostenendo che, dal momento che anche la Direttiva 96/34 mira a promuovere la parità di trattamento tra uomini e donne, il termine lavoratore deve essere inteso nel senso di ricomprendervi anche i lavoratori pubblici. Nelle proprie conclusioni l'Avvocato generale ritiene che l'accordo quadro non lasci adito a dubbi circa la titolarità del diritto al congedo parentale: esso spetta esclusivamente al genitore e non al figlio. L'art. 24 della Carta di Nizza, inoltre, riconoscendo il diritto dei figli di ricevere cure e protezione da parte dei genitori, riserva

⁴⁴⁷ Secondo parte della dottrina, tuttavia, tale disposizione non meriterebbe particolare rilievo dal momento che ormai la Carta ha acquisito lo stesso valore dei trattati. Sul punto si veda K. STERN, *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit. L'A. sostiene che tale disposizione vorrebbe vincolare in particolare gli Stati membri al rispetto della Carta dei diritti fondamentali, per cui introducendo tale differenziazione dei soggetti tenuti a tale rispetto sembra voler dotare di particolare forza vincolante i diritti fondamentali.

⁴⁴⁸ Il quale prescrive il principio della parità di retribuzione tra uomini e donne. Il par. 3 dell'articolo in esame sancisce, inoltre, il principio delle pari opportunità e della parità di trattamento tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

comunque a questi ultimi la scelta circa le modalità attraverso le quali occuparsi della prole e prendersene cura.

In merito alla seconda questione, invece, l'Avv. generale, dopo un lungo e complesso ragionamento, giunge a ritenere che il genitore sia titolare di un diritto al congedo parentale per ciascun figlio, anche nel caso di gemelli, poiché tale permesso è volto a fornire al genitore la possibilità di conciliare vita privata e professionale in maniera adeguata alle esigenze di figli, per cui nel caso di gemelli il permesso deve essere concesso per ciascun figlio, poiché le cure e gli sforzi richiesti ai genitori sono proporzionali al numero dei figli. Il riconoscimento di un permesso di congedo per ciascun figlio è, altresì, imposto dal principio della parità di trattamento: al fine di dimostrare la fondatezza di tale tesi, l'Avvocato generale pone a raffronto la situazione di genitori di figli nati a breve distanza di tempo per i quali la normativa in esame prevede in ogni caso la possibilità di usufruire di singoli congedi parentali.

Tuttavia, dopo aver ammesso che sia possibile concedere un congedo per ciascun figlio anche nel caso di un parto gemellare, l'Avv. generale chiarisce che tale riconoscimento non è automatico, ma deve essere valutato anche alla luce della normativa del singolo Paese membro. Infatti, posto che la Direttiva e l'accordo quadro fissano in un minimo di tre mesi la durata del congedo parentale, gli Stati restano liberi di fissare tale limite in un periodo superiore ai 3 mesi previsti dalla normativa europea. Spetterà, dunque, ai giudici nazionali valutare se la maggior durata del congedo parentale sia idonea a sostituirsi alla possibilità di fruire di singoli congedi parentali per ciascun figlio, nel caso in cui il legislatore nazionale nulla abbia previsto a riguardo. Dunque, le conclusioni dell'Avvocato generale rimandano al giudice del rinvio l'onere di effettuare tale valutazione.

A conclusioni parzialmente differenti, invece, giunge la Corte di Giustizia la quale, innanzitutto, conferma che la normativa *de qua* si applichi anche ai dipendenti pubblici poiché la Direttiva si riferisce genericamente a tutti i lavoratori, senza distinzione tra pubblici e privati; e, inoltre, dato che l'accordo quadro mira a introdurre una parità di trattamento tra uomini e donne in materia di impiego, e dato, altresì, che tale principio ha portata generale, esso deve applicarsi anche ai rapporti del pubblico impiego.

La Corte, inoltre, afferma che il diritto al congedo parentale attiene al genitore e non al figlio, come è dato intuire sia da un'interpretazione letterale della clausola 1.2 dell'accordo quadro, sia dalla finalità dello stesso il quale mira a conciliare esigenze lavorative e private-famigliari anche ai sensi dell'art. 16 della Carta comunitaria dei diritti

sociali fondamentali dei lavoratori. Per ciò che attiene alla previsione dell'art. 24 della Carta di Nizza, la Corte chiarisce che essa non impone di riconoscere in capo al figlio il diritto del congedo parentale il quale spetta ai genitori che rimangono gli unici a poter scegliere come esercitare il diritto e il dovere di occuparsi dell'educazione e della cura dei figli.

Il Giudice europeo affronta anche la questione relativa alla seconda richiesta proveniente dal giudice del rinvio: il congedo parentale spetta al genitore per ciascun figlio anche nel caso di un parto gemellare? La risposta non è immediata, e, infatti, è lo stesso giudice di Lussemburgo a definire ambigua la clausola 2.1 dell'accordo quadro e per risolvere le difficoltà interpretative fa riferimento alle finalità perseguite dalla Direttiva 96/34, la quale ha lo scopo di consentire ai genitori di prendersi cura dei figli. Riconoscendo che ai genitori che hanno avuto dei gemelli è richiesto uno sforzo ulteriore e superiore rispetto agli altri, la Corte afferma, tuttavia, che concedere un congedo parentale per ciascun figlio nato da un parto gemellare non è necessariamente l'unica misura possibile per consentire ai genitori di prendersi cura della prole e di conciliare al meglio le esigenze professionali con quelle derivanti dalla vita privata a familiare. La Corte si sofferma anche sul principio della parità di trattamento, sancito ora anche dall'art. 20 della Carta di Nizza, il quale assegna a tale principio il carattere della fundamentalità; secondo la Corte tale principio assume, nell'ambito del congedo parentale, un'importanza ancora maggiore poiché esso deve essere letto in combinato disposto con l'art. 33 n. 2 della Carta, il quale riconosce anche il diritto al congedo parentale. È interessante sottolineare come la Corte, sebbene in un breve passaggio e senza dedicarvi particolare enfasi, precisa che dal momento che il diritto al congedo parentale è sancito dall'art. 33 della Carta di Nizza esso assume carattere di diritto fondamentale dell'UE. Tale principio, dunque, deve essere applicato anche nel rispetto del principio di non discriminazione, per cui il Giudice di Lussemburgo si sforza di individuare la situazione simile a quella oggetto del giudizio principale alla luce della quale valutare vi sia stato un trattamento irragionevolmente differenziato.

Il termine di paragone viene individuato nella situazione in cui riversa chi è genitore di figli aventi "lieve differenza di età" ma, sottolinea la Corte, tale espressione non è sufficientemente precisa, per cui risulta difficoltoso effettuare un paragone tra tali situazioni. Il Giudice europeo, dunque, riconosce che la nascita di due o più gemelli rappresenti una situazione peculiare e che necessiti pertanto di una disciplina particolare rispetto ai casi in cui il congedo debba essere assegnato al genitore che debba accudire un

solo figlio. Tuttavia, secondo la Corte è il giudice nazionale il soggetto deputato a valutare se la normativa nazionale sia comunque idonea a fornire ai lavoratori che abbiano avuto due o più gemelli le misure più adatte per affrontare tale particolare situazione. Il legislatore nazionale, dunque, nell'attuare le previsioni contenute nella Direttiva sul congedo parentale deve tenere in debita considerazione la situazione in cui si trovano i genitori di due o più gemelli garantendo loro misure idonee rispetto a tali circostanze.

In questo modo, dunque, la Corte rimette al giudice del rinvio l'onere di valutare la conformità della scelta del legislatore greco rispetto alla situazione della Sig.ra *Chatzi*, e tale analisi dovrà essere svolta tenendo in considerazione quanto chiarito dal Giudice di Lussemburgo.

Nella sentenza oggetto di analisi, la Carta di Nizza viene richiamata al fine di rimarcare che il diritto al congedo parentale, il principio della parità di trattamento nel rapporto di lavoro e il principio di non discriminazione sono da considerarsi diritti fondamentali proprio in quanto contenuti in tale documento. Tale loro carattere, dunque, impone che essi siano interpretati in maniera estensiva.

Parte della dottrina ha osservato che sulla materia del congedo parentale non è dato rinvenire una copiosa giurisprudenza della Corte di giustizia⁴⁴⁹ per cui la sentenza in esame rappresenta certamente un caso di particolare interesse anche per i riferimenti che la Corte fa al rinnovato quadro delle fonti originarie del diritto dell'UE. Di particolare rilievo, infatti, appare il richiamo che la Corte rivolge ai diritti dei bambini, i quali acquisiscono autonoma dignità giuridica proprio grazie alla Carta di Nizza.

In un altro caso la Corte di giustizia è tornata a pronunciarsi in merito a questioni pregiudiziali legate alla disciplina dei congedi parentali. Con la sentenza del 20 giugno 2013 la Corte ha deciso la causa C-7/12 sorta a seguito del rinvio pregiudiziale sollevato dal *Augstākās tiesas Senāts* (Senato della Corte suprema) lettone, la quale ha posto all'attenzione del Giudice europeo tre questioni pregiudiziali vertenti sull'interpretazione da dare alla Direttiva 76/207 - relativa alla parità di trattamento tra uomini e donne nell'ambito dei rapporti di lavoro - e all'accordo quadro sui congedi parentali. Il caso di specie riguardava la vicenda lavorativa della Sig.ra *Riežniece*, dipendente pubblica, la quale nel corso del 2006 era stata sottoposta ad una valutazione dell'attività svolta e

⁴⁴⁹ Cfr. P. BOZZAO, *Parto gemellare e raddoppio del congedo parentale: lo stop del giudice europeo (Corte di giustizia, sezione prima, 16 settembre 2010, causa C-149/10)*. Con nota, in *Rivista del Diritto della Sicurezza sociale*, n. 1/2011, pagg. 267 e ss.

successivamente aveva usufruito di un congedo parentale nel periodo ricompreso tra il novembre 2007 e il maggio 2009. Nell'anno 2009 l'amministrazione presso la quale svolgeva la propria attività lavorativa la Sig.ra *Riežniece* provvedeva alla soppressione di un posto di consulente principale presso la sezione per gli affari giuridici del dipartimento amministrativo, nell'ambito di una complessiva riorganizzazione strutturale del dipartimento e, per selezionare il lavoratore che avrebbe dovuto lasciare tale incarico, procedeva ad una nuova valutazione, stabilendo criteri parzialmente diversi rispetto a quelli utilizzati nel 2006. La Sig.ra *Riežniece* veniva valutata alla luce dei risultati relativi alla valutazione annuale realizzata nel periodo precedente al congedo parentale, ottenendo un risultato inferiore sia a quello raggiunto nel 2006, che a quello degli altri partecipanti alla valutazione. Per tale motivo, ella veniva individuata come la lavoratrice che avrebbe dovuto cessare il proprio rapporto di lavoro quale consulente principale presso la sezione per gli affari giuridici del dipartimento amministrativo ma riceveva, contestualmente a tale comunicazione, una proposta di lavoro presso un altro dipartimento che veniva immediatamente accettato dalla lavoratrice. Pochi giorni dopo l'accettazione del nuovo incarico, tuttavia, il posto di lavoro assegnato alla Sig.ra *Riežniece* veniva soppresso a causa dei cambiamenti strutturali del dipartimento, resi necessari dalle difficoltà economiche verificatesi a livello nazionale e, pertanto, la lavoratrice cessava il proprio rapporto di lavoro alle dipendenze della amministrazione statale. La Sig.ra *Riežniece* ricorreva avverso il provvedimento di licenziamento e la sua richiesta veniva parzialmente accolta in primo grado, mentre veniva rigettata in appello, spingendo la ricorrente ad adire la Corte di cassazione lettone, sostenendo che, in ossequio al diritto dell'Unione europea, il lavoratore che abbia usufruito di un congedo di maternità, al termine dello stesso, ha diritto ad essere reintegrato nel precedente posto di lavoro o in uno equivalente. Inoltre, ella riteneva che il giudice di secondo grado, ammettendo la possibilità di valutare lavoratori in servizio e lavoratori in congedo parentale sulla base di criteri diversi, avesse errato nell'interpretare il divieto di discriminazione nell'ambito del diritto dell'Unione europea. Alla luce di tali circostanze, la Corte di cassazione lettone chiedeva alla Corte di giustizia se: la Direttiva 76/207 e l'accordo quadro sui congedi parentali ostassero ad una normativa nazionale che permettesse ad un datore di lavoro di intraprendere un'azione il cui risultato comportasse la cessazione di un rapporto di lavoro per una lavoratrice rientrata al lavoro dopo un congedo parentale; se la risposta alla prima domanda potesse essere condizionata dalle condizioni economiche in cui riversa un Paese e dalle relative esigenze di organizzazione dell'organico dell'amministrazione pubblica;

se, infine, potesse essere considerata una discriminazione indiretta la valutazione effettuata secondo criteri e periodi diversi per lavoratori rimasti in servizio attivo, che hanno avuto la possibilità di aumentare i propri meriti, e una lavoratrice che, non essendo presente in virtù di un congedo parentale, sia stata valutata sulla base di criteri diversi e in un periodo di riferimento diverso.

Innanzitutto, la Corte, entrando nel merito della questione, si sofferma sul valore del congedo parentale, riferendosi al contenuto dell'accordo quadro del 1996, senza fare alcun cenno alla Carta di Nizza e all'art. 33. Inoltre, essa specifica che un datore di lavoro non viola l'accordo quadro in esame se, per esigenze di riorganizzazione della propria azienda, procede ad una valutazione di un lavoratore, rientrato al lavoro a seguito del periodo del congedo parentale, al fine di trasferirlo in un posto di lavoro equivalente al suo contratto o rapporto di lavoro, in quanto un datore di lavoro è libero di riorganizzare i propri servizi, purché operi nel rispetto delle regole del diritto europeo. Prosegue, però, verificando se la soppressione di un posto di lavoro avvenuta come nel caso di specie possa configurarsi come ipotesi di discriminazione indiretta. La Corte, cioè, invita il giudice del rinvio a verificare se nell'ordinamento lettone il permesso in questione sia richiesto in maniera maggiore dalle donne, poiché in tal caso le stesse potrebbero risultare maggiormente esposte al rischio di subire provvedimenti quali quello in esame. In tale eventualità, per escludere qualsiasi possibilità di discriminazione, il metodo di valutazione utilizzato dal datore di lavoro non dovrebbe mettere i lavoratori che hanno fruito di un congedo a causa della nascita o dell'adozione di un figlio in una situazione di svantaggio rispetto a coloro che non hanno usufruito di un tale permesso.

Per il Giudice di Lussemburgo la valutazione effettuata in merito a periodi di tempo diversi è una scelta appropriata, data l'assenza dei lavoratori in congedo nel periodo in cui sono state effettuate le valutazioni più recenti, purché, però, la valutazione risponda a determinate condizioni: la valutazione deve riguardare l'insieme dei lavoratori potenzialmente coinvolti dalla soppressione del posto di lavoro; essa deve fondarsi su criteri rigorosamente identici a quelli che si applicano ai lavoratori in servizio attivo e, infine, per l'applicazione di tali criteri non deve essere necessaria la presenza fisica dei lavoratori, dal momento che tale condizione non può essere soddisfatta dai lavoratori in congedo. La decisione circa l'avvenuto rispetto di tali criteri dovrà essere assunta dal giudice del rinvio e, nel caso in cui esso verifichi che non siano stati rispettati, vi sarà stata violazione del divieto di non discriminazione sancito dal diritto UE.

Infine, nel caso in cui il giudice del rinvio dovesse riscontrare che il congedo parentale è richiesto prevalentemente dalle donne, si dovrà concludere che la Direttiva 76/207 e l'accordo quadro allegato alla Direttiva 96/34 ostano a che una lavoratrice, terminato il periodo corrispondente al congedo parentale, venga trasferita in un posto di lavoro equivalente al suo, poi licenziata a causa della soppressione del nuovo posto, qualora il datore avesse potuto farla tornare al precedente impiego o qualora il lavoro assegnatole non fosse equivalente o analogo e corrispondente al suo contratto o al suo rapporto di lavoro se al momento del trasferimento il datore sapeva della futura soppressione del nuovo posto di lavoro.

La Corte, dunque, trasferisce al giudice lettone l'onere della valutazione in concreto circa la sussistenza dei criteri indicati, senza soffermarsi approfonditamente sulla natura stessa dei permessi in oggetto, tralasciando qualsiasi riferimento alla loro collocazione all'interno della Carta di Nizza, nonostante la pronuncia sia stata emessa quando quest'ultima aveva già assunto il medesimo valore dei Trattati e, inoltre, i fatti da cui ha tratto origine la vicenda siano avvenuti nel periodo immediatamente antecedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Il Giudice europeo pare, invece, prestare maggiore attenzione nel fornire criteri che possano guidare il giudice nazionale a verificare se vi sia stata lesione del divieto di discriminazione sancito dalla Direttiva 76/207, valorizzando maggiormente la terza questione pregiudiziale a discapito delle prime due.

Attraverso tale decisione la Corte, dunque, si premura di fornire al giudice del rinvio gli strumenti necessari al fine di verificare se in Lettonia vi siano le condizioni per poter affrontare la questione dal punto di vista della discriminazione indiretta. Il giudice lettone, infatti, dovrà preliminarmente verificare se effettivamente le richieste provenienti dalle donne rappresentino la maggioranza, e, in tal caso, lo stesso giudice dovrebbe verificare la sussistenza di una discriminazione indiretta nell'ambito del rapporto di lavoro. Se, provando a ragionare per assurdo, però, il giudice del rinvio dovesse verificare che, al contrario di quanto prospettato nella sentenza, uomini e donne richiedano in egual numero di godere del periodo previsto dalla legge come permesso di maternità, o, ancora, se ad usufruire del permesso e a perdere il posto di lavoro fosse stato un uomo, una condotta quale quella posta in essere dal datore di lavoro della Sig.ra *Riežniece* sarebbe del tutto priva di censure e, quindi, perfettamente in linea con il contenuto dell'accordo quadro di cui alla Direttiva 96/34? Il punto focale della vicenda, infatti, è da rinvenirsi esclusivamente nella ipotetica violazione del divieto di discriminazioni oppure sulla tutela del posto di lavoro di colui che abbia usufruito di un permesso per la nascita o l'adozione

di un figlio, diritto garantito non solo dal diritto derivato dell'Unione ma, altresì, dall'art. 33 della Carta di Nizza? La Corte non affronta in alcun modo la questione, perdendo, forse, un'occasione per delineare in maniera più precisa il valore del congedo parentale, il quale, anche alla luce dell'accordo quadro, è un diritto dei genitori in quanto tali e non, al contrario, prerogativa della donna.

La tematica dei congedi parentali è meritevole di particolare attenzione soprattutto se la si osserva dal punto di vista del padre lavoratore, poiché l'esigenza di conciliare la vita professionale con quella familiare non è appannaggio delle sole lavoratrici donne, ma al contrario assume un ruolo fondamentale nel progressivo percorso che da alcuni anni si sta perseguendo nella direzione di una piena parità tra uomini e donne nell'ambito dei reciproci ruoli familiari e lavorativi. Su questo aspetto la strada da percorrere non è ancora terminata e chiama in gioco il legislatore, i datori di lavoro e, soprattutto, gli stessi lavoratori. Volgendo fuggacemente lo sguardo all'ordinamento italiano pare necessario osservare come il legislatore nel 2015 abbia introdotto il congedo di paternità obbligatorio, il quale assume prevalentemente un valore simbolico dal momento che esso ammonta ad un giorno, mentre egli ha la facoltà di ottenere un congedo facoltativo pari ad un massimo di due giorni, fruibile, però, previo accordo con la madre e in sostituzione della stessa nel periodo di astensione obbligatoria di quest'ultima.

Per ciò che riguarda la figura del padre lavoratore, la Corte di giustizia⁴⁵⁰ è intervenuta nell'ambito di un rinvio pregiudiziale sollevato al fine di verificare la compatibilità al diritto europeo di una normativa greca che impediva ad un lavoratore pubblico di accedere ad un congedo parentale in quanto la moglie non titolare di un rapporto di lavoro.

Il Sig. *Maïstrellis* era un magistrato e, a seguito della nascita del proprio figlio, aveva richiesto un congedo parentale retribuito per un periodo di nove mesi al fine di dedicarsi alla cura del figlio. Tuttavia, in un primo momento, l'autorità competente rigettava tale richiesta, ritenendo che il permesso in questione fosse previsto soltanto a favore dei magistrati donna e il Sig. *Maïstrellis* impugnava tale decisione innanzi al Consiglio di Stato ellenico, ottenendo una pronuncia a proprio favore che, tuttavia, non veniva eseguita dall'amministrazione competente, la quale riteneva che non potesse essere concesso il permesso richiesto dal momento che la moglie del richiedente era disoccupata. Pertanto, anche tale ultima decisione veniva impugnata innanzi al Consiglio

⁴⁵⁰ Sentenza del 16 luglio 2015, C-222/14.

di Stato il quale, a sua volta, sospendeva il giudizio per chiedere alla Corte di giustizia se la Direttiva 96/34 e la Direttiva 2006/54 ostassero a che una disciplina nazionale escludesse la possibilità per un pubblico impiegato di ottenere un congedo parentale nel caso in cui la moglie fosse disoccupata.

Secondo il Giudice europeo la clausola 2, punto 2, dell'accordo quadro allegato alla Direttiva 96/34, nel perseguimento della parità tra uomini e donne nell'ambito del rapporto di lavoro, deve essere letto in modo tale da riconoscere ad entrambi i genitori un diritto al congedo parentale a seguito della nascita o dell'adozione di un figlio, le cui condizioni di accesso e di godimento sono riservate all'azione degli Stati. La Corte, inoltre, ricorda che la clausola 1, punto 1, dell'accordo quadro, mira a garantire la conciliazione delle responsabilità professionali e familiari di genitori lavoratori e che con il medesimo obiettivo è stato, altresì, inserito nell'art. 33, paragrafo 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea tra i diritti sociali fondamentali dell'UE. Dati gli obiettivi del permesso in questione e il contesto dello stesso, secondo la Corte, il diritto dell'Unione europea non consente ad uno Stato membro di negare il diritto al congedo parentale ad un padre lavoratore pubblico laddove la moglie sia disoccupata.

Altro aspetto rilevante della decisione in commento riguarda quanto la Corte chiarisce al punto 50, laddove essa, analizzando la questione dal punto di vista del divieto di discriminazioni dirette osserva: «Peraltro, alla luce dell'articolo 3 della Direttiva 2006/54, una disposizione come quella di cui al procedimento principale, lungi dall'assicurare nella pratica la piena parità tra gli uomini e le donne nella vita lavorativa, è invece tale da perpetuare una distribuzione tradizionale dei ruoli tra gli uomini e le donne mantenendo gli uomini in un ruolo sussidiario rispetto a quello delle donne per quanto riguarda l'esercizio della funzione genitoriale (v., in tal senso, sentenze Lommers, C-476/99, EU:C:2002:183, punto 41, e Roca Álvarez, C-104/09, EU:C:2010:561, punto 36)», attribuendo, dunque, alla normativa in questione un valore rilevante nella promozione dell'uguaglianza all'interno della famiglia, conscia delle trasformazioni ormai avvenute nella società. La normativa greca che dovrebbe trovare applicazione nel procedimento principale, dunque, prevede una discriminazione diretta basata sul sesso, in quanto le madri lavoratrici pubbliche, al contrario degli uomini, potranno sempre beneficiare di tale tipo di permesso il quale, peraltro, non ha alcuna connessione con la tutela della salute della donna.

5.4.(segue). e) Sul congedo di maternità e sui dubbi di legittimità della Direttiva 92/85

Si segnala, inoltre, la decisione del 19 settembre 2013, relativa alla causa C-5/12, con cui la Corte si è pronunciata in merito ad un rinvio pregiudiziale sollevato dal Tribunale per la legislazione in materia sociale di Lleida il quale nutriveva dubbi circa l'interpretazione da dare alla Direttiva 76/207/CE relativa all'attuazione del principio della parità tra uomini e donne per l'accesso al lavoro, alla formazione, alle promozioni professionali e alle condizioni di lavoro, e alla Direttiva 96/34 relativa all'accordo quadro sul congedo parentale. Il protagonista della vicenda processuale era il Sig. *Betriu Montull*, lavoratore dipendente iscritto al regime generale di previdenza sociale spagnolo, coniugato con la Sig.ra *Macarena Ollè*, la quale era, invece, iscritta al regime separato di previdenza sociale spagnolo. A seguito della nascita del figlio della coppia, il Sig. *Betriu* chiedeva un'indennità di maternità per il periodo successivo alle sei settimane di riposo obbligatorio alle quali aveva diritto la madre a seguito del parto. Tale richiesta era stata respinta dal momento che la madre, non essendo iscritta al regime previdenziale pubblico, non risultava titolare di alcun diritto originario al congedo di maternità e il padre, in base alla normativa spagnola, era titolare solo in via derivata del diritto a tale congedo. Il giudice del rinvio, dunque, dubitava che siffatta normativa fosse rispettosa del divieto di discriminazioni nel trattamento dei lavoratori in base al sesso.

La Corte ritiene preliminarmente necessario intervenire a modificare parzialmente le richieste formulate dal giudice del rinvio, il quale aveva limitato il proprio esame alla Direttiva 76/207 e alla Direttiva 96/34, mentre, a parere della Corte, l'analisi avrebbe dovuto riguardare anche la Direttiva 92/85 il cui articolo 8 garantisce il diritto ad un congedo di maternità di almeno quattordici settimane ininterrotte, tra le quali devono essere ricomprese due settimane prima e/o dopo il parto, in conformità con le previsioni legislative nazionali. Inoltre, secondo la Corte, l'art. 48, paragrafo 4, dello Statuto dei lavoratori, invocato dal ricorrente, non concerne il congedo parentale ai sensi della Direttiva 96/34. In sostanza, così riformulata, la richiesta del giudice spagnolo è volta a verificare se le Direttive 92/85 e 76/207 ostino ad una disciplina quale quella spagnola che prevede che il padre di un bambino, lavoratore subordinato, possa usufruire di un congedo di maternità per il periodo successivo alle sei settimane dopo il parto, previo accordo con la madre, a sua volta lavoratrice subordinata, mentre sia esclusa tale possibilità ad un padre nel caso in cui la moglie non sia una lavoratrice subordinata o, in ogni caso, non sia iscritta ad un regime previdenziale pubblico.

La Corte riconosce al congedo di maternità riconosciuto alle lavoratrici gestanti la funzione di «mezzo di protezione di diritto sociale che riveste un'importanza particolare» posto a tutela della condizione della salute della donna che in tali circostanze risulta vulnerabile e, pertanto, in tale periodo di congedo non può essere equiparata agli uomini. Le lavoratrici madri possono poi rinunciare a godere del congedo di maternità per il periodo eccedente le due settimane di riposo obbligatorio. La Direttiva 92/85 non osta a che la donna lavoratrice subordinata rinunci al periodo di congedo disponibile a favore del padre a sua volta lavoratore subordinato, né osta a che quest'ultimo non possa godere di tale possibilità nel caso in cui la madre sia una lavoratrice autonoma, ovvero, non sia iscritta ad alcun regime previdenziale pubblico. La Direttiva in esame, infatti, è rivolta esclusivamente alle donne gestanti, puerpere, e in periodo di allattamento, lavoratrici subordinate, per cui la questione sollevata dal giudice spagnolo non rientra nell'ambito di applicazione del diritto europeo. Il giudice del rinvio sosteneva, peraltro, che la disciplina spagnola prevedesse una disparità di trattamento tra padri biologici e padri adottivi, dal momento che in tale ultimo caso essa permetteva al padre di usufruire di un congedo parentale anche se la madre non fosse una lavoratrice subordinata. Tuttavia, sottolinea il Giudice di Lussemburgo, all'epoca in cui si erano verificati i fatti non esisteva alcuna disciplina a livello europeo che vietasse le discriminazioni tra padri biologici e padri adottivi in materia di congedo di maternità.

Inoltre, pur alla luce del fatto che l'accordo quadro sul congedo parentale trova applicazione nei confronti dei lavoratori di ambo i sessi, tuttavia, la Corte ritiene che il giudice del rinvio non abbia fornito elementi tali da rendere possibile un'analisi della normativa spagnola in tema di tale tipologia di previsioni alla luce della disciplina europea contenuta nella direttiva 96/34, anche in virtù del fatto che l'art. 48, paragrafo 4, dello Statuto dei lavoratori spagnolo non disciplina il congedo parentale ai sensi della Direttiva. Per tale motivo, dunque, la Corte si dichiara incompetente a decidere in merito alla terza questione pregiudiziale.

La lettura della sentenza appena richiamata induce a porsi alcuni interrogativi, relativi, in particolare, al principio di discriminazione nell'accezione utilizzata dalla Corte. Innanzitutto, non convince del tutto la decisione di non soffermarsi sulla terza questione pregiudiziale, soprattutto dal momento che la Corte in questo caso ha fatto ricorso ad una interpretazione letterale dei testi normativi di riferimento, mostrando un *self restraint* rigoroso che sorprende se si considera come in altri casi, al contrario, essa abbia attribuito un valore preminente al principio generale di uguaglianza al punto da riconoscere

efficacia orizzontale alle direttive. L'aspetto più problematico potrebbe, però, essere individuato nel fatto che il congedo di maternità che il ricorrente avrebbe voluto ottenere sia riconosciuto solo alle donne gestanti, puerpere, o in allattamento che siano titolari di un rapporto di lavoro subordinato, creando una evidente disparità di trattamento all'interno della categoria donne lavoratrici in ragione delle diverse tipologie contrattuali di cui sono titolari. Nel caso di specie, infatti, il ricorrente non ha diritto all'indennità di maternità poiché in primo luogo è la moglie stessa che, essendo una lavoratrice autonoma, ha diritto esclusivamente ad un'indennità di maternità e non ad un congedo di maternità. Se da un punto di vista formale la decisione della Corte non sembra eccezionale, tuttavia, indagando più approfonditamente tale ultima circostanza il dubbio che la normativa contenuta nella Direttiva europea non sia perfettamente in linea con il diritto originario non sembra del tutto infondato. Infatti, posto che la Direttiva 92/85 si riferisce esclusivamente alle lavoratrici subordinate, ci si chiede se fosse stato opportuno per la Corte soffermarsi a valutare la compatibilità di tale normativa con il diritto originario europeo e in particolare agli articoli 33 e 34 della Carta di Nizza i quali non prevedono alcuna differenza tra lavoratori autonomi e lavoratori subordinati. Sebbene sia innegabile che i fatti si riferiscano ad un periodo in cui la Carta di Nizza non aveva ancora forza cogente, tuttavia, alla luce del mutato quadro normativo e della pluralità di tipologie contrattuali che si discostano dal tradizionale modello del rapporto di lavoro subordinato a tempo indeterminato, l'ipotesi che la Direttiva in esame necessiti di un'opera di manutenzione da parte del Giudice di Strasburgo o, anche, da parte del legislatore europeo non sembra essere infondata⁴⁵¹. Diversamente, infatti, si rischierebbe di avallare una normativa foriera di discriminazioni all'interno di una categoria storicamente vulnerabile, quale quella delle lavoratrici in età fertile.

La Corte mette in evidenza che fine ultimo del congedo di maternità previsto dalla Direttiva 92/85 è la tutela della salute della donna e tale precisazione viene ripetuta nella sentenza de 18 marzo 2014, relativa alla causa C-167/12⁴⁵², per cui, appare ancora più

⁴⁵¹ A conclusioni simili giunge A. DE FIORE, *Trasferibilità del congedo facoltativo di maternità al padre in regime previdenziale non corrispondente a quello della lavoratrice beneficiaria*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2014, pag. 727, la quale ritiene difficilmente accettabile il differente trattamento tra lavoratori in ragione del vincolo di subordinazione, soprattutto in tempi in cui il mercato del lavoro è connotato da una forte precarietà. L'A., peraltro, ritiene che la garanzia e la tutela diritti appartenenti alla materia sociale, condivisa tra UE e Stati membri, possa non essere più subordinata all'effettivo esercizio del potere legislativo a livello europeo, dal momento che essi trovano legittimazione nei valori individuati dai Trattati.

⁴⁵² Con tale sentenza la Corte, oltre a ribadire che la Direttiva di cui sopra è volta alla tutela della

fondato il dubbio di legittimità della Direttiva rispetto al diritto originario europeo, laddove esso riconosce alla salute il valore di diritto fondamentale delle persone, la cui tutela non è subordinabile, dunque, alla diversa tipologia di lavoro.

La giurisprudenza qui analizzata consente di sostenere che ad oggi il livello di protezione del diritto alla conciliazione della vita privata e professionale non abbia raggiunto ancora un livello soddisfacente⁴⁵³, dal momento che forti differenziazioni sussistono tra diverse categorie di lavoratori e che l'ambito dei congedi parentali pare essere esclusiva prerogativa di lavoratrici donne titolari di un rapporto di lavoro subordinato. Sul punto, inoltre, al di là dei risultati offerti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, potrebbe essere opportuno un intervento di modifica da parte del legislatore europeo il quale dovrebbe adeguare il diritto derivato europeo al mutato contesto normativo primario, tenendo, altresì, conto delle rinnovate condizioni del mercato del lavoro e della società.

6. La giurisprudenza della Corte di giustizia relativa al fenomeno del “*welfare shopping*” e le implicazioni sul piano della cittadinanza europea

Un fenomeno legato alla forte disomogeneità tra sistemi sociali europei e acuito dalla crisi economica è rappresentato dal cd. *welfare shopping*, fenomeno che si manifesta in tutti quei casi in cui cittadini europei si dirigono in altri Paesi membri al solo fine di usufruire di sistemi di protezione sociale più efficienti rispetto a quello offerto dal proprio Stato di origine. Il fenomeno risulta di particolare interesse, soprattutto alla luce della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo, nella quale si potrebbe intravedere, forse, un peculiare concetto di cittadinanza europea.

Innanzitutto, nella sentenza *Brey*, C-140/2012, emessa il 19 settembre 2013, la Corte è stata chiamata a chiarire se l'art. 7, paragrafo 1, lettera b), della Direttiva 2004/38 debba

salute della donna gestante o che abbia partorito, esclude che il diritto europeo imponga agli Stati membri l'obbligo di riconoscere il diritto al congedo di maternità alle donne che abbiano avuto un figlio facendo ricorso ad un contratto di gestazione per altri, neanche nel caso in cui, a seguito della nascita, la madre committente allatti il bambino o comunque possa allattarlo al seno. Particolare rilievo assumono le conclusioni dell'Avvocato generale, secondo il quale, alla luce dei progressi scientifici registratisi nell'ambito delle tecniche riproduttive, occorrerebbe applicare la Direttiva 92/85 anche alle madri committenti affidatarie, pena il contrasto con l'art. 24 della Carta di Nizza che ritiene preminente l'interesse del minore in tutti gli atti, compiuti da autorità pubbliche o dai privati. Si segnala peraltro anche la sentenza relativa alla causa C-363/12 relativa ad un caso di maternità surrogata, conclusa nella medesima maniera della C-167/12, per cui secondo il diritto dell'Unione europea non vi è un obbligo in capo agli Stati di riconoscere un diritto al congedo di maternità per le madri che abbiano avuto un figlio facendo ricorso alla gestazione per altri.

⁴⁵³ Dell'esigenza di procedere ad una modifica dell'attuale sistema sociale europeo sembra consapevole anche il Parlamento europeo, come è evidenziato al punto 25 della risoluzione del 20 gennaio 2017 relativa alla proposta di creare un pilastro europeo dei diritti sociali.

essere interpretato nel senso che per prestazione di “assistenza sociale” possa essere ricompresa anche una prestazione quale l’integrazione compensativa che, nel caso di specie, era stata rifiutata dalle autorità austriache che ritenevano che non potesse essere riconosciuta ad un cittadino tedesco la regolarità del soggiorno, nonostante allo stesso fosse stato riconosciuto un certificato di soggiorno⁴⁵⁴. Nello specifico, in base alla normativa austriaca il permesso di soggiornare per un periodo superiore a tre mesi era subordinato alla titolarità di risorse economiche sufficienti, per il richiedente e per la famiglia, in modo da non dover richiedere prestazioni di assistenza sociale o l’integrazione compensativa per la durata di tale soggiorno. Secondo la Corte tale normativa stabiliva un nesso diretto tra le condizioni per beneficiare di tale prestazione e le condizioni per beneficiare di un diritto di soggiorno superiore a tre mesi in Austria. La Corte riformula la questione sottoposta dal giudice del rinvio al fine di verificare se la Direttiva 2004/38 debba essere interpretata nel senso che osta alla normativa di uno Stato membro che esclude la concessione di «una prestazione quale la integrazione compensativa a un cittadino di un altro Stato membro economicamente inattivo, per il fatto che, nonostante gli sia stato rilasciato un attestato d’iscrizione, egli non soddisfa le condizioni per beneficiare di un diritto di soggiorno legale per un periodo superiore a tre mesi nel territorio del primo Stato membro, in quanto l’esistenza di siffatto diritto di soggiorno è subordinata al presupposto che tale cittadino disponga di risorse economiche sufficienti che gli consentano di non richiedere detta prestazione»⁴⁵⁵. Richiamandosi anche alla propria precedente giurisprudenza, il Giudice europeo sottolinea che tale prestazione vada considerata come prestazione speciale che presenta il carattere dell’assistenza sociale poiché mira a garantire un minimo vitale al suo beneficiario nel caso in cui la pensione di cui egli goda non sia sufficiente. Inoltre, tale prestazione non ha carattere contributivo. La Corte prosegue sottolineando che il Regolamento 883/04 non istituisce un sistema previdenziale europeo unico, lasciando invariati i sistemi sociali dei singoli ordinamenti, ma esso è volto solo ad un loro coordinamento. Il diritto dell’Unione non osta a normative che subordinino l’erogazione di determinate prestazioni sociali alla

⁴⁵⁴ Nello specifico il Sig. *Brey* e la moglie vivevano in Germania e nel 2011 si erano trasferiti in Austria. Il Sig. *Brey* era titolare, in Germania, di una pensione di invalidità e di un assegno mensile di assistenza per persone non autosufficienti, mentre la moglie percepiva una prestazione previdenziale di base che non le veniva più corrisposta a partire dal trasferimento della coppia in Austria. Peraltro, tali prestazioni rappresentavano le uniche fonti di reddito di cui disponeva la coppia.

⁴⁵⁵ Cit. punto 32 della sentenza.

sussistenza di requisiti che soddisfino le condizioni per disporre di un reddito di soggiorno legale nello Stato ospitante; tuttavia, tali requisiti non possono, a loro volta, violare il diritto europeo. La prestazione di cui il Sig. Brey chiede il riconoscimento, secondo la Corte, rientra nel sistema di assistenza sociale, interamente a carico dello Stato membro ospitante, interamente finanziato dal suo sistema statale, senza alcun contributo da parte dei beneficiari. La richiesta di tale beneficio potrebbe valere come indizio per considerare il richiedente come sprovvisto dei requisiti economici necessari per un soggiorno legale nello Stato membro ospitante le cui istituzioni, tuttavia, non non possono trarre tale conclusione senza una previa valutazione globale dell'onere che concretamente l'ordinamento dovrà sopportare in virtù di tale richiesta. La Direttiva 2004/38, infatti, non esclude che uno Stato membro possa erogare prestazioni di assistenza sociale ai cittadini di altri Paesi membri. Lo Stato ospitante, dunque, pur potendo restringere la portata delle prestazioni di assistenza sociale, ai sensi dell'art. 7, paragrafo 1, lettera b) della Direttiva in oggetto, non può, però, intaccare la libertà di circolazione del cittadino di altro Stato membro, dato il fondamentale valore di cui gode tale libertà. Il solo fatto che tale cittadino chieda il riconoscimento di un beneficio di assistenza sociale non può valere a dimostrare che egli rappresenti un onere eccessivo per lo Stato ospitante.

In merito al caso concreto, la Corte ritiene che spetti al Giudice del rinvio valutare se il Sig. *Brey* rappresenti un onere eccessivo per l'ordinamento tedesco.

Fondamentale appare quanto sottolinea la Corte quando laddove essere ritiene necessario rimarcare che il fatto che un cittadino di un Paese membro chieda di ottenere una prestazione assistenziale non valga di per sé a dimostrare che lo stesso richiedente sia sprovvisto di mezzi economici necessari al proprio sostentamento e che, quindi, egli rappresenti necessariamente un onere eccessivo per lo Stato membro. Sulle autorità competenti, infatti, incombe l'onere di effettuare una valutazione globale del costo che l'eventuale erogazione della prestazione potrebbe effettivamente rappresentare per le finanze dello Stato. La Corte, dunque, sostiene che l'esclusione automatica di una misura assistenziale, laddove sia stata effettuata senza una previa valutazione individuale, rappresenti una violazione del principio di proporzionalità. In tale sentenza, peraltro, la Corte valorizza la natura fondamentale della libertà di circolazione e dello *status* di

cittadino europeo e pare, peraltro, riconoscere il principio di solidarietà finanziaria tra gli Stati, in particolare nei casi in cui il soggetto riversi in difficoltà temporanee⁴⁵⁶.

Nella sentenza in commento, la Corte ha ritenuto che soggetti regolarmente soggiornanti godano del diritto alla parità di trattamento e, di conseguenza, alla parità di trattamento nell'accesso alle prestazioni sociali laddove sussistano i requisiti richiesti per i cittadini nazionali, anche se tali presupposti escluderebbero di per sé la regolarità del soggiorno. Secondo alcuni autori, lo Stato, rilasciando il permesso di soggiorno in assenza delle condizioni previste per lo stesso, avrebbe assunto il rischio economico dell'onere sul proprio sistema di assistenza sociale, per cui per rifiutare l'erogazione della prestazione richiesta non potrebbe invocare un automatismo quale l'assenza dei requisiti ma è tenuto a fornire concretamente l'insostenibilità dell'onere⁴⁵⁷.

La Corte di giustizia nella sentenza relativa al procedimento C-333/2013⁴⁵⁸ si è trovata a risolvere una questione sollevata in via pregiudiziale dal Tribunale sociale di Lipsia nell'abito di una controversia sorta tra due cittadini romeni e il *Jobcenter Leipzig*. La Sig.ra *Dano* viveva in Germania insieme al figlio dal 2010 e i due erano ospiti presso la sorella della prima, la quale aveva sempre provveduto al loro sostentamento. Pur non avendo mai svolto alcuna attività lavorativa né in Germania né in Romania, la Sig.ra *Dano* voleva accedere alle prestazioni dell'assicurazione di base riservate dalla legge tedesca a coloro che erano in cerca di lavoro. Il giudice tedesco chiedeva alla Corte di esprimersi su diverse questioni pregiudiziali circa la compatibilità della normativa tedesca relativa alle prestazioni sociali rispetto al Reg. 883/2004⁴⁵⁹. La Corte, dunque, chiamata a declinare la normativa tedesca in materia di prestazioni sociali anche alla luce del generale divieto di discriminazione fondata sulla nazionalità, sancito dagli artt. 18, 20 e 21 del TFUE, chiarisce, innanzitutto, che un cittadino di un Paese membro, per ciò che attiene a prestazioni sociali simili a quelle del procedimento principale, può chiedere la parità di trattamento a condizione che il suo soggiorno rispetti i requisiti previsti dalla

⁴⁵⁶ Come sottolineato da D. STRAZZARI, «Dall'unità alla frantumazione»: Corte di giustizia e accesso alle prestazioni sociali del cittadino dell'UE, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2016, pag. 906.

⁴⁵⁷ Cfr. E. ALES, *Diritti sociali nella discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2015, pag. 478-479.

⁴⁵⁸ Sentenza della Grande Sezione, emessa l'11 novembre 2014.

⁴⁵⁹ Tale Regolamento è stato adottato dall'UE per perseguire il coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale dei diversi Paesi membri.

Direttiva 2004/38⁴⁶⁰. In virtù di tale Direttiva si hanno situazioni diverse a seconda che il soggiorno sia inferiore a tre mesi, che sia maggiore a tre mesi e inferiore a 5 anni, o che superi i 5 anni, periodo oltre il quale si acquisisce il diritto di soggiorno permanente⁴⁶¹. La Corte, pertanto, chiarisce che consentire ai cittadini economicamente inattivi di accedere a prestazioni sociali come quelle richieste dalla Sig.ra *Dano* significherebbe porsi in contrasto con quanto stabilito dalla Direttiva in termini di oneri eccessivi per lo Stato ospitante. Tale Direttiva, peraltro, prescrive che i lavoratori provenienti da un altro Stato membro godano del diritto di soggiorno a prescindere dal possesso di risorse economiche sufficienti al proprio sostentamento, necessarie invece per i cittadini non attivi, i quali non possono servirsi del sistema di protezione sociale del Paese ospitante come mezzo di sostentamento.

È interessante notare, innanzitutto, come la Corte tenda a rimarcare la differenza tra cittadini europei inattivi e cittadini europei lavoratori, e come ai due *status* siano riservati trattamenti differenziati per ciò che riguarda l'accesso a talune prestazioni sociali non contributive: il diritto dell'UE sembrerebbe riconoscere una piena parità di trattamento ai soli lavoratori⁴⁶². Tali limitazioni sono consentite per evitare il verificarsi di episodi di *shopping dei sistemi di welfare* oltre a scongiurare il rischio che Stati dotati di particolari sistemi sociali subiscano un eccessivo onere finanziario.

Secondo alcuni autori, la sentenza *Dano* sarebbe una risposta dell'UE nei confronti delle preoccupazioni sollevate da alcuni Paesi membri circa possibili effetti della sentenza

⁴⁶⁰ Relativa al diritto dei cittadini dell'Unione e dei loro familiari di circolare e di soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, che modifica il Regolamento (CEE) n. 1612/68 ed abroga le direttive 64/221/CEE, 68/360/CEE, 72/194/CEE, 73/148/CEE, 75/34/CEE, 75/35/CEE, 90/364/CEE, 90/365/CEE e 93/96/CEE. La libertà di circolazione dei lavoratori è altresì disciplinata dal Regolamento n. 492/11 e dalla Direttiva 2014/54/UE.

⁴⁶¹ Nei primi due casi la Direttiva subordina il diritto di soggiorno alla condizione che esso non rappresenti un onere eccessivo per lo Stato ospitante.

⁴⁶² Sul punto si veda S. GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico*, in *Politiche sociali*, n. 1/2016, pagg. 169-184, secondo il quale il sistema di solidarietà sociale sviluppatosi in Europa è un modello di tipo compassionevole i cui limiti e fragilità sono emersi in tutta la loro dirompenza proprio con la crisi economica. La mancanza di un sistema comune di *welfare* ha fatto sì che si potesse fare affidamento solo sui singoli sistemi di protezione sociale dei Paesi membri e dunque sulla loro reale disponibilità alla accoglienza. Per tale motivo, al cittadino europeo economicamente inattivo è riconosciuta una effettiva libertà di risiedere o di accedere al sistema di protezione sociale nel Paese ospitante al pari dei cittadini di quest'ultimo solo nel caso di possesso dello *status* di risiedente di lungo periodo *ex art.* 16 della Direttiva 2004/38/CE.

Brey, la quale, secondo alcuni, avrebbe potuto determinare soprattutto episodi di turismo sociale⁴⁶³.

Un'altra pronuncia relativa al fenomeno del *welfare shopping* è la sentenza *Alimanovic*⁴⁶⁴ in occasione della quale la Corte di Lussemburgo si è pronunciata su un altro ricorso pregiudiziale simile a quello testé analizzato. Nel caso di specie, la Signora *Alimanovic* e la figlia avevano svolto attività lavorativa indicativamente dal giugno 2010 al maggio 2011 in Germania. Al centro del rinvio pregiudiziale vi erano norme in virtù delle quali l'erogazione di contributi di sussistenza per disoccupati di lungo periodo era subordinata al possesso della qualifica di "richiedente lavoro", la quale spettava a chi si trovasse in una situazione di disoccupazione involontaria dopo aver lavorato per un periodo inferiore ad un anno. Ai sensi di tale normativa, lo *status* di lavoratore, e conseguentemente la sussistenza di un valido titolo di soggiorno, perdurava per almeno sei mesi dalla cessazione di un rapporto lavorativo. Il cittadino che non avesse mai lavorato, o che si trovasse nella situazione di disoccupazione da più di sei mesi, non poteva essere automaticamente allontanato dal Paese ospitante se era in grado di dimostrare di essere alla ricerca attiva di un lavoro e di aver buone possibilità di trovarlo. Tuttavia, in tale ultima situazione lo Stato ospitante avrebbe potuto legittimamente rifiutarsi di concedere talune prestazioni speciali di carattere non contributivo a coloro che erano giunti in Germania per trovare lavoro, senza violare il divieto di discriminazione sulla base della nazionalità.

Dello stesso avviso è la Corte, la quale specifica, altresì, che non è necessario che lo Stato membro ospitante operi una valutazione circa la reale incidenza di un'eventuale erogazione di tali prestazioni rispetto alle proprie finanze, in quanto la Direttiva sulla cittadinanza europea prevede già un sistema graduale di mantenimento dello *status* di lavoratore modulato sulle diverse caratteristiche dei singoli richiedenti. Le prestazioni sociali, dunque, spettano in maniera eguale solo a chi sia in possesso di un posto di lavoro, mentre le altre misure assistenziali possono legittimamente essere oggetto di una disciplina differenziata basata sulla nazionalità, nel caso in cui il richiedente abbia perso,

⁴⁶³ Cfr. F. COSTAMAGNA, "Chi non lavora ...": Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza *Dano*, in <http://www.sidil.org/sidiblog/?p=1192>, 25 novembre 2014.

⁴⁶⁴ C-67/14 del 15 settembre 2015, *Jobcenter Berlin Neukölln c. Nazifa, Sonita, Valentina e Valentino Alimanovic*.

anche involontariamente, lo *status* di lavoratore previsto dalla Direttiva sulla cittadinanza dell'UE.

Nel solco tracciato dalle sentenze appena analizzate si inserisce, altresì, la causa C-299/14 decisa dalla Corte di giustizia con sentenza del 25 febbraio 2016, relativa ad un ricorso sollevato in via pregiudiziale dal *Vestische Arbeit Jobcenter Kreis Recklinghausen* nell'ambito di un giudizio principale sorto tra i Signori *García-Nieto* e *Peña Cuevas* e il Centro per l'impiego. La controversia era sorta a seguito della richiesta da parte dei due cittadini spagnoli di prestazioni di sussistenza ai sensi del libro II del codice della previdenza sociale tedesco. Dopo un primo diniego da parte delle autorità tedesche preposte all'erogazione di tale misura, fondato sulla circostanza che il Sig. *Peña* e suo figlio soggiornassero sul territorio tedesco da meno di tre mesi e che il primo non fosse un lavoratore subordinato o autonomo, questi presentavano ricorso avverso tale diniego, ottenendo una pronuncia favorevole. Il centro per l'impiego, tuttavia, impugnava tale provvedimento innanzi al Tribunale per il contenzioso in materia sociale del *Land Renania settentrionale - Vestfalia* il quale, tuttavia, dubitava della legittimità della normativa tedesca laddove questa escludeva dall'erogazione delle prestazioni di sussistenza i ricorrenti.

Al pari delle vicende giurisprudenziali sopra esaminate, le norme delle quali si chiedeva l'interpretazione alla Corte di giustizia erano rappresentate dal Regolamento 883/2004⁴⁶⁵ e dalla Direttiva 2004/38⁴⁶⁶. Le questioni pregiudiziali sottoposte allo scrutinio del Giudice di Lussemburgo erano tre e si chiedeva: in primo luogo, se il principio della parità di trattamento sancito dall'art. 4 del Regolamento 883/2004 valesse anche per le prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo; se, nel caso di risposta affermativa al primo quesito, fosse possibile prevedere limitazioni al principio della parità di trattamento ad opera di norme nazionali attuative dell'art. 24, paragrafo 2, della Direttiva 2004/38 le quali escludevano, senza eccezione, l'applicazione di tali misure speciali a favore di cittadini di Paesi membri, nei primi tre mesi di soggiorno in Germania, nel caso in cui gli stessi non svolgessero alcuna attività lavorativa; se, infine,

⁴⁶⁵ Tale Regolamento svolge un coordinamento delle normative statali in materia di libertà di circolazione, per cui esso non apporta particolari novità nell'ordinamento europeo ma si limita, appunto, a fare ordine nella disciplina di diritti già riconosciuti dai vari ordinamenti nazionali. Esso, inoltre, dedica particolare attenzione alle prestazioni speciali in denaro di carattere non contributivo, elencate nell'allegato X.

⁴⁶⁶ Essa rappresenta uno strumento di armonizzazione dei requisiti di ingresso e di soggiorno di un cittadino europeo e dei suoi familiari in uno Stato membro diverso da quello di origine.

nel caso di risposta negativa alla prima domanda, gli altri principi sanciti dall'art. 45, paragrafo 2, TFUE e 18 TFUE, ostassero alla disciplina tedesca che prevedeva l'esclusione dall'accesso a prestazioni sociali finalizzate a garantire la sussistenza e, allo stesso tempo, ad agevolare l'accesso al mercato del lavoro a soggetti inattivi nei primi tre mesi di soggiorno in Germania, laddove tali soggetti non fossero messi nella condizione di dimostrare l'esistenza di un legame reale con lo Stato ospitante e con il relativo mercato del lavoro.

L'Avvocato generale, nelle sue conclusioni, mette in evidenza i punti di contatto con i casi *Dano* e *Alimanovic*, sottolineando, però, come il caso di specie attenesse ad un'ipotesi ulteriore rispetto alle prime due, relativa, cioè, alla situazione in cui un cittadino europeo, nei primi tre mesi di soggiorno in un altro Paese membro, non fosse né lavoratore subordinato o autonomo, né fosse in una delle condizioni previste dall'art. 7, paragrafo 3, della Direttiva 2004/38⁴⁶⁷. Egli, facendo espresso richiamo alle argomentazioni già svolte nelle conclusioni relative ai casi *Dano* e *Alimanovic*, chiarisce che le prestazioni che erano state negate ai ricorrenti dovevano essere considerate in termini di prestazioni d'assistenza sociale come definite dalla Direttiva 2004/38. Peraltro, l'Avvocato generale ritiene che la Corte abbia già specificato che l'art. 24 della Direttiva 2004/38 rappresenta una specificazione del principio di non discriminazione disciplinato in via generale dall'art. 18 TFUE e che il suo secondo paragrafo autorizza un trattamento differenziato tra cittadini dello Stato ospitante e cittadini provenienti da altro Stato membro.

L'Avvocato generale ritiene che ai sensi della Direttiva e alla luce dell'esigenza dello Stato ospitante di non subire un eccessivo carico fiscale, la disciplina tedesca non sia in contrasto con il diritto dell'UE; inoltre, pur ritenendo possibile una risposta positiva al primo quesito, si sofferma sulla terza questione pregiudiziale rinvenendone l'utilità nel caso in cui il giudice tedesco, trovandosi costretto a qualificare le prestazioni assicurative

⁴⁶⁷ Tale disposizione fa riferimento ai casi in cui il cittadino dell'UE, anche in assenza di un rapporto di lavoro, conservi lo *status* di lavoratore. Nello specifico egli mantiene la qualifica di lavoratore autonomo o dipendente quando sia temporaneamente inabile al lavoro a causa di malattia o infortunio; quando si trovi in uno stato di disoccupazione involontaria dopo aver esercitato attività lavorativa per almeno un anno e sia registrato presso un ufficio di collocamento; quando si trovi in stato di disoccupazione involontaria dopo aver svolto attività lavorativa in virtù di un contratto a tempo determinato per un periodo inferiore ad un anno o venutosi a trovare in tale stato durante i primi dodici mesi, si è registrato presso l'ufficio di collocamento competente al fine di trovare un lavoro; quando segua un corso di formazione professionale e, nel caso di disoccupazione volontaria, esista un collegamento con l'attività precedentemente svolta.

di base alla luce del diritto europeo, ne rilevasse la natura di misure atte a favorire l'ingresso nel mercato del lavoro in un Paese membro. Secondo l'Avvocato la normativa di uno Stato deve consentire ad un cittadino di dimostrare il proprio legame con esso facendo riferimento ad elementi diversi ed ulteriori rispetto alla esistenza di un rapporto di lavoro, quali, ad esempio, il passato esercizio di un'attività lavorativa, l'aver trovato lavoro successivamente alla presentazione della domanda di concessione delle prestazioni assistenziali o, altresì, circostanze relative al contesto familiare, quali, ad esempio, quali la scolarizzazione dei figli.

La Corte non si sofferma sulla prima delle questioni pregiudiziali, dal momento che essa trova risposta affermativa nella decisione del caso *Dano*, mentre in merito alla seconda chiarisce che le prestazioni di cui si discute devono essere considerate prestazioni d'assistenza sociale, per cui la parità di trattamento tra cittadini europei può essere invocata soltanto nel caso di soggiorno rispondente ai requisiti previsti dalla Direttiva 2004/38, al fine di evitare che i cittadini provenienti da un altro Paese membro possano rappresentare un eccessivo onere per il Paese ospitante. La disciplina tedesca, dunque, appare non in contrasto con il diritto europeo laddove non riconosce il diritto ad una prestazione assistenziale ad un soggetto che sia titolare di un diritto di soggiorno ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della Direttiva 2004/38.

L'analisi delle pronunce di cui sopra suscita alcune perplessità circa l'attuale stato di salute del concetto stesso di cittadinanza europea che, almeno nelle intenzioni dei Trattati, a partire da Maastricht, avrebbe dovuto avere un carattere universale e fondamentale. La giurisprudenza della Corte di giustizia sembra dare maggior peso al diritto derivato dell'UE, offrendo un'interpretazione dei Trattati che tiene conto del contenuto delle direttive e dei regolamenti e non viceversa. Tale gruppo di decisioni, secondo parte della dottrina, infatti, rappresenta un'inversione di rotta nel discorso sulla cittadinanza europea come fonte di una solidarietà sociale transnazionale. In particolare, le sentenze *Alimanovic* e *Garcia-Nieto* hanno segnato il definitivo abbandono dell'ambizione di creare un concetto di cittadinanza socialmente inclusiva⁴⁶⁸.

Dunque, sebbene la Corte, chiarisca che la cittadinanza europea rappresenta lo *status* fondamentale per i cittadini dei Paesi membri, gli Stati possono legittimamente prevedere

⁴⁶⁸ Cfr. S. GIUBBONI, *EU internal migration law and social assistance in times of crisis*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2016, pag. 250.

discipline differenziate per i cittadini europei di altra nazionalità⁴⁶⁹ al fine di preservare le proprie finanze pubbliche. Lo stato di indigenza economica, dunque, è idoneo ad incidere anche sulla libertà di circolazione dei cittadini europei i quali possono subire legittimamente un trattamento differenziato rispetto a coloro che, al contrario, sono economicamente attivi, o in quanto lavoratori, o in quanto dotati di autonome risorse economiche. Tale circostanza sembra peraltro rispondere alle origini del sistema sociale europeo costruito sull'idea che lo sviluppo dell'integrazione economica avrebbe determinato un miglioramento delle condizioni di vita all'interno degli Stati membri. In tale contesto il sistema di giustizia sociale è rimasto ancorato alle singole realtà statali ed è stato costruito intorno alla figura del soggetto economicamente attivo, seguendo, dunque, logiche di giustizia sociale di tipo commutativo, in virtù delle quali le prestazioni sociali rappresentano una contropartita per l'attività lavorativa svolta⁴⁷⁰.

Alla luce di tali considerazioni, qual è, dunque, il reale significato da attribuire al concetto di cittadinanza europea? E, inoltre, qual è la reale portata del divieto di discriminazioni fondate sulla nazionalità? Le sentenze analizzate, infatti, sembrerebbero indurre ad affermare che si è veramente cittadini europei, e che si ha diritto ad essere trattati in maniera eguale, nella misura in cui si è in grado di essere soggetti produttivi⁴⁷¹. Se gli Stati dovessero iniziare realmente a prevedere discipline parzialmente differenziate anche per i lavoratori europei provenienti da altri Paesi membri, si rischierebbe di compromettere marcatamente il processo di integrazione europea e verrebbe meno uno degli aspetti che hanno maggiormente contribuito a forgiare il concetto di cittadinanza europea, dal momento che la libertà di circolazione dei lavoratori riceverebbe un sicuro

⁴⁶⁹ Non manca chi in dottrina ha parlato espressamente di due cittadinanze caratterizzate da statuti protettivi diversi: da un lato i cittadini economicamente attivi, dall'altra gli indigenti, categoria, quest'ultima, sprovvista di protezione. Sul punto si veda S. GIUBBONI, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione*, op. cit. pag. 179.

⁴⁷⁰ A tale tipo di modello si contrappone il sistema assistenziale, nel quale le misure a sostegno di determinati soggetti appartenenti ad una data comunità sono adottate in virtù di un principio solidaristico. Sul punto si rimanda a D. STRAZZARI, «*Dall'unità alla frantumazione*», pagg. 893 e ss, il quale mette in evidenza come la Corte di Lussemburgo abbia mutato il proprio orientamento: da un utilizzo del concetto di cittadinanza europea come veicolo verso una prospettiva solidaristica ad un recente cambio di rotta in cui, privilegiando l'elemento economico-produttivo, si assiste ad un progressivo riavvicinamento modello commutativo.

⁴⁷¹ Anche tale asserzione, tuttavia, sembra suscettibile di essere messa in discussione, soprattutto alla luce delle dichiarazioni del Ministro del lavoro tedesco in merito alla presentazione di una proposta di legge che comporterebbe la limitazione di alcune prestazioni assistenziali per i cittadini europei non tedeschi, come riportato dal Sole24ore del 28 aprile 2016.

vulnus dalla previsione di regimi di protezione sociale differenziati in base alla cittadinanza.

Il solco tracciato dalle decisioni qui analizzate sembrerebbe condurre, dunque, verso un concetto di cittadinanza legato al mercato e alla produttività, lontano non solo dall'idea della solidarietà sociale transnazionale come principio sul quale fondare il processo di integrazione europea, ma distante anche da una piena realizzazione della libertà di circolazione delle persone⁴⁷².

7. Il principio di uguaglianza nell'ambito della tutela dei diritti dei lavoratori

Nel diritto dell'Unione europea in materia di diritti dei lavoratori un ruolo preminente è svolto dal principio di non discriminazione, il quale era già presente nel Trattato istitutivo della Comunità europea del 1957. Nello specifico, l'art. 119 del Trattato prevedeva la parità di trattamento retributivo per l'attività svolta da uomini e donne, in un'ottica economica, nel senso che tale principio era previsto come strumento per garantire il buon funzionamento del mercato unico europeo⁴⁷³, preservandolo da eventuali disfunzioni prodotte da fenomeni di *dumping* salariale che avrebbero reso meno vantaggiose le merci provenienti da Paesi che avevano già attuato politiche salariali volte alla tutela del sesso più debole⁴⁷⁴. L'eguaglianza in questi termini non fungeva da principio generale dell'ordinamento ma, piuttosto, rappresentava un criterio selettivo per l'individuazione di particolari soggetti che potevano aspirare ad una parità di trattamento, i quali corrispondevano ai soggetti economicamente attivi nel mercato europeo. Con l'evoluzione dell'ordinamento europeo e con l'aumento delle sue competenze, si è assistito, altresì, ad un ampliamento dei titolari delle quattro libertà fondamentali su cui si reggeva il primigenio disegno comunitario, estese anche a soggetti economicamente inattivi. In tale contesto, il principio di pari trattamento ha assunto una portata più generale, comprensiva della più ampia categoria dei cittadini europei.

Attualmente il principio in esame risiede tra i Principi fondamentali dell'ordinamento dell'Unione e non è più relegato all'aspetto retributivo, né alle discriminazioni basate sul genere, ma, al contrario, esso è volto all'eliminazione di ogni disparità derivante da fattori

⁴⁷² Cfr. S. GIUBBONI, *EU internal migration law and social assistance in times of crisis*, op. cit.

⁴⁷³ Cfr. N. GIRELLI, *Parità di trattamento e divieto di discriminazione*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, F. CARINCI A. PIZZOFERRATO (a cura di), Torino, Giappichelli editore, 2015, pagg. 188 e ss.

⁴⁷⁴ Cfr., C. CARUSO A. MORRONE, *Articolo 20 - Uguaglianza davanti alla legge*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, F. PAPPALARDO O. RAZZOLINI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017, pag. 389-390.

di rischio eterogenei. Peraltro, la Carta di Nizza dedica il Capo III all'uguaglianza e, nello specifico, l'art. 21, primo paragrafo, sancisce il divieto di qualsiasi discriminazione fondata sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, gli handicap, l'età o le tendenze sessuali. Il secondo paragrafo dell'articolo, inoltre, specifica che non sono ammesse discriminazioni basate sulla cittadinanza nell'ambito di applicazione dei Trattati, ad eccezione dei casi in cui siano questi ultimi a prevedere disposizioni particolari.

Il diritto del lavoro e i diritti dei lavoratori, dunque, rappresentano il terreno sul quale il principio di uguaglianza ha mosso i primi passi ed entro il quale esso ha permesso alla giurisprudenza della Corte di perseguire obiettivi di progresso sociale riconoscendo ad alcune particolari categorie di lavoratori, quali migranti e donne, una serie di diritti legati alla persona⁴⁷⁵. Nell'ambito del diritto del lavoro il legislatore europeo, nel realizzare una disciplina antidiscriminatoria, si è concentrato prevalentemente sul divieto di discriminazioni fondate su diversi fattori di rischio⁴⁷⁶, privilegiando la promozione dell'uguaglianza formale. Il diritto derivato europeo ha quindi sviluppato interventi di "politica sociale" sollecitati dalla volontà di realizzare un'armonizzazione e ravvicinamento delle legislazioni nazionali funzionali al mercato unico, che con il tempo hanno progressivamente assunto la funzione di obiettivi autonomi connessi a quelli di coesione economico-sociale, di lotta all'esclusione, di piena occupazione, i quali sono confluiti nel più ampio obiettivo di realizzare un miglioramento della qualità e del tenore di vita dei cittadini europei, già a partire dagli anni '70⁴⁷⁷.

Il principio di uguaglianza è stato, inoltre, declinato in vario modo nel diritto derivato dell'UE, come dimostrano le numerose direttive che ad esso fanno diretto riferimento, recepite nell'ordinamento italiano all'interno del D.lgs. 198/2006, c.d. Codice delle pari

⁴⁷⁵ Cfr. C. FAVILLI F. GUARRIELLO, *Articolo 21 - Non discriminazione*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit. pag. 425 e ss.

⁴⁷⁶ Cfr. G. ZACCARDI, *Il principio di non discriminazione nel rapporto di lavoro*, in *Manuale del diritto europeo del lavoro e della previdenza sociale*, G. Zaccardi (a cura di), Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2015, pag. 79. In tale ambito si inseriscono la Direttiva 2000/43 sulla parità di trattamento tra persone a prescindere dalla razza e dall'origine etnica; la Direttiva 2000/78 sulla parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro; la dir. 2006/54 relativa alle pari opportunità tra uomini e donne in materia di occupazione e impiego.

⁴⁷⁷ Così B. GAGLIARDI, *Il divieto di discriminazione in ragione dell'età nell'ordinamento europeo e i pubblici concorsi – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2015, pag. 234.

opportunità fra uomo e donna.

Il principio di uguaglianza sancito dall'ordinamento europeo non sarebbe volto alla trasformazione dei rapporti sociali ma, al contrario, esso è diretto a mantenere la certezza dell'ordinamento giuridico, sia dal punto di vista della prevedibilità e dell'efficacia-validità delle sue prescrizioni da parte - e per - i consociati, sia da quello della conservazione dei rapporti di forza esistenti nella comunità politica⁴⁷⁸. La dimensione entro la quale il diritto europeo colloca il principio di eguaglianza è quella propria dell'eguaglianza in senso formale, per cui l'Unione europea non si assume alcun compito anche solo paragonabile a quello che, al contrario, la Repubblica italiana deve perseguire in virtù dell'art. 3, comma 2, della Costituzione⁴⁷⁹. Di tale assunto vi è prova nella diversa attenzione che la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ripone nei confronti dei diritti sociali rispetto a quella di cui essi godono all'interno del testo costituzionale italiano, ove gli stessi rappresentano il corollario proprio del principio di uguaglianza in senso sostanziale, rappresentando lo strumento essenziale per la rimozione effettiva degli ostacoli di ordine economico e sociale che impediscono la piena realizzazione delle persona.

In generale, il principio di uguaglianza vieta tanto le discriminazioni dirette, quanto quelle indirette e, nell'ambito della materia lavoristica, esso può essere declinato in molteplici aspetti che vanno dalla parità retributiva alla parità di trattamento nel rapporto di lavoro; dalla parità nei regimi di sicurezza sociale alla parità nelle condizioni di accesso al lavoro o di cessazione del rapporto di lavoro. Secondo parte della dottrina, però, anche grazie alle novità registrate dal Trattato di Lisbona e dal nuovo valore assunto dalla Carta di Nizza, si può affermare che il principio di eguaglianza, oggi, abbia una dimensione formale e una dimensione sostanziale, strettamente dipendente dal divieto di discriminazioni indirette e dall'introduzione di misure positive poste a tutela del sesso più debole⁴⁸⁰.

La giurisprudenza della Corte dell'UE in materia di divieto di discriminazione è copiosa e abbraccia i diversi aspetti che sono stati qui sinteticamente accennati, per tale motivo, dunque, nell'ambito del presente lavoro non potrà essere passata in rassegna l'intera

⁴⁷⁸ Cfr. A. MORRONE C. CARUSO, *Articolo 20 - Uguaglianza davanti alla legge*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit., pag. 388.

⁴⁷⁹ Cfr. L. PRINCIPATO, *Unione europea e diritti costituzionali: ossimoro o sineddoche?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.2/2016, pag. 815 e ss.

⁴⁸⁰ Cfr. V. PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT - 127/2016*, pag. 6.

produzione giurisprudenziale successiva all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Sono state selezionate alcune pronunce ritenute utili a definire i contorni del principio di non discriminazione e, allo stesso tempo, idonee a fornire elementi rilevanti attinenti alla politica social europea.

Il principio di uguaglianza all'interno dell'ordinamento europeo gode di un ruolo di primario rilievo tanto da rappresentare il parametro di riferimento fondamentale per la verifica della compatibilità tra diritto interno e sovranazionale⁴⁸¹. Uno dei potenziali fattori di discriminazioni, spesso sottoposto all'attenzione del Giudice europeo, è l'età. La normativa europea prevede una deroga al generale divieto di discriminazioni basate sull'età all'art. 6 della Direttiva 2000/78, rubricato «Giustificazioni della parità di trattamento collegate all'età», il quale ammette trattamenti differenziati in ragione dell'età laddove sussistano ragioni oggettive e ragionevoli nell'ambito del diritto degli Stati membri, quali, ad esempio, obiettivi di politica del lavoro, di mercato del lavoro e di formazione professionale, e qualora i mezzi previsti per il loro perseguimento siano appropriati e necessari. Oltretutto, il secondo paragrafo dell'articolo in esame consente agli Stati membri di fissare un'età minima per poter accedere o avere diritto a determinate prestazioni pensionistiche o di invalidità, purché ciò non si trasformi in discriminazioni basate sul genere.

Una delle sentenze che ha determinato un ampio dibattito dottrinale è la sentenza *Küçükdeveci* cui si è velocemente accennato. Con decisione del 19 gennaio 2010, la Grande Sezione della Corte di giustizia ha deciso il ricorso sollevato in via pregiudiziale dal *Landesarbeitsgericht Düsseldorf, C-555/07* nell'ambito del procedimento in corso tra la Sig.ra *Küçükdeveci* e lo *Swedex GmbH & Co. KG*, ex datore di lavoro della prima.

La ricorrente nel giudizio principale aveva lavorato dal 1996 al 2006 presso lo *Swedex* il quale il 19 dicembre 2006 licenziava la Sig.ra *Küçükdeveci* a decorrere dal 31 gennaio 2007, calcolando, cioè, un termine di preavviso parametrato su un rapporto di lavoro pari a 3 anni. La normativa tedesca, infatti, prevedeva che nel computo della durata del termine di preavviso non fossero presi in considerazione i periodi di lavoro svolto fino al compimento del venticinquesimo anno di età.

La domanda pregiudiziale verteva su tre diversi aspetti: innanzitutto si dubitava della compatibilità con il divieto di discriminazioni basate sull'età di una disciplina quale

⁴⁸¹ Cfr. V. PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, op. cit., pag. 7.

quella tedesca che prevedeva termini di preavviso che aumentavano progressivamente alla durata del rapporto di lavoro e che escludevano i periodi di lavoro prima del raggiungimento del venticinquesimo anno di età. Si chiedeva alla Corte, inoltre, se dovesse essere riconosciuto al datore di lavoro un interesse economico ad una gestione flessibile del personale tale da giustificare una disciplina in virtù della quale questi dovesse rispettare soltanto un termine di preavviso di base per il licenziamento dei lavoratori più giovani ai quali, peraltro, sulla presunzione di una loro maggiore flessibilità professionale e personale, veniva accordata una minore tutela dei diritti quesiti e delle aspettative. Inoltre, nel caso in cui si fosse data risposta affermativa alla prima questione e negativa alle seconda, si domandava alla Corte se, nell'ambito di una controversia tra privati, il giudice comune potesse provvedere alla disapplicazione del diritto interno a favore di quello europeo. Occorre precisare, peraltro, che nel caso di specie si faceva riferimento ad una disciplina contenuta in un Direttiva, per cui è senz'altro quest'ultimo l'aspetto di maggior rilievo tra i quesiti sottoposti all'attenzione della Corte di giustizia.

Innanzitutto, rispondendo al primo quesito, la Corte procede a verificare se la normativa tedesca sia o meno in contrasto con il diritto dell'UE e, nello specifico, se l'ipotetica difformità riguardi il diritto originario o derivato. Il Giudice di Lussemburgo chiarisce preliminarmente che il principio di non discriminazione rappresenta un principio generale del diritto dell'UE, il quale trova nella Direttiva 2000/78 una concreta espressione. Il diritto derivato, dunque, non rappresenta la fonte originaria del principio in questione, il quale, oltre ad essere espresso anche nei Trattati, è, altresì, sancito dalle Carte costituzionali dei singoli Paesi membri. Il diritto tedesco, dunque, alla luce del principio di non discriminazione espresso dalla Direttiva, prevede una disparità di trattamento basata sull'età non giustificabile neppure ai sensi dell'art. 6, paragrafo 1, della Direttiva, in quanto ritenuta non idonea a realizzare una maggiore tutela dei lavoratori in funzione dell'effettiva durata dell'impiego.

La seconda parte delle motivazioni della decisione in esame presenta, sicuramente, gli aspetti maggiormente controversi. Il Giudice del rinvio, infatti, aveva dichiarato che il diritto tedesco contestato era particolarmente chiaro e preciso, per cui non era possibile procedere ad un'interpretazione comunitariamente conforme e chiedeva, pertanto, se fosse possibile procedere alla disapplicazione delle norme interne a favore di quelle contenute in una Direttiva, anche in una controversia sorta tra privati, o se al contrario fosse necessario procedere preventivamente ad un rinvio pregiudiziale. La Corte di giustizia, rimarcando che il principio di non discriminazione basato sull'età è solo

espresso concretamente e non anche sancito dalla Direttiva⁴⁸², ritiene che sia obbligo del giudice ordinario assicurare il pieno rispetto e l'applicazione di tale principio generale. Dunque, in virtù del primato del diritto dell'UE, il diritto interno rientrando nell'ambito del diritto dell'Unione che risulti essere in contrasto con il principio di non discriminazione deve essere disapplicato dal giudice ordinario, il quale gode della facoltà di procedere ad un rinvio pregiudiziale, non anche ad un obbligo.

La Corte di giustizia, dunque, attribuendo al principio di uguaglianza - nella sua veste di divieto di discriminazione basato sull'età - un valore supremo giunge a consentire, in definitiva, che una Direttiva possa avere efficacia orizzontale, facendo così sorgere non irrilevanti dubbi circa la sussistenza di una gerarchia tra le fonti del diritto comunitario. Tuttavia, tale principio permette ad una Direttiva di avere efficacia diretta, soltanto laddove le disposizioni nazionali attengano alla sfera di applicazione del diritto dell'UE⁴⁸³.

⁴⁸² A tale conclusione la Corte era giunta già nella nota decisione *Mangold* C-144/04, laddove al punto 74 del considerato in diritto precisa che la Direttiva non sancisce il principio di non discriminazione, ma essa ha il solo scopo di stabilire un quadro generale per la lotta alle discriminazioni. Al punto successivo, la Corte precisa che il principio di non discriminazione è un principio generale del diritto europeo per cui, il rispetto di tale principio non può essere subordinato alla scadenza del termine concesso agli Stati per l'attuazione della Direttiva, ma è compito dell'interprete e, dunque, del giudice ordinario, dare attuazione al diritto comunitario, disapplicando ogni contraria previsione di legge nazionale. Tale decisione era stata oggetto di critiche da parte dei commentatori, tra i quali vi era chi ha sostenuto che il generale divieto di discriminazione in base all'età fosse stato creato esclusivamente dalla Corte, non sussistendo alcuna solida fonte da cui lo stesso derivasse, come indicato da M P. MONACO, *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 3/2010, pag. 876 e ss.

⁴⁸³ Sulla questione relativa alla possibilità di dare diretta applicazione ad una Direttiva anche nei rapporti tra privati, l'Avvocato generale, dopo aver fatto riferimento alle tre diverse possibili soluzioni alternative - l'interpretazione conforme da parte del giudice ordinario; il risarcimento del danno per mancato adeguamento da parte dello Stato membro agli obblighi dell'Unione europea; disapplicazione del diritto nazionale incompatibile con il diritto europeo contenuto nella Direttiva - dichiara di non voler proporre una soluzione ulteriore. Al punto 70 delle sue conclusioni è dato leggere: «Invito la Corte a seguire un percorso più ambizioso in termini di lotta contro le discriminazioni contrarie al diritto comunitario, percorso che, del resto, non è assolutamente in conflitto con la sua giurisprudenza classica relativa all'assenza di effetto diretto orizzontale delle direttive (*omissis*) La Corte dovrebbe, quindi, come ha fatto a proposito del principio generale del diritto comunitario medesimo, riconoscere che una Direttiva volta a combattere le discriminazioni possa essere invocata nell'ambito di una controversia tra singoli al fine di disapplicare una normativa nazionale con essa incompatibile». Peraltro, l'Avvocato, in chiusura delle sue conclusioni, osserva che l'«intromissione» sempre maggiore del diritto comunitario nei rapporti interprivati determinerà una crescente serie di richieste indirizzate alla Corte sull'invocabilità di direttive che contribuiscono a garantire i diritti fondamentali nell'ambito di controversie tra singoli. Tale ipotesi avrebbe potuto, secondo l'Avvocato, essere ulteriormente avvalorata, nel caso in cui la Carta di Nizza avesse acquisito valore giuridico pari a quello dei Trattati. Per l'Avvocato generale, dunque, tale decisione rappresenta un'occasione fondamentale per la scelta, da parte della Corte,

Con questa sentenza la Corte riprende i contenuti della propria precedente giurisprudenza relativa al principio generale di uguaglianza, portandola, però «alle più ardite conseguenze»⁴⁸⁴. Peraltro, pare si possa affermare che la Corte, anche se indirettamente, attraverso una valorizzazione massima del principio di uguaglianza e del divieto di discriminazioni in ragione dell'età, giunge a censurare le scelte del legislatore nazionale nell'ambito delle politiche del lavoro dal momento che le stesse non risultano essere tali da giustificare un trattamento differenziato sulla base dell'età. Il divieto di discriminazioni, dunque, gode di una forza tale da rendere possibile la sua efficacia orizzontale, ovverosia esso è direttamente invocabile dai privati nei rapporti con altri privati. Inoltre esso garantisce al lavoratore in quanto tale il diritto di ricevere un congruo preavviso nel caso di licenziamento, fungendo da limite per il legislatore nazionale che nella definizione della politica sociale interna non potrà, in ogni caso, contravvenire a tale divieto.

La sentenza in esame ha sviluppato un dibattito vivace all'interno della dottrina, la quale, in alcuni casi, ha visto in tale decisione una sorta di “sindacato diffuso di legittimità costituzionale” svolto dalla Corte, che si rende ancora più evidente se si pensa a ciò che la essa dice in merito al ruolo svolto dai giudici nazionali, obbligati a disapplicare il diritto interno a favore della diretta applicabilità dei principi generali⁴⁸⁵.

Nonostante tale decisione abbia suscitato più di qualche perplessità, non manca chi, invece, ha accolto con assoluto favore il ragionamento della Corte, alla quale ha riconosciuto il merito di voler promuovere un'applicazione uniforme dei precetti antidiscriminatori, funzionali all'attuazione di diritti fondamentali dell'individuo e del principio di eguaglianza. Proprio in virtù della fondamentale funzione dei principi antidiscriminatori, non sarebbe opportuno rimettere all'analisi dei giudici costituzionali il giudizio di legittimità delle normative nazionali di attuazione dei primi, al fine di evitare una applicazione disomogenea del principio di uguaglianza e dei diritti fondamentali⁴⁸⁶. La stessa dottrina, peraltro, non manca di rilevare come, anche alla luce della decisione della Corte, non si possa trascurare che la diretta applicabilità del divieto di

dell'atteggiamento che la stessa avrebbe dovuto assumere in futuro.

⁴⁸⁴ Cit. V. PICCONE, *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, op. cit., pag. 19.

⁴⁸⁵ Cfr. V. SCIARABBA, *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della Giustizia costituzionale europea*, in www.europeanrights.eu, 2010.

⁴⁸⁶ Cfr. G. ZACCARDI, *Il principio di non discriminazione nel rapporto di lavoro*, op. cit. pagg. 85-86.

discriminazioni valga esclusivamente nella misura in cui esso sia stato attuato attraverso delle direttive, non essendovi spazio per un'applicazione diretta dello stesso senza la mediazione delle fonti di diritto derivato europeo. Né il richiamo alla Carta dei diritti può giocare nel caso di specie quale fattore nuovo.

Di recente la Corte di giustizia ha affrontato un caso per molti versi simile a quello al centro della decisione *Küçükdeveci*. Il riferimento è alla causa C-441/14, *Dansk Industri*⁴⁸⁷, decisa dalla Grande Sezione con sentenza del 19 aprile 2016, relativa al caso del Sig. *Rasmussen*, il quale, nel 2009 all'età di 60 anni, era stato licenziato dalla società *Ajos*, presso la quale aveva lavorato dal 1984. Il Sig. *Rasmussen*, a causa della complessiva durata del proprio rapporto di lavoro avrebbe avuto diritto ad un'indennità pari a tre mensilità di stipendio, così come previsto dalla normativa danese in materia di licenziamenti, tuttavia egli era stato licenziato in un periodo in cui aveva la possibilità di ottenere la pensione di anzianità da parte del datore di lavoro in ossequio ad un regime al quale aveva aderito prima del raggiungimento del cinquantesimo anno di età. Il fatto di aver aderito a tale regime implicava la mancata possibilità per il Sig. *Rasmussen* di ottenere l'indennità di licenziamento, nonostante egli fosse rimasto, però, sul mercato del lavoro e non avesse, dunque, usufruito della possibilità di andare in pensione, così come chiarito da consolidata giurisprudenza danese sul punto.

Il sindacato *Dansk Formands Forening*, il quale aveva intrapreso un'azione legale in nome e per conto del Sig. *Rasmussen* al fine di ottenere il pagamento delle indennità di licenziamento, otteneva in primo grado una sentenza di accoglimento che veniva, però, impugnata dalla società *ex* datrice di lavoro. Quest'ultima rilevava che l'interpretazione data dal giudice di prime cure⁴⁸⁸ risultava *contra legem*. Inoltre, secondo la ricorrente, tale interpretazione era idonea a mettere in discussione il principio della certezza del diritto e del legittimo affidamento, dal momento che la normativa che veniva disapplicata era particolarmente chiara e precisa.

L'avvocato generale, prima di illustrare le proprie conclusioni relative al caso di specie

⁴⁸⁷ Ricorso per rinvii pregiudiziale sorto nell'ambito del procedimento *Dansk Industri* (DI), per conto della *Ajos A/S*, contro *Successione Karsten Eigil Rasmussen*.

⁴⁸⁸ Questi, sostanzialmente, si era attenuto alle conclusioni cui era pervenuta la sentenza *Ingeniørforeningen i Danmark* (C-499/08, ECLI:EU:C:2010:600), in virtù della quale era stato dichiarato che l'art. 2a, paragrafo 3, della legge danese relativa ai lavoratori subordinati era in contrasto con la Direttiva 2000/78 e che l'interpretazione giurisprudenziale fornita dai giudici interni era contraria al divieto di discriminazioni fondato sull'età.

ripercorre l'iter argomentativo sviluppato nella sentenza *Ingeniørforeningen i Danmark*⁴⁸⁹ e, in particolare, il passaggio della decisione nella quale la Corte ha escluso che la scelta del legislatore danese di estromettere dal beneficio dell'indennità di licenziamento i lavoratori che al momento della cessazione del rapporto di lavoro potrebbero accedere ad un sistema pensionistico privato, possa essere considerata una disparità di trattamento basata sull'età irragionevole. Tale disparità di trattamento, infatti, non è irragionevole in quanto risponde alle finalità perseguite dal legislatore che, a mezzo di tale normativa, intendeva offrire maggiore protezione ai lavoratori che, a causa della propria età, avrebbero potuto incontrare maggiori difficoltà nella ricerca di un impiego a seguito di licenziamento e che, allo stesso tempo, non avrebbero potuto accedere ad un sistema pensionistico.

Per l'Avvocato generale, tuttavia, la normativa danese era censurabile perché poneva sul medesimo piano sia i lavoratori che decidevano di beneficiare del beneficio pensionistico, sia coloro che, pur avendone astrattamente diritto, desideravano rimanere sul mercato del lavoro, in quanto tale disciplina non era proporzionale agli obiettivi di politica del lavoro sottesi alle norme impugnate.

L'avvocato generale ritiene che i giudici nazionali, prima di ricorrere «al principio della non discriminazione in ragione dell'età come soluzione estrema per la composizione dei conflitti fra il diritto dell'Unione e il diritto nazionale⁴⁹⁰», sono obbligati a tentare di fornire un'interpretazione del diritto interno che sia conforme al diritto dell'UE. Peraltro, a detta dell'Avvocato generale, nella sentenza del 2015 la Corte non aveva dichiarato incompatibile con il diritto europeo la normativa danese in senso stretto, ma l'interpretazione giurisprudenziale fornita dai giudici interni, i quali si erano limitati a dare diretta applicazione letterale della legge, senza aver previamente verificato se il lavoratore avesse, o meno, beneficiato della possibilità di percepire il beneficio pensionistico. Secondo le sue conclusioni, dunque, la Corte non eccederebbe dalle proprie attribuzioni nel caso in cui indicasse al giudice nazionale di riconoscere il diritto all'indennità di licenziamento al lavoratore, in quanto in questo modo essa indicherebbe al giudice di fornire una lettura della disciplina nazionale depurata dagli aspetti che la rendono incompatibile con il diritto europeo, non, invece, un'interpretazione *contra legem*. Secondo l'Avvocato generale, dunque, il giudice del rinvio dovrebbe

⁴⁸⁹ C-515/13, sentenza del 26 febbraio 2015.

⁴⁹⁰ Cit. Conclusioni avvocato generale, punto 48.

semplicemente procedere ad un'interpretazione del diritto interno conforme a quello europeo, e in tal senso la consolidata giurisprudenza danese non può essere considerata d'ostacolo, al pari del principio della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento.

Il risultato pratico suggerito dall'Avvocato generale, dunque, è pienamente in linea con la giurisprudenza della Corte che pone al vertice del proprio impianto argomentativo il principio generale di non discriminazione basata sull'età.

La Corte, dal canto suo, entrando nel merito delle questioni, sottolinea che il principio generale di non discriminazione in base all'età trova la propria origine in molteplici strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri. Tale principio, sottolinea la Corte, è oggi contenuto anche nell'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e deve essere considerato un principio generale dell'ordinamento. La prima questione è decisa negli stessi termini della sentenza *Kukukdeveci*: il principio generale di non discriminazione sulla base dell'età osta a una disciplina, quale quella in esame, la quale esclude un'intera categoria di lavoratori dal diritto all'indennità di licenziamento, senza prendere in considerazione le reali circostanze in cui gli stessi si trovino.

Con la seconda questione si chiede alla Corte di sancire se sia possibile un bilanciamento tra il principio di non discriminazione sulla base dell'età e i principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento. Il Giudice di Lussemburgo precisa che, per giurisprudenza costante, i giudici nazionali devono assicurare ai singoli la tutela giurisdizionale derivante dalle disposizioni del diritto europeo e garantirne la piena efficacia quando essi si trovano a decidere controversie sorte tra privati nelle quali la normativa nazionale sia in contrasto con il diritto dell'Unione. I giudici, nell'applicazione del diritto interno, sono chiamati a prendere in considerazione le norme caratterizzanti l'intero ordinamento e, attraverso l'utilizzo di ogni strumento ermeneutico di cui dispongono, devono fornire un'interpretazione tale da garantire il risultato che la Direttiva intende perseguire. Peraltro, nel caso in cui il giudice nazionale sia impossibilitato a fornire un'interpretazione conforme ad una Direttiva e la controversia verta su una questione inerente al principio di non discriminazione sulla base dell'età, egli è tenuto a disapplicare, «ove necessario, ogni disposizione della normativa nazionale contraria a tale principio»⁴⁹¹. Per la Corte il principio, più volte evocato, conferisce un diritto soggettivo

⁴⁹¹ Cit. C-441/14, punto 35.

invocabile in quanto tale, anche nell'ambito di controversie tra privati. Inoltre, il principio del legittimo affidamento non può impedire al giudice nazionale di astenersi dal disapplicare la normativa contraria al diritto europeo poiché ciò equivarrebbe a limitare nel tempo gli effetti della pronuncia emessa nell'ambito di un rinvio pregiudiziale la quale ha effetti retroattivi, in quanto vale a chiarire il significato e la portata del diritto europeo sin dal momento in cui è entrato in vigore. La Corte non si sofferma sul principio della certezza del diritto, ma si limita a precisare che esso non può valere a mettere in discussione l'obbligo del giudice nazionale di dare piena attuazione al diritto europeo.

Nella sentenza la Carte dei diritti fondamentali dell'Unione europea rimane sullo sfondo, e la Corte si limita ad un fugace richiamo volto esclusivamente a corroborare la portata del principio generale del divieto di discriminazioni in ragione dell'età. Peraltro, nella sentenza non si fa alcun riferimento al valore e alla funzione dell'indennità di licenziamento e tale circostanza suggerisce alcune riflessioni, soprattutto alla luce della funzione sociale svolta da tale istituto⁴⁹². Infatti, sebbene in virtù della decisione della Corte, la legge danese sarà applicata in modo da garantire il beneficio dell'indennità di licenziamento a coloro che, pur avendone diritto, abbiano deciso di non avvalersi del pensionamento anticipato al momento della cessazione del loro rapporto di lavoro a causa del licenziamento, tuttavia, pare si possa dubitare che la Corte abbia attribuito a tale prestazione un particolare valore. Quest'ultima, infatti, decide la questione attenendosi alle domande formulate dalla Corte suprema danese e, pertanto, costruisce il proprio impianto argomentativo esclusivamente sul valore del principio di non discriminazione, senza, tuttavia, fare alcun cenno ad altri principi e diritti che pure trovano spazio nell'ambito della Carta di Nizza e dei Trattati, per cui appartengono anch'essi al diritto dell'Unione. Nella sentenza si fa genericamente riferimento al "licenziamento" senza alcuna specificazione dello stesso, per cui in ipotesi potrebbe trattarsi tanto di licenziamento ingiustificato, quanto di licenziamento fondato su ragioni oggettive o soggettive⁴⁹³, per cui le osservazioni che seguono risentono di tale incertezza. Ad ogni

⁴⁹² L'indennità di licenziamento, infatti, rappresenta un costo che l'ordinamento giuridico impone al datore di lavoro che intenda recedere da un determinato rapporto di lavoro. La perdita del posto di lavoro, anche se avvenuta lecitamente, infatti, determina conseguenze sociali che colpiscono la persona del lavoratore, il quale nutra un ragionevole affidamento sulla sussistenza di un reddito derivante dal proprio lavoro, per cui, tendenzialmente, l'ordinamento giuridico impone al datore un costo, consistente appunto nell'erogazione di un'indennità di licenziamento. Sul punto si veda M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 1/2014, pag. 50.

⁴⁹³ La disciplina sui licenziamenti varia a seconda del Paese di riferimento, ma tendenzialmente il

modo, in base alle diverse ragioni sottese al licenziamento del Sig. *Rasmussen*, si possono trovare riferimenti all'interno della Carta di Nizza, in particolare agli articoli 30, 34, paragrafo 1⁴⁹⁴, e, altresì, all'interno del TFUE⁴⁹⁵, per cui, sebbene l'UE in tale settore abbia una competenza limitata, essa, in virtù dei Trattati, dovrebbe comunque operare al fine di favorire il coordinamento tra le legislazioni nazionali. Laddove la Corte avesse fatto anche solo un breve riferimento alla materia dei licenziamenti e della protezione sociale dei lavoratori, probabilmente, la sentenza avrebbe avuto un significato diverso.

Altro profilo che suscita alcuni dubbi riguarda il riferimento che la Corte fa alla Carta di Nizza, la quale è richiamata velocemente, solo per corroborare l'idea sottesa alla decisione, ovverosia che il principio invocato è ben presente nelle tradizioni costituzionali europee ed è anche confermato nella Carta. È vero, come alcuni osservano⁴⁹⁶, che la controversia dalla quale è scaturito il rinvio pregiudiziale ad opera della Suprema corte danese era sorta prima che la Carta acquisisse l'attuale valore, tuttavia, la Corte avrebbe potuto argomentare in maniera forse più convincente facendo un maggior uso delle disposizioni della Carta, pur senza riconoscerle efficacia retroattiva, soprattutto dal momento che essa, nella stessa decisione, non ha rinunciato a "forzare" alcune regole fondamentali sottese all'ordinamento sovranazionale. Peraltro, il richiamo al principio di non discriminazione così come sancito all'art. 21 della Carta di Nizza sarebbe stato preferibile anche da un ulteriore punto di vista: tale disposizione, infatti, funge da parametro di legittimità della Direttiva stessa e non, invece, quale corollario della fonte di

provvedimento estintivo del rapporto di lavoro può essere emesso dal datore di lavoro solo in presenza di presupposti o requisiti giustificativi, in assenza dei quali esso è illegittimo e, dunque, inefficace. Ciascun Paese europeo prevede presupposti giustificativi diversi, per i quali si rimanda a M. PEDRAZZOLI, *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, op. cit., pagg. 3 e ss.

⁴⁹⁴ Il primo, rubricato «Tutela in caso di licenziamento ingiustificato» sancisce il diritto di ogni lavoratore ad essere tutelato da licenziamenti ingiustificati, conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni nazionali; il secondo, invece, dedicato alla «Sicurezza sociale e assistenza sociale», riconosce a chi perda il proprio posto di lavoro il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali, secondo le modalità previste dal diritto comunitario e della legislazioni nazionali.

⁴⁹⁵ In particolare, nel Titolo IX del Trattato vi sono vari riferimenti al mercato del lavoro, alla promozione dell'occupazione e alla tutela del lavoro, obiettivi che gli Stati membri devono perseguire sviluppando una strategia coordinata volta a dare attuazione all'art. 3 del TUE. L'art. 153 TFUE, peraltro, chiarisce che l'Unione sostiene e completa l'azione degli Stati nella realizzazione degli obiettivi di cui all'art. 151 TFUE ed elenca i settori in cui si svolgerà tale azione, tra i quali si annovera, alla lettera d) la protezione dei lavoratori in caso di risoluzione del contratto di lavoro.

⁴⁹⁶ Cfr. G. BRONZINI, *La Corte di giustizia e il principio di non discriminazione per età: al giudice ordinario il compito di chiudere il sistema*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2016, pag. 999 e ss.

diritto derivato dell'UE⁴⁹⁷.

Non è criticabile il risultato pratico cui si perviene alla luce della decisione in esame, in quanto, ad ogni modo, alla categoria dei lavoratori è assicurata una maggiore tutela che, tuttavia, sembra essere garantita soltanto laddove una normativa nazionale tratti in modo diverso soggetti appartenenti a fasce d'età differenti. Ma cosa succederebbe nel caso in cui un ordinamento nazionale dovesse, ad esempio, eliminare, o ridurre in maniera tale da comprimere irrimediabilmente la funzione, l'indennità di licenziamento per qualsiasi categoria di lavoratori? Se, infatti, la Corte ritiene che il principio generale del divieto di discriminazioni in ragione dell'età debba essere rispettato da tutti i soggetti appartenenti all'ordinamento europeo, una normativa che indiscriminatamente dovesse prevedere minori tutele per tutti i lavoratori, risponderebbe senza dubbio al principio di eguaglianza, ma sarebbe, altresì, conforme ad altre previsioni del diritto dell'UE? La giurisprudenza qui analizzata può forse essere considerata come l'aspetto più evidente della scarsa, o nulla, rilevanza del principio di uguaglianza in senso sostanziale a livello europeo? Non è certamente in discussione la natura stessa del rinvio pregiudiziale e l'obbligo della Corte di attenersi alle richieste che le vengono espressamente sottoposte; tuttavia, il Giudice europeo non avrebbe, forse, potuto cogliere l'occasione per spendere poche parole, anche solo in un *obiter dictum*, sull'esigenza di tutela effettiva della condizione dei lavoratori nel caso di perdita del posto di lavoro, a prescindere dall'età degli stessi? Non avrebbe, forse, potuto richiamare le disposizioni della Carta di Nizza che espressamente prevedono un ruolo dell'Ue e delle sue istituzioni accanto agli Stati nazionali nella tutela di tali situazioni?

Il dubbio che si ha, invece, è che la Corte abbia colto l'occasione, non per aggiungere qualche tassello nella costruzione di un sistema di protezione sociale europeo, quanto, piuttosto, per ribadire la supremazia del diritto europeo e delle sue fonti, correndo anche il rischio di mettere in crisi il tradizionale sistema dei rapporti tra fonti europee e fonti interne. La decisione in commento, secondo parte della dottrina, segna un lungo balzo in avanti nel solco tracciato dalla giurisprudenza della Corte attraverso il quale essa ha aggirato il divieto di applicazione diretta delle direttive nei rapporti interpretati, in virtù del principio di uguaglianza. Quest'ultimo, in particolare, così come utilizzato dalla Corte nelle proprie argomentazioni, genera perplessità, dal momento che, diversamente da

⁴⁹⁷ Cfr. G. BRONZINI, *La Corte di giustizia e il principio di non discriminazione per età*, op. cit., pag. 1006.

quanto afferma il Giudice di Lussemburgo, difficilmente può essere considerato un principio generale appartenente alle tradizioni costituzionali degli Stati membri; piuttosto esso sembra essere il risultato di un intervento creativo del Giudice di Lussemburgo⁴⁹⁸. Discutibile risulta anche il bilanciamento che la Corte opera tra il principio di uguaglianza/non discriminazione da un lato e certezza del diritto e tutela del legittimo affidamento dall'altro - operazione resa necessaria dalla richiesta espressamente formulata dal giudice del rinvio - in quanto per il Giudice europeo non è discutibile il maggior peso rivestito dal primo degli elementi in gioco. Il risultato dell'operazione così effettuata, però, risulta quasi apodittico e finalizzato unicamente a consentire alla Corte di ottenere un solo risultato: imporre anche ai giudici nazionali l'obbligo di dare applicazione diretta delle direttive anche nei rapporti tra privati.

Il dubbio qui evidenziato sembra non del tutto infondato se si pone l'attenzione sugli argomenti utilizzati dal Giudice europeo. Il principio della certezza del diritto non può essere tutelato se da ciò deriva una riduzione dell'efficacia delle sentenze della Corte⁴⁹⁹. Al di là della limitata, o meglio, nulla attenzione nei riguardi della materia dei licenziamenti, nella sentenza analizzata, si può osservare come l'art. 30 della Carta, sebbene ad oggi non abbia avuto particolare applicazione né da parte del legislatore europeo né da parte della Corte di giustizia⁵⁰⁰ non possa considerarsi come priva di rilievo nell'ambito della tutela dei diritti multilivello. Essa, infatti, se letta in combinato disposto con l'art. 20 della Carta fornisce una norma tutt'altro che priva di pregio o di rilievo: ogni lavoratore ha diritto ad essere tutelato da licenziamenti illegittimi e pertanto non è ammessa alcuna disparità di trattamento, non solo per ragioni di età, ma per qualsivoglia elemento di differenziazione⁵⁰¹. Alla luce di tali considerazioni sorge, dunque, il dubbio

⁴⁹⁸ Sul punto si veda O. POLLICINO, *La Corte di giustizia riconosce l'efficacia diretta orizzontale dei principi generali ma non delle direttive*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/216, pag. 598, il quale sottolinea come soltanto due degli Stati membri collochino il principio di non discriminazione in ragione dell'età nelle proprie Costituzioni.

⁴⁹⁹ Cfr. O. POLLICINO, *La Corte di giustizia riconosce l'efficacia diretta orizzontale dei principi generali ma non delle direttive*, op. cit. *ibidem*, il quale osserva «Meno scontato forse il percorso argomentativo attraverso cui i giudici di Lussemburgo pervengono a tale esito: non una prevalenza assiologica del principio di non discriminazione su quello di certezza del diritto, bensì un'impossibilità a pensare che il secondo possa prevalere sul primo dovuta a ragioni legate ad un uso improprio delle tecniche argomentative a disposizione dei giudici comunitari».

⁵⁰⁰ Cfr. M. PEDRAZZOLI, *Art. 30 – Tutela dei lavoratori in caso di licenziamento ingiustificato*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit. pagg. 570.

⁵⁰¹ Cfr. P. CHIECO, *Riforme strutturali del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2015, pag. 397.

che anche l'ordinamento italiano abbia introdotto una disciplina non pienamente in linea con il diritto dell'UE, laddove prevede trattamenti differenziati nel caso in cui il licenziamento riguardi lavoratori alle dipendenze di imprese con più o meno di 15 dipendenti, ovvero nel caso di lavoratori assunti prima o dopo l'entrata in vigore del *Jobs act*.

Tornando sulla questione attinente al divieto di discriminazioni sulla base dell'età, si segnala che attualmente risulta pendente innanzi alla Corte di giustizia un ricorso sollevato in via pregiudiziale dalla Corte di cassazione italiana, la quale dubita che la disciplina contenuta nell'art. 34 del d.lgs. 276/2003⁵⁰², che prevede la possibilità di concludere contratti di lavoro intermittente con soggetti di età inferiore ai 25 anni, sia compatibile con il divieto di discriminazioni in base all'età disciplinato dalla Direttiva 2000/78. La Corte di cassazione, con ordinanza del 29 febbraio 2016 ha sospeso un giudizio pendente innanzi a sé per chiedere alla Corte di giustizia se la disciplina del contratto di lavoro intermittente previsto dall'ordinamento italiano violi il principio generale di non discriminazione sulla base dell'età. Si osservi che la Corte di appello di Milano aveva ritenuto di disapplicare la normativa italiana, poiché sosteneva che il mero requisito dell'età, in assenza di ulteriori specificazioni, quali, ad esempio, disoccupazione protratta nel tempo o assenza di formazione professionale, non fosse di per sé sufficiente a giustificare un contratto contenente condizioni peggiori rispetto al contratto di lavoro a tempo indeterminato. Tale disciplina, dunque, contrastando con il diritto europeo, doveva essere disapplicata, per cui il giudice di seconda istanza aveva ordinato al datore di lavoro di cessare il comportamento discriminatorio e di riammettere il lavoratore in servizio, licenziato per il superamento del venticinquesimo anno di età⁵⁰³. Tale decisione è stata impugnata dalla azienda *ex* datrice di lavoro innanzi alla Suprema corte, la quale ha ritenuto a sua volta necessario adire la Corte di giustizia al fine di sciogliere il proprio dubbio interpretativo circa la sussistenza di una ragione che renda valida la scelta del legislatore italiano di introdurre una tale discriminazione diretta sulla base dell'età.

La Corte di giustizia ha già avuto modo di specificare che una disparità di trattamento può essere giustificata laddove essa risponda comunque a due requisiti, quali la finalità legittima e la proporzionalità e necessità dei mezzi prescelti per il perseguimento di tali

⁵⁰² Oggi abrogato e contenuto nell'art. 13 del d.lgs. n. 81/2015.

⁵⁰³ Per approfondimenti sulla vicenda giudiziaria si veda L. CALAFÀ, *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2016, pag. 692 e ss.

obiettivi. Pertanto, laddove la Corte riterrà che il contratto di lavoro intermittente rappresenti una misura proporzionata rispetto al fine che il legislatore voleva perseguire, tale tipologia contrattuale, seppure contenente una evidente disparità di trattamento sulla base dell'età, sarà compatibile con il diritto dell'UE, altrimenti avrà avuto ragione la Corte d'Appello di Milano. In ogni caso, quand'anche la disciplina del contratto intermittente dovesse risultare rispettosa del divieto di discriminazioni sulla base dell'età, sarebbe anche una disciplina rispettosa dei diritti dei lavoratori?

Se si volesse provare a fare un bilancio di come il principio di uguaglianza abbia subito conseguenze a seguito del nuovo valore assunto dalla Carta di Nizza si potrebbe probabilmente affermare che la sua forza espansiva ed evolutiva ha subito un arresto proprio a causa del nuovo peso gerarchico assunto dalla Carta. La Corte, infatti, ha dimostrato un forte rispetto della disposizione dell'art. 51, paragrafo 2 della Carta, restringendo l'applicabilità del principio di eguaglianza laddove questo avrebbe potuto determinare anche solo un'apparente estensione delle attribuzioni dell'UE⁵⁰⁴.

Le problematiche poste dalla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di principio di uguaglianza sono dunque numerose e idonee a mettere in crisi alcuni tra i principi fondamentali di un ordinamento giuridico, quali la certezza del diritto, il legittimo affidamento dei singoli nei confronti dei pubblici poteri, la gerarchia tra le fonti, i rapporti tra livello nazionale e sovranazionale. Posto, dunque, tale quadro, occorre chiedersi se dietro la compromissione di tali principi vi sia un disegno ben preciso della Corte, volto a valorizzare i diritti fondamentali, oppure se attraverso tale tecnica la Corte stia di fatto aprendo la strada per una diretta efficacia delle direttive anche nei rapporti tra privati. Se per fornire una risposta adeguata a tale dubbio è necessario verificare quale sarà la tendenza nel prossimo futuro, ad ogni modo pare non condivisibile la forzatura che la Corte sta attuando: innanzitutto, per quanto già osservato, un'applicazione tanto *tranchant* del principio di uguaglianza formale potrebbe ipoteticamente condurre ad un abbassamento dei livelli di tutela, laddove nell'ordinamento europeo non vi è spazio per il principio di uguaglianza sostanziale, per cui la Corte non è tenuta a svolgere alcun tipo di valutazione in tal senso. Inoltre in un ordinamento così complesso e problematico, ove i rapporti tra i diversi livelli di governo sono spesso difficili, è giusto lasciare alla Corte la possibilità di modulare le regole processuali e alterare l'equilibrio tra i principi fondamentali del diritto al fine di perseguire una migliore tutela dei diritti?

⁵⁰⁴ Cfr. A. MORRONE, C. CARUSO, *Uguaglianza davanti alla legge*, op. cit. pag. 410.

8. La Corte di giustizia davanti alle nuove istanze in materia di diritti sociali

Particolare interesse suscitano, inoltre, alcune pronunce della Corte di Giustizia con le quali sono state estese talune prestazioni sociali e previdenziali a nuclei familiari formati da persone del medesimo sesso.

In una pronuncia risalente al 2008⁵⁰⁵ la Corte era stata adita dal giudice tedesco davanti al quale pendeva un giudizio vertente sulla possibilità per un cittadino tedesco di ottenere la pensione di reversibilità a seguito della morte del proprio compagno, con il quale aveva dato vita ad un'unione solidale prevista dalla normativa tedesca. L'ente previdenziale, tuttavia, aveva negato tale prestazione, giustificando tale rigetto sulla base di una previsione del proprio statuto che riservava l'accesso a tale prestazione soltanto alle coppie coniugate. Il giudice *a quo* sosteneva che in Germania vi fosse stata una progressiva equiparazione tra coppie coniugate e coppie unite da un'unione solidale, anche per ciò che riguardava il diritto alla pensione di vedova o di vedovo⁵⁰⁶, per cui lo statuto dell'ente previdenziale operava una discriminazione ingiustificata tra diverse tipologie di coppie. Tale discriminazione risultava peraltro in contrasto con la Direttiva 2000/78, emanata dal Consiglio europeo per la parità di trattamento in materia di occupazione e condizioni di lavoro.

La Corte, riservando al giudice *a quo* l'onere di provare che tra le coppie coniugate e quelle unite da un'unione solidale vi sia una situazione analoga, chiarisce, però, che nel caso di effettiva analogia, lo statuto dell'ente previdenziale tedesco sia in contrasto con gli artt. 1 e 2 della predetta Direttiva.

Per molti versi simile al caso *Maruko* è la sentenza della grande sezione della Corte di Giustizia del 10 maggio 2011, C-147/2008, nella quale la Corte ha deciso un ricorso in via pregiudiziale sollevato dal Tribunale del lavoro di Amburgo. Il procedimento principale era sorto a seguito della richiesta del Sig. *Römer* di ottenere che la propria pensione di vecchiaia fosse calcolata tenendo conto dello scaglione tributario che si applicava alle coppie coniugate e non stabilmente separate. Egli, infatti, conviveva con il proprio compagno a far data dal 1969 e nel 2001 i due aveva contratto un'unione civile registrata. Il ricorrente in via principale, dunque, chiedeva che venisse applicata alla sua situazione la prestazione anzidetta in ossequio al principio di non discriminazione fondato sulla base del sesso sancito dalla Direttiva 2000/78. Peraltro, tale Direttiva non era stata

⁵⁰⁵ Caso *Maruko*, C-267/2006, deciso il 1° aprile 2008, *Tadao Maruko c. Versorgungsanstalt der deutschen Bühnen*.

⁵⁰⁶ Cfr. punti 68 e 69 Sent. *Maruko*.

trasposta nell'ordinamento interno entro il termine fissato, per cui essa avrebbe dovuto trovare diretta applicazione nel caso di specie. L'amministrazione competente all'erogazione della prestazione previdenziale si opponeva alle richieste del Sig. *Römer* sostenendo che la legge tedesca fosse volta specificatamente alla tutela del matrimonio e della famiglia e che non potesse, dunque, estendersi alla situazione del ricorrente.

Il Tribunale del lavoro di Amburgo, dunque, adiva la Corte di giustizia al fine di chiedere se la prestazione richiesta dal Sig. *Römer* rientrasse nella nozione di pagamenti effettuati da regimi pubblici o da regimi assimilabili ai sensi dell'art. 3, punto 3, della Direttiva in questione e fosse pertanto esclusa dal suo ambito di applicazione. Nel caso di risposta negativa a tale quesito, il giudice del rinvio chiedeva se le disposizioni di diritto tedesco fossero relative alla materia di stato civile ai sensi del ventiduesimo considerando della Direttiva, in virtù del quale le legislazioni nazionali in materia di stato civile e delle relative prestazioni non subivano variazioni a causa della Direttiva. Infine, nel caso di risposta negativa a tale questione, il Tribunale del lavoro chiedeva alla Corte se la differente modalità di calcolo delle pensioni per persone coniugate e per tutte le altre persone rappresentasse una discriminazione ai sensi della Direttiva 2000/78 nei confronti di coloro che erano uniti da un'unione civile e che non erano considerati al pari delle coppie coniugate.

La Corte, dopo aver chiarito, innanzitutto, che le pensioni complementari di vecchiaia vadano intese come retribuzioni ai sensi dell'art. 157 del TFUE e che, quindi, le stesse siano sottoposte al regime della Direttiva 2000/78, sancisce che non sono ammesse discriminazioni sulla base del sesso. Inoltre, nel rispondere alle questioni pregiudiziali sollevate dal giudice *a quo*, precisa che, sebbene la legislazione in materia di stato civile delle persone sia di esclusiva competenza dei singoli Stati, ai sensi della Direttiva anti discriminazione non è consentito introdurre una disciplina che preveda una pensione complementare più alta per le coppie coniugate rispetto a quella a cui possono accedere i *partner* di un'unione solidale se nell'ordinamento interno – così come avveniva in Germania – le coppie omosessuali non possano accedere al matrimonio e, tuttavia, i membri di tali unioni si trovino in una situazione paragonabile in fatto e in diritto a quella delle coppie sposate. La valutazione circa tale compatibilità deve essere, però, effettuata dal giudice del rinvio alla luce dei diritti ed obblighi dei coniugi e delle persone legate in un'unione civile che risultano pertinenti alla luce della finalità e dei presupposti di concessione della prestazione in questione. Infine, precisa la Corte, una volta scaduto il termine previsto dalla Direttiva senza che lo Stato abbia adeguato il proprio ordinamento

ai suoi contenuti, nel caso in cui vi fosse una effettiva discriminazione diretta da parte di una disciplina statale, la Direttiva sarà auto-applicativa.

Secondo alcuni commentatori, tuttavia, nella sentenza ora esaminata, la Corte ha accertato un caso di discriminazione diretta e, pertanto, la portata e l'efficacia della pronuncia risulta fortemente limitata dal momento che non potrà trovare applicazione al di fuori dell'ordinamento tedesco o di quegli ordinamenti che abbiano previsto l'istituto delle unioni solidali soltanto per le coppie omosessuali⁵⁰⁷

Con tali sentenze⁵⁰⁸, la Corte ha chiarito che gli Stati rimangono comunque liberi di regolare la materia delle unioni omosessuali introducendo le misura che ritengano più idonee, tuttavia, nel caso in cui gli stessi decidano di introdurre una disciplina di riferimento sono tenuti al rispetto del diritto dell'UE e, dunque, non possono prevedere discriminazioni ingiustificate ai sensi della Direttiva 2000/78. Pertanto, se uno Stato prevede la registrazione delle unioni omosessuali è tenuto a garantire diritti in materia di occupazione e di lavoro analoghi a quelli previsti per le coppie coniugate⁵⁰⁹.

Dunque, il Giudice europeo ha avviato un interessante dialogo con i giudici interni, in capo ai quali sussiste l'onere di valutare, caso per caso, se esista o meno una disparità di trattamento ingiustificata tra le coppie sposate e le coppie legate da altre forme di tutela. Tuttavia, tali valutazioni non si dimostrano di pronta soluzione, soprattutto in ordinamenti in cui il legislatore ha voluto introdurre discipline fortemente differenziate per l'istituto del matrimonio e per altri istituti ad esso alternativi o, soprattutto, in quegli ordinamenti in cui non è prevista alcuna forma di tutela giuridica alternativa al matrimonio.

Si consideri, infine, la sentenza *Hay* emessa dal Giudice europeo il 12 dicembre 2013 con la quale ha deciso la causa C-267/12, sollevata dalla Corte di Cassazione francese. Il ricorso in via pregiudiziale verteva sulla compatibilità delle disposizioni di un contratto collettivo francese - che non riconoscevano il diritto a beneficiare di un bonus e di un congedo retribuito alla coppie che avevano concluso un *PACS* – e il divieto di discriminazioni disciplinato dalla Direttiva 2000/78. Il Sig. *Hay*, dopo aver concluso un *PACS* con il proprio compagno, aveva chiesto al proprio datore di lavoro alcuni giorni di

⁵⁰⁷ Cfr. M. DI FRANCESCO, *Parità dei diritti pensionistici per le coppie omosessuali registrate*, (Corte di giustizia, grande sezione, 10 maggio 2011, causa C-147/08). Con note, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3/2011, pag. 809.

⁵⁰⁸ Per una lettura critica si veda, ad es., M. M. WINKLER, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione Europea: il caso Römer*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 10/2011, pagg. 1980-1992.

⁵⁰⁹ Cfr. M. DI FRANCESCO, *Parità dei diritti pensionistici per le coppie omosessuali registrate*, op. cit., pag. 808.

congedo straordinario e il premio di matrimonio previsti dal contratto collettivo. Tuttavia, tale richiesta veniva rigettata in quanto la sua situazione non era equiparabile a quella di cui godevano le persone coniugate. Tuttavia, all'epoca in cui si sono verificati i fatti di cui si discute, la Francia riconosceva alle coppie omosessuali soltanto la possibilità di contrarre un *PACS*, per cui le stesse, non potendo accedere all'istituto del matrimonio, non avrebbero potuto ottenere in altro modo i benefici di cui sopra. Per tale motivo, la Corte di cassazione francese adiva la Corte di giustizia, ritenendo che i benefici oggetto della controversia rientrassero nell'ambito di applicazione della Direttiva 2000/78 e che la loro subordinazione ad una determinata condizione di stato civile rappresentasse un elemento apparentemente neutro, suscettibile, però, di determinare una discriminazione indiretta a svantaggio dei lavoratori omosessuali. Al Giudice europeo veniva, dunque, chiesto se la scelta del legislatore di riservare il matrimonio alle coppie eterosessuali costituisca una giustificazione legittima dello svantaggio arrecato alle coppie omosessuali e se, pertanto, ciò valesse ad eliminare qualsiasi ipotesi di discriminazione.

La Corte chiarisce che le prestazioni il cui godimento è stato rifiutato al Sig. *Hay* rientrano nell'ambito di applicazione della Direttiva 2000/78. Essa, affrontando la questione relativa alla comparabilità tra coppie coniugate e coppie che abbiano dato vita ad un *PACS*, sostiene che, dal momento che alle coppie omosessuali all'epoca dei fatti era concessa soltanto la possibilità di accedere a tale ultimo istituto, la loro situazione, per ciò che concerne le richieste formulate dal ricorrente davanti al giudice nazionale, sono equiparabili.

Per il Giudice europeo la disciplina francese prevede una discriminazione diretta, come tale giustificabile soltanto per motivi di sicurezza pubblica, tutela dell'ordine pubblico, prevenzione dei reati, nonché tutela della salute, dei diritti e delle libertà altrui, nessuno dei quali è ravvisabile nel caso di specie. In conclusione, per la Corte: «l'articolo 2, paragrafo 2, lettera a), della Direttiva 2000/78 deve essere interpretato nel senso che esso osta a una disposizione di un contratto collettivo, come quella di cui trattasi nel procedimento principale, a termini della quale a un lavoratore dipendente unito in un *PACS* con una persona del medesimo sesso sono negati benefici, segnatamente giorni di congedo straordinario e premio stipendiale, concessi ai dipendenti in occasione del loro matrimonio, quando la normativa nazionale dello Stato membro interessato non consente alle persone del medesimo sesso di sposarsi, allorché, alla luce della finalità e dei

presupposti di concessione di tali benefici, detto lavoratore si trova in una situazione analoga a quella di un lavoratore che contragga matrimonio»⁵¹⁰.

Secondo parte della dottrina, nel caso in esame la Corte ha costruito il giudizio antidiscriminatorio in modo da ottenere il massimo degli strumenti a sua disposizione⁵¹¹. Peraltro, alcuni⁵¹² ritengono che la Corte sembra rivolgere un monito nei confronti dei legislatori nazionali ai quali non è consentito introdurre discipline discriminatorie sulla base dell'orientamento sessuale, andando forse oltre l'ambito di stretta applicazione della Direttiva 2000/78, dal momento che essa, infatti, sembra, piuttosto, entrare nel vivo della questione sottesa al trattamento delle coppie omosessuali.

Sebbene alcuni autori⁵¹³ abbiano messo in luce come soprattutto le pronunce relative ai casi *Romer* e *Maruko* siano destinate ad avere scarso seguito all'interno dell'UE, soprattutto perché l'UE non ha competenza in materia di stato civile, tuttavia, pare non del tutto infondato riconoscere un particolare merito a tali sentenze nella misura in cui le stesse hanno chiarito che il riconoscimento di particolari prestazioni previdenziali o benefici derivanti dallo *status* di lavoratore non può essere condizionato dal solo fatto che l'ordinamento tratti in maniera più o meno simile l'istituto del matrimonio e altre forme di unioni. Un aspetto di particolare rilievo, infatti, va ravvisato nelle indicazioni della Corte circa l'obbligo degli Stati di rispettare il principio di non discriminazione contenuto nella Direttiva 2000/78 anche laddove gli stessi esercitino la propria potestà normativa in settori di loro competenza. Si, potrebbe, infatti sostenere che attraverso tale monito la Corte abbia voluto ancora una volta sottolineare la centralità del principio di uguaglianza formale all'interno dell'ordinamento europeo, il quale imponendo agli Stati di attuare condizioni di parità nelle condizioni di lavoro, di fatto, si pone come limite all'esercizio della potestà legislativa degli Stati anche in settori che non rientrano direttamente nella competenza dell'UE.

Nell'attuale contesto sociale europeo, caratterizzato da una forte eterogeneità, resa ancora più evidente a seguito dell'espansione dell'UE ai 28 - ora 27 - Stati membri, istanze di

⁵¹⁰ Punto 47 della sentenza Hay.

⁵¹¹ Cfr. F. RIZZI, *Il caso "Hay" e la Corte di giustizia: una nuova dottrina contro la discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2015, pag. 52.

⁵¹² Come peraltro sottolinea V. VALENTI, *Verso l'uropeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UEC-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in www.forumcostituzionale.it del 24 febbraio 2014.

⁵¹³ In particolare M. M. WINKLER, *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso*, op. cit.

tutela provengono oggi anche da coloro che non sono cittadini europei ma che vivono all'interno dei diversi Stati membri e, pertanto, contribuiscono a formare la società europea. A seguito dei forti flussi migratori avvenuti negli ultimi anni, l'Europa ha dimostrato una certa fragilità nella capacità di affrontare le nuove esigenze, ed emergenze, provenienti dalla società. Senza soffermare l'attenzione sulla tematica delle politiche europee in materia di migrazione e di asilo, si ritiene interessante l'analisi della sentenza del 5 novembre 2014 della Corte di giustizia. Con tale sentenza la Corte ha concluso il procedimento C-311/13 vertente sull'interpretazione della Direttiva 80/98CE, modificata dalla Direttiva 2002/74, in materia di insolvenza del datore di lavoro.

La vicenda da cui ha avuto origine il caso di specie riguardava il Sig. *Tümer*, cittadino turco, residente in Olanda dal 1988. Fino al 1995 aveva fruito di un permesso di soggiorno rilasciato con la condizione che risiedesse con la moglie, dalla quale, però, aveva divorziato nel 1996. Il Sig. *Tümer*, pur rimanendo nel territorio dei Paesi Bassi, non aveva ottenuto il permesso di soggiorno di lungo periodo, e, a partire dal 1997, aveva iniziato a lavorare in maniera discontinua. Dal 2005 egli aveva lavorato alle dipendenze di una azienda cosmetica la quale, nel 2007 aveva iniziato a versare a suo nome dei contributi previdenziali, il cui importo, però dal mese di agosto 2007 era stato versato solo in maniera parziale. Nel 2008 l'azienda veniva dichiarata fallita.

Il Sig. *Tümer*, dunque, aveva fatto domanda di una prestazione di insolvenza, che veniva tuttavia respinta dall'autorità competente. In base alla legge olandese sulla disoccupazione, infatti, il cittadino di un Paese terzo che soggiornasse in maniera irregolare in Olanda non poteva essere considerato lavoratore.

La vicenda giudiziaria giungeva innanzi al *Centrale Raad van Beroep* davanti al quale il Sig. *Tümer* sosteneva di essere un lavoratore subordinato pur essendo un cittadino extracomunitario e nonostante il suo soggiorno sul territorio olandese fosse irregolare. Il giudice del rinvio sosteneva che il ricorrente, il quale vantava crediti salariali non pagati da parte del datore di lavoro, non fosse un lavoratore subordinato ai sensi della legge sulla disoccupazione, affermando, però, che, alla luce del diritto civile, il suo rapporto con il datore era da ascrivere in un contratto di lavoro e, dunque, a tale titolo era da considerarsi lavoratore subordinato. Il giudice del rinvio, sospendendo il procedimento principale, adiva la Corte di giustizia al fine di chiedere se la Direttiva 80/98⁵¹⁴ dovesse essere

⁵¹⁴ La Direttiva prevedeva il ravvicinamento delle legislazioni statali relative alla tutela dei lavoratori nel caso di insolvenza del datore di lavoro. L'art. 2, punto 2, chiariva che tale Direttiva

interpretata in modo tale da considerare non compatibile con il diritto europeo una normativa statale in virtù della quale un cittadino extra-comunitario irregolare non fosse considerato lavoratore e, dunque, non potesse beneficiare delle misure poste a tutela dei lavoratori nel caso di insolvenza del datore ma che, allo stesso tempo, consentiva al lavoratore di agire secondo le regole del diritto civile al fine di chiedere al datore di lavoro l'adempimento dei suoi obblighi.

Il Governo olandese sosteneva che la Direttiva in questione non potesse trovare applicazione nei confronti dei cittadini di Paesi terzi che soggiornassero irregolarmente nel territorio di uno Stato membro, poiché la base giuridica della Direttiva risiedeva nell'art. 137, paragrafo 2, TCE il quale non riguardava i cittadini di Paesi terzi. Per tali ragioni, un'estensione della disciplina della Direttiva sarebbe stata contraria alla politica dell'UE in materia di immigrazione.

La Corte ritiene infondata tale eccezione sostenendo che l'obiettivo della Direttiva fosse quello di migliorare le condizioni di vita dei lavoratori, senza limitazioni nei confronti dei cittadini di Paesi terzi. Peraltro essa sottolinea che la Direttiva 2003/109, relativa allo *status* dei soggiornanti di lungo periodo, subordina il godimento della parità di trattamento delle materie elencate all'art. 11 della Direttiva⁵¹⁵, alla condizione di soggiornare legalmente nel territorio del Paese ospitante, ma, allo stesso tempo, essa non esclude in alcun modo che altri diritti possano essere riconosciuti a condizioni diverse anche ai cittadini di Paesi terzi.

Analizzando il contenuto della Direttiva 80/987, il Giudice di Lussemburgo evidenzia come essa sia volta alla tutela del lavoratore nel caso di insolvenza del datore di lavoro e mette, altresì, in risalto il fatto che, nonostante gli Stati siano liberi di definire la nozione di lavoratore, tuttavia, nel fare ciò non godono di una libertà illimitata. Innanzitutto la Direttiva non esclude che il suo contenuto possa essere applicato anche nei confronti di cittadini di Paesi terzi, né consente agli Stati di farlo. Inoltre, sebbene la Direttiva permetta di escludere talune categorie di lavoratori, a condizioni particolari, gli Stati sono comunque obbligati a prevedere altre forme di garanzia equivalenti. La normativa

non pregiudicava la definizione di lavoratore subordinato decisa dai singoli Stati.

⁵¹⁵ Il soggiornante di lungo periodo, infatti, gode dello stesso trattamento dei cittadini nazionali nell'esercizio di un'attività lavorativa subordinata o autonoma, nell'accesso all'istruzione e alla formazione personale, nelle prestazioni sociali, ecc.

olandese, non prevedendo un adeguato livello di tutela del lavoratore che soggiorni irregolarmente nello Stato membro, non soddisfa le condizioni previste dalla Direttiva.

Un aspetto particolarmente interessante delle argomentazioni della Corte riguarda quanto essa sancisce in merito alla nozione di lavoratore, che deve essere elaborata tenendo presente il fine sociale che la Direttiva si pone. Per tale motivo, la discrezionalità del legislatore statale incontra il limite del fine sociale della Direttiva. Per la Corte, il cittadino terzo che risieda in maniera irregolare all'interno di uno Stato e svolga un'attività lavorativa deve essere comunque considerato lavoratore subordinato, laddove egli eserciti un'attività retribuita alle dipendenze altrui, e ha pertanto diritto alle prestazioni cui è tenuto il datore di lavoro, anche nel caso di insolvenza di quest'ultimo.

La Corte, in questa sentenza, attraverso una interessante interpretazione teleologica, attribuisce un valore preminente al fine sociale della Direttiva, e attraverso tale tecnica riconosce un diritto fondamentale del lavoro ad un cittadino extra-comunitario che aveva svolto un'attività lavorativa in assenza del permesso di soggiorno. Tale decisione si colloca, peraltro, all'interno di uno dei terreni maggiormente problematici, ovverosia la questione irrisolta delle tutele da riconoscere ai cittadini immigrati irregolari e affronta temi particolarmente sensibili nel dibattito pubblico⁵¹⁶; tuttavia pare condivisibile lo sforzo ermeneutico compiuto dalla Corte laddove essa pone l'accento sul fine sociale della Direttiva. Allo stesso tempo, però, non è trascurabile il fatto che la Corte si sia spinta sino a chiarire quale sia il limite che incontra il legislatore statale nella definizione della figura del lavoratore subordinato.

Attraverso le decisioni qui analizzate, la Corte di Lussemburgo sembra dare una risposta concreta anche alle nuove istanze riguardanti l'ambito dei diritti sociali. Infatti, sebbene il lungo cammino per il riconoscimento e la effettiva garanzia dei diritti sociali sembra essere ancora *in fieri*, può anche osservarsi come parallelamente si stiano affacciando nuove esigenze meritevoli di tutela le quali, nell'attesa di un intervento organico da parte del legislatore, trovano, talvolta, risposte nella giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁵¹⁶ Secondo E. LONGO, *Caso Tümer: l'espansione delle garanzie sociali degli immigrati irregolari*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2015, tre sono gli aspetti suscettibili di sviluppare un forte dibattito: il diritto del lavoro europeo, in quanto, in futuro, le regole chiarite dalla Corte si applicheranno a tutti i lavoratori migranti irregolari; l'interpretazione fornita dalla Corte potrebbe essere estesa anche ad altre direttive relativi a settori diversi; il terzo aspetto riguarda la condizione dei lavoratori irregolari i quali potranno invocare tutti i diritti previsti dall'UE.

Conclusioni

Esiste una dimensione per i diritti sociali dei lavoratori nell'ordinamento UE?

Alla luce di quanto analizzato nei capitoli precedenti, si può sostenere che l'ipotesi da cui si è tratto spunto per la realizzazione di questo lavoro di ricerca sembra essere confermata, poiché si è avuto modo di verificare quanto strette e molteplici siano le connessioni tra ordinamenti interni e ordinamento sovranazionale, per cui svolgere uno studio sui diritti sociali del lavoro oggi impone di volgere lo sguardo anche verso l'ordinamento europeo. Quest'ultimo, infatti, è in grado di influenzare continuamente l'ordinamento statale attraverso atti idonei a produrre norme direttamente efficaci, contenute in regolamenti e direttive, che contribuiscono all'evoluzione dei singoli sistemi nazionali suscitando, però, talvolta, antinomie, la cui risoluzione è affidata *in primis* ai giudici, di qualsiasi ordine e grado, i quali sembrano aver definitivamente accettato il ruolo di giudici comuni dell'ordinamento europeo. Tuttavia, tale circostanza assume aspetti per certi versi problematici a causa di diversi elementi. Innanzitutto, il fatto che il compito di fornire un'interpretazione del diritto interno compatibile con le norme derivanti dall'ordinamento europeo sia stato assegnato ai giudici comuni rischia di creare disomogeneità all'interno dei singoli ordinamenti, e, altresì, tra questi stessi, rendendo l'applicazione del diritto sovranazionale incerta e non sempre predeterminabile, con conseguenti effetti negativi anche dal punto di vista del godimento dei diritti da parte del singolo.

L'attuazione a macchia di leopardo del diritto europeo rischia di acuire in maniera ancora più marcata le differenze sostanziali tra i diversi ordinamenti statali, in particolar modo, tra quelli caratterizzati da una forte e risalente tradizione liberaldemocratica, in cui centrale è la protezione dei diritti della persona, e quelli che, al contrario, si sono dotati di un sistema di garanzie democratiche in tempi più recenti. In generale, vi è il rischio che i diritti fondamentali siano considerati come il terreno privilegiato sul quale esercitare la sovranità statale, rendendo, dunque, difficile la realizzazione di una omogeneizzazione delle tutele dei singoli che aspiri, contestualmente, al miglioramento e all'ampliamento delle stesse. In quest'ottica si ritiene possano essere visti anche i casi di Regno Unito, Polonia e Repubblica ceca, i quali, sottoscrivendo il Protocollo n. 30 allegato al Trattato di Lisbona, hanno inteso circoscrivere gli effetti della Carta dei diritti fondamentali dell'UE.

Il rischio che l'attuazione del diritto sovranazionale per via giurisprudenziale possa condurre a risultati disomogenei e incerti è, altresì, corroborato dal fatto che il ricorso pregiudiziale assume il carattere dell'obbligatorietà soltanto nel caso in cui il dubbio interpretativo attanagli un giudice di ultima istanza, mentre in tutti gli altri casi esso è rimesso alla discrezionalità dell'organo giudicante che è, comunque, tenuto ad un previo tentativo di interpretazione del diritto comunitariamente conforme. Non sembra si possa escludere del tutto la possibilità che si verificano casi in cui il giudice comune, non di ultima istanza, attui un'interpretazione che valorizzi maggiormente il contesto normativo interno a discapito di quello sovranazionale, interrompendo così il processo di integrazione europea. Allo stesso tempo, però, come si è visto dalla analisi della giurisprudenza, può accadere che i giudici nazionali siano chiamati a "piegare" le regole interne al fine di assicurare l'applicazione del diritto europeo, generando in questo modo potenziali frizioni con i principi di certezza del diritto e del legittimo affidamento.

Un altro fattore che rende imprescindibile tenere presente il contesto sovranazionale nello studio dei diritti sociali risiede nelle forti connessioni che intercorrono tra questo e i singoli ordinamenti statali in materia di politica monetaria ed economica. Nel Capitolo I si è provato a ricostruire il complesso quadro normativo inerente alle politiche economiche, ed è stato possibile osservare come esso sia capace di influenzare in maniera particolarmente forte gli ordinamenti di quegli Stati che hanno aderito ai diversi Trattati che lo compongono. Emblematico, in tal senso, risulta quanto avvenuto in Italia a seguito della sottoscrizione del *Fiscal compact*, per la cui attuazione si è deciso di procedere ad una revisione costituzionale, attraverso la quale è stato inserito nella Carta fondamentale il principio del pareggio di bilancio. Senza ricostruire in questa sede l'ampio dibattito dottrinale suscitato dalla revisione costituzionale, - per il quale si rimanda al Capitolo I - si vuole in ogni caso rammentare come le voci più critiche siano state sollevate da coloro che intravedevano in tale riforma un pericolo serio e concreto per la tutela dei diritti sociali. L'introduzione del principio del pareggio di bilancio nel testo della Costituzione e il divieto di ricorso al debito avrebbero determinato, secondo tale parte della dottrina, la conseguente equiparazione tra esigenze economico-fiscali e diritti sociali i quali avrebbero subito un processo di degradazione a causa delle minori risorse economiche disponibili. Tuttavia, come si è visto, la Corte costituzionale ha dato prova di adeguare il contenuto stesso del principio *ex art. 81 Cost.*, a seconda dei giudizi che è stata chiamata a decidere, per cui non sembra irragionevole sostenere che tale riforma non sia in grado di restringere *in re ipsa* la tutela dei diritti sociali, dal momento che il loro reale godimento

dipenderà dalle scelte che il legislatore compirà di volta in volta. Questi è obbligato, o dovrebbe essere obbligato, ad assumere scelte ragionevoli, che si pongano nel solco del perseguimento dell'equilibrio di bilancio, il quale può essere realizzato anche attraverso la riduzione di costi "inutili" o mediante un più razionale utilizzo delle risorse pubbliche. Nel caso di scelte irragionevoli, il giudizio di legittimità costituzionale potrebbe permettere, in ipotesi, il ripristino dell'equilibrio violato dal legislatore.

L'influenza del diritto sovranazionale sulla tutela dei diritti sociali si fa evidente soprattutto da tale ultimo punto di vista. Infatti, se anche il legislatore italiano non avesse recepito a livello costituzionale il principio del pareggio di bilancio, in ogni caso, le sue scelte in materia economico-finanziaria risultano strettamente dipendenti da quelle dell'Unione europea; basti pensare al complesso procedimento che deve essere seguito per l'approvazione della legge di bilancio, il quale prevede un vero e proprio ciclo coordinato tra l'UE e i singoli ordinamenti statali. Dunque, nella misura in cui l'Europa è in grado di influire sulle scelte di bilancio dei Paesi membri, essa potrebbe allo stesso tempo determinare conseguenze sul piano dei diritti sociali, e, in particolare, dell'erogazione da parte degli Stati delle relative prestazioni. Tuttavia, anche in questo caso, il rischio sembrerebbe più ipotetico che immediato, e comunque necessita di una verifica sul piano dei fatti, soprattutto se si considera che l'Europa vigila affinché le politiche economiche e di bilancio dei Paesi appartenenti all'Eurozona siano in linea con gli obiettivi da essa fissati, ma spetta, in ogni caso, agli Stati decidere nel merito quali siano le misure economiche più adatte per il loro perseguimento. La tutela dei diritti sociali, dunque, dipenderà dal livello di virtuosità che ciascuno Stato saprà raggiungere.

Come accennato in apertura del presente lavoro, la crisi economica è stata considerata come il contesto storico entro il quale svolgere un'indagine sui diritti sociali dei lavoratori. Negli anni della crisi, infatti, il dibattito attorno alle ipotetiche ricadute negative sui diritti sociali è stato ampio, e diffuso è stato il timore che le più stringenti regole economiche potessero comprimere l'ambito di tutela dei diritti sociali. In effetti, alcuni aspetti della disciplina relativa ai diritti dei lavoratori sono stati interessati da riforme idonee a restringere la tutela dei lavoratori. Da tale punto di vista è emblematico il caso delle pensioni che in Italia, come in altri Paesi europei, sono state interessate da interventi legislativi volti ad una razionalizzazione della spesa pubblica, ponendo, così problemi dal punto di vista del reale godimento del diritto del singolo a tali prestazioni. Tali riforme si sono rese necessarie a seguito delle indicazioni provenienti dalle istituzioni europee che hanno rivolto chiari segnali agli Stati al fine di indurli ad introdurre

all'interno dei propri ordinamenti riforme che potessero intervenire sulla spesa pubblica destinata alle prestazioni previdenziali.

Dall'analisi sin qui realizzata, inoltre, non sono emersi casi in cui l'UE abbia adottato decisioni che avessero come fine ultimo quello di incidere in maniera diretta ed immediata sulla tutela dei diritti sociali riconosciuti e garantiti dagli Stati membri, coerentemente, peraltro, con la ripartizione di competenze tra Stati e Unione europea. Un'eccezione è rappresentata dalla nota lettera indirizzata all'Italia nel 2011, nella quale si faceva riferimento alla opportunità/necessità di introdurre delle riforme nel mercato del lavoro e nel sistema delle pensioni. Singolare appare anche il fatto che il mittente di tale comunicazione fosse la BCE, l'organo che all'interno dell'ordinamento europeo suscita maggiori perplessità in termini di democraticità, soprattutto laddove le sue decisioni esulino dal ristretto campo di sua pertinenza.

Tra i principi sui quali si regge il modello sociale europeo e ai quali deve, altresì, ispirarsi il diritto europeo, vi è quello della piena occupazione. Negli anni della crisi l'attenzione è stata però rivolta prevalentemente sull'esigenza di sviluppare meglio la c.d. *flexicurity*, sistema volto a bilanciare l'esigenza di flessibilità richiesta dalle aziende con la sicurezza invocata dai lavoratori. L'idea di *flexicurity*, tuttavia, non sempre ha sviluppato politiche occupazionali soddisfacenti, e, inoltre, essa ha, in alcuni casi, fatto prevalere il ridimensionamento della sicurezza a favore della flessibilità. Secondo parte della dottrina, a livello europeo si registra un allontanamento dai temi sociali, evidente se si pensa che nella strategia Europa 2020 non vi sono riferimenti al modello sociale europeo, ma vi è una particolare attenzione proprio sul tema della flessicurezza, mentre la disoccupazione viene considerata sotto l'aspetto del proprio carattere sociale, ma viene collocata tra i fatti privati ed individuali⁵¹⁷.

Altro elemento di particolare rilievo, che impone di collocare lo studio dei diritti sociali alle luce del contesto europeo, è l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e del nuovo valore da questo assegnato alla Carta di Nizza. Se tale documento rappresenta un fondamentale passo in avanti in quel processo di evoluzione dell'ordinamento europeo che sembrerebbe volersi dirigere verso una maggiore democratizzazione, qual è stato il suo apporto in termini pratici dal punto di vista della tutela dei diritti? La Carta di Nizza, al di là del valore simbolico che ha assunto, ha rappresentato davvero una trasformazione

⁵¹⁷ Cfr. T. BAZZANI, *Le guidelines europee in tema di politiche attive e ammortizzatori sociali e l'ipotesi di un approccio alla cittadinanza sociale*, in *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, A. PERULLI (a cura di), Padova, CEDAM, 2016, pag. 306-307.

nell'ordinamento europeo? La Carta è stata utilizzata dall'Unione come strumento per perseguire una sempre maggiore armonizzazione tra le politiche dei diversi Stati membri? Per rispondere a tale domanda, occorre innanzitutto guardare al livello normativo dell'UE per verificare se le politiche europee abbiano subito particolari influenze ad opera del contenuto, ora obbligatorio, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si tenga, però, presente un aspetto fondamentale, ovverosia che l'art. 6 del TFUE esclude espressamente la possibilità che la Carta di Nizza possa determinare un ampliamento delle competenze dell'UE definite nei Trattati. È nei Trattati, dunque, che continua ad essere contenuta la disciplina dell'ordinamento europeo, il quale, però, deve oggi attuare le proprie politiche nel rispetto dei diritti sanciti dalla Carta di Nizza. Sempre all'interno dei Trattati vanno rintracciate alcune norme fondamentali relative alla dimensione sociale europea, la quale, ai sensi dell'art. 3, paragrafo 3, TUE rientra tra gli obiettivi che l'UE intende perseguire. In tale ambito rientra la "Strategia Europa 2020" la quale si pone il fine di attuare un'economia inclusiva, che liberi dal rischio di povertà circa 20 milioni di persone entro il 2020, oltre a quello di favorire la piena occupazione all'interno dei confini dell'ordinamento europeo. Peraltro opportuno appare un richiamo alla "Consultazione pubblica sul pilastro europeo dei diritti sociali", avviata nel marzo 2016 dalla Commissione, e conclusasi il 31 dicembre 2016. Proprio a seguito di tale consultazione, il 19 gennaio 2017 il Parlamento europeo ha adottato una risoluzione sul pilastro europeo dei diritti sociali, dimostrando, forse, una nuova sensibilità nei confronti nei loro confronti, dovuta, probabilmente, alla consapevolezza che per il perseguimento di determinati obiettivi appartenenti alla dimensione sociale non siano sufficienti misure in materia economica e monetaria, ma sia soprattutto necessario creare un sistema di *welfare* sovranazionale. Nel testo della risoluzione il Parlamento mette in evidenza come sia necessario per l'Europa sviluppare ulteriormente un modello sociale europeo, «che sia integrato in un'economia sociale di mercato, dia legittimità alle persone e consenta una prosperità sostenibile e un'elevata produttività sulla base della solidarietà, la giustizia sociale e le pari opportunità, un'equa distribuzione della ricchezza, la solidarietà intergenerazionale, lo stato di diritto, la non discriminazione, la parità di genere, sistemi di istruzione universali e di alta qualità, un'occupazione di qualità e una crescita sostenibile inclusiva fonte di occupazione nel lungo termine, in linea con gli obiettivi di sviluppo sostenibile, vale a dire un modello che miri autenticamente alla piena occupazione, garantisca una protezione sociale adeguata e servizi essenziali di qualità per tutti, dia legittimità alle persone in situazioni vulnerabili, lotti contro la povertà e

l'esclusione sociale, rafforzi la partecipazione alla vita civile e politica e migliori le condizioni di vita di tutte le persone nell'UE, conseguendo gli obiettivi e i diritti stabiliti nei trattati dell'UE, nella Carta dei diritti fondamentali e nella Carta sociale europea»⁵¹⁸.

Il Parlamento europeo in tale risoluzione mette in evidenza tutte le problematiche connesse all'attuale stato del sistema sociale europeo, le quali vanno dalla disparità di trattamento tra uomini e donne nel mondo del lavoro al problema della disoccupazione, dall'aumento del numero di persone vulnerabili alla progressiva precarizzazione del mercato del lavoro, solo per citare alcuni esempi. Esso, pertanto, pone l'obiettivo della realizzazione di un modello sociale "verso l'alto", auspicando, dunque, la realizzazione di un pilastro sociale europeo, che contenga norme applicabili a tutti i Paesi membri che partecipano al mercato unico, allo scopo di mantenere condizioni di parità, e che le normative, i meccanismi di *governance* e gli strumenti finanziari pertinenti al loro raggiungimento sia applicabili in tutti i Paesi UE. Peraltro, il Parlamento reputa necessario che anche l'Europa, nelle proprie politiche economiche tenga conto del pilastro sociale europeo.

In materia di politiche sociali l'UE, ad oggi, continua, comunque, a mantenere una competenza concorrente con quella degli Stati, e in tale settore le sue politiche restano rivolte al perseguimento di un coordinamento piuttosto lento tra i diversi sistemi sociali.

La dimensione sociale dell'UE sembrerebbe non aver tratto particolare vigore dal nuovo valore assunto dalla Carta di Nizza, in quanto, pur sussistendo un programma costituito da vari obiettivi in ambito sociale, le modalità e gli strumenti attraverso cui essa opera non hanno subito particolari variazioni rispetto al periodo precedente l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Ma, se come si è detto, il diritto deve essere studiato anche nelle sue concrete estrinsecazioni, occorre, allora guardare alla giurisprudenza della Corte di giustizia.

Un elemento che è emerso in maniera piuttosto evidente dalla giurisprudenza analizzata riguarda il ruolo rivestito dalla Carta di Nizza nell'ambito della tutela dei diritti sociali dei lavoratori. Sebbene in alcune delle pronunce esaminate i giudici del rinvio abbiano chiesto alla Corte di fornire un'interpretazione di alcune disposizioni della Carta dei diritti fondamentali alla luce della quale risolvere i dubbi di compatibilità delle norme interne rispetto al diritto europeo, tuttavia, la Corte di giustizia raramente ha risposto a tali richieste. Essa, infatti, nella quasi totalità dei casi analizzati ha soffermato la propria

⁵¹⁸ Lettera b) della risoluzione.

analisi sulle fonti di diritto derivato dell'UE, dichiarando, peraltro, assorbite le questioni relative all'interpretazione della Carta di Nizza. Al contrario, in numerose occasioni gli Avvocati generali hanno dimostrato una particolare attenzione nei confronti del documento in questione, del quale hanno spesso messo in evidenza il rinnovato valore e la conseguente necessità di attribuire allo stesso un peso particolare nella risoluzione dei giudizi in via pregiudiziale. La Corte, fino ad oggi, ha evitato di affrontare la questione degli effetti diretti delle disposizioni della Carta, prediligendo, invece, il *modus operandi* con cui ha tradizionalmente agito, caratterizzato da una massima valorizzazione dei principi generali dell'UE⁵¹⁹ sui quali essa ha fatto leva per la creazione di un sistema di diritto e di diritti di matrice giurisprudenziale.

Nonostante tale apparente indifferenza della Corte nei confronti della Carta di Nizza, non si può sostenere che il Giudice europeo abbia dimostrato il medesimo atteggiamento nei confronti dei diritti sociali dei lavoratori. In numerosi casi, infatti, la Corte è giunta a fornire un'interpretazione del diritto europeo alla luce del quale è stata ampliata la platea dei destinatari di taluni prestazioni sociali erogate dagli Stati. In tal senso un ruolo fondamentale è stato svolto dal principio di uguaglianza, nelle sue diverse declinazioni. La Corte, infatti, laddove è stata chiamata a pronunciarsi sul principio in questione ha fornito interpretazioni particolarmente estensive. L'aspetto più interessante, e allo stesso tempo anche più problematico, riguarda, tuttavia, il *modus operandi* della Corte, la quale non ha tratto dal diritto originario dell'Unione europea la base giuridica del principio in esame, ma, al contrario, essa ha operato una particolare valorizzazione delle fonti derivate e, nello specifico, delle direttive. Emblematico a riguardo risulta essere il caso del divieto di discriminazioni sulla base dell'età, ascritto dalla Corte tra i principi generali dell'ordinamento europeo, in quanto, secondo il suo giudizio, esso apparteneva alle tradizioni costituzionali degli Stati membri. Proprio alla luce di tali considerazioni, il Giudice di Lussemburgo è giunto a ritenere che, dato il valore fondamentale del principio di non discriminazione sulla base dell'età, il giudice del rinvio avrebbe dovuto disapplicare il diritto interno confliggente con la Direttiva 2000/78. Tale decisione ha suscitato aspre critiche all'interno della dottrina soprattutto per ciò che attiene all'efficacia diretta, così di fatto riconosciuta, alla Direttiva. Al di là delle pur evidenti problematiche che tale decisione può suscitare nell'ambito dei rapporti tra le fonti del

⁵¹⁹ Cfr. C. FAVILLI F. GUARRIELLO, *Non discriminazione*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, op. cit. pag. 419.

diritto e, più in generale, nel complesso dei principi generali regolanti l'ordinamento sovranazionale e i suoi rapporti con gli Stati membri, l'interpretazione del principio di uguaglianza fornita dalla Corte potrebbe condurre ad un più ampio livello di protezione dei diritti dei singoli, i quali, infatti, potrebbero fare affidamento sul fatto che gli Stati membri, nell'attuazione del diritto europeo, siano tenuti ad escludere qualsiasi tipo di trattamento discriminatorio. Tuttavia, un'applicazione così ampia e rigorosa del principio di uguaglianza formale non pare essere immune da critiche, soprattutto se si pensa che a livello europeo il principio di uguaglianza sostanziale non gode della medesima rilevanza di cui invece dispone il primo. L'aspetto più problematico riguarda l'ipotesi in cui il legislatore nazionale, nell'attuazione del diritto europeo in materia, ad esempio, di prestazioni previdenziali, introducesse norme limitative dei diritti previdenziali di tutti i lavoratori, attuando, dunque, da un lato, una rigorosa applicazione del principio di uguaglianza formale, creando, dall'altro, evidenti violazioni dell'aspetto sostanziale del principio stesso. Tali perplessità sorgono soprattutto a causa del fatto che la Corte, anche quando di fatto giunge ad ampliare il livello di tutela dei diritti sociali dei lavoratori, si sofferma esclusivamente sull'obbligo degli Stati di non introdurre discriminazioni non giustificate, senza affrontare in alcun modo le questioni relative ai diritti. Tale omissione risulta ancora più evidente a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, poiché all'interno della Carta di Nizza i diritti sociali dei lavoratori acquisiscono specifica e autonoma collocazione.

Nelle pronunce selezionate il problema relativo ai conti pubblici e alle esigenze di bilancio è emerso raramente, se non in sporadici casi in cui è stato utilizzato dai Governi degli Stati membri come elemento atto a giustificare previsioni che escludevano dall'ambito di applicazione di talune prestazioni sociali alcune categorie di soggetti. Sul punto si può dire che la Corte ha assunto atteggiamenti diversi a seconda del caso; infatti, laddove gli Stati membri hanno argomentato che l'erogazione di determinate prestazioni sociali dovesse essere limitato esclusivamente a favore dei cittadini dello Stato, ovvero a favore di cittadini europei economicamente attivi, per esigenze di contenimento della spesa pubblica, la Corte ha ritenuto valide le ragioni dello Stato e, dunque, giustificate le disparità di trattamento basate sulla cittadinanza. Al contrario, in altri casi, il Giudice di Lussemburgo ha ritenuto che le esigenze di bilancio non valessero a giustificare un imperfetto adeguamento dell'ordinamento interno alle norme di diritto europeo, relative, ad esempio, alla disciplina dei contratti di lavoro a tempo determinato nel settore pubblico.

Di particolare interesse si è rivelata l'analisi della giurisprudenza in materia di prestazioni previdenziali, laddove è emerso lo stretto legame che intercorre tra queste e la libertà di circolazione dei lavoratori. Dallo studio delle pronunce selezionate, infatti, si evince come tanto il legislatore europeo, quanto la Corte di giustizia, intendano perseguire un coordinamento delle politiche statali in tale materia al solo ed esclusivo fine di evitare che una riduzione dei diritti previdenziali dei lavoratori migranti possa interferire con un pieno esercizio della libertà di circolazione e, di conseguenza, con un ottimale sviluppo del mercato unico.

Volendo trovare un *fil rouge* nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si può affermare che essa di fatto opera in modo tale da preservare la scelta politica fatta dal legislatore europeo, con il quale non vuole interferire. Vanno lette in questo senso le pronunce in cui la Corte valorizza in maniera particolarmente estesa il principio di uguaglianza e la libertà di circolazione delle persone e giunge, in via indiretta, ad ampliare la tutela di taluni diritti sociali dei lavoratori che, al contrario, non risultano mai essere l'oggetto principale dell'indagine della Corte di giustizia. I diritti sociali dei lavoratori, spesso, assumono rilievo nella misura in cui contribuiscono alla piena realizzazione del mercato unico, non, invece, perché funzionali allo sviluppo della persona del lavoratore.

La Corte di giustizia, sebbene non abbia dimostrato nelle pronunce analizzate, di voler valorizzare particolarmente il testo della Carta di Nizza, tuttavia, rappresenta all'interno dell'ordinamento europeo il soggetto che più degli altri è in grado di contribuire alla progressiva formazione di una dimensione dei diritti in Europa, e tale aspetto risulta emergere soprattutto nelle decisioni *Maruko*, *Römer* e *Hay* in occasione delle quali la Corte ha di fatto esteso la platea dei destinatari di determinati diritti sociali, includendovi soggetti che il relativo ordinamento di appartenenza aveva voluto escludere. Che dietro a tali decisioni vi fosse un particolare disegno politico previamente determinato dalla Corte, non è dato sapere; ciò che conta è osservare come la Corte sia, talvolta, capace di pervenire a risultati positivi per i soggetti che rivendicano determinati diritti, come, peraltro, dimostra il caso *Tümer*.

La giurisprudenza del Giudice di Lussemburgo è, dunque, idonea ad incidere profondamente nella vita degli ordinamenti statali, anche quando essi non sono i diretti destinatari di una sua pronuncia. Emblematico a tal riguardo risulta essere il caso *Laval*, il quale ha indotto sia l'ordinamento svedese che quello danese ad adeguare la propria normativa in materia di sciopero e di contrattazione collettiva al contenuto della sentenza della Corte di giustizia. Oltretutto il *Laval quartet* aveva innescato una particolare

attenzione nei confronti del diritto di sciopero anche in seno all'UE, come dimostra la proposta di "Regolamento Monti II" con la quale la Commissione aveva dichiarato di voler adeguare l'ordinamento europeo alla giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine di garantire una piena tutela dei diritti dei lavoratori temporaneamente distaccati all'estero, riconoscendo al diritto di sciopero il medesimo rango della libertà di prestazione dei servizi, e chiarendo i principi generali e le norme dell'UE applicabili all'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni sindacali nel quadro della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento. Tuttavia, tale progetto non è stato realizzato, per cui la materia risulta essere ancora disciplinata dai singoli ordinamenti statali.

In virtù di quanto fino ad ora esposto, si può sinteticamente sostenere che nell'ambito dei diritti connessi al lavoro, l'UE sino ad oggi si sia attenuta ad un rigoroso rispetto della distribuzione delle competenze condivise con gli Stati membri. Sono questi ultimi, infatti, i veri titolari della politica sociale i quali sono tenuti solo a coordinare le proprie politiche in maniera tale da non incidere negativamente su alcuni dei tratti peculiari dell'ordinamento UE, tra i quali, ad esempio, la libertà di circolazione dei cittadini europei, o meglio, dei cittadini lavoratori europei. Tuttavia, al proprio interno essi sono liberi di definire le politiche sociali più adeguate, con l'unico limite del rispetto del principio di uguaglianza, il quale può subire deroghe in casi circoscritti.

Come si è visto con riguardo, ad esempio, al tema dei congedi parentali, le politiche sociali degli Stati membri non sono solo foriere di trattamenti differenziati tra i cittadini nazionali e gli altri cittadini europei ma, talvolta, esse prevedono situazioni discriminatorie anche all'interno della medesima categoria dei lavoratori nazionali, laddove, ad esempio, permangono differenze di trattamento sulla base del sesso o sulla base delle diverse tipologie contrattuali. Emblematici a tal riguardo sono il caso dei congedi parentali riconosciuti soltanto in via residuale al padre lavoratore, e il caso del congedo di maternità di cui possono godere in maniera piena solo le lavoratrici subordinate, generando, perciò dubbi di legittimità della Direttiva 92/85 rispetto agli articoli 33 e 34 della Carta di Nizza. Nelle relative sentenze, la Corte di Lussemburgo, dunque, non ha accennato all'ipotesi di verificare la compatibilità tra tale Direttiva e il diritto originario UE, per cui essa non pare aver assunto i connotati tipici del giudice costituzionale, ma, al contrario, sembra rivendicare il ruolo di custode del diritto derivato europeo.

Provando a trarre delle conclusioni da tutto quanto sin qui osservato, si può notare la persistenza di due forze contrapposte che incidono parallelamente sulla dimensione dei diritti sociali dei lavoratori nell'ordinamento multilivello.

Da un lato, le politiche economiche stabilite a livello sovranazionale tendono ad incidere indirettamente sui diritti sociali, come dimostrano, ad esempio le riforme attuate nel mercato del lavoro, il quale vira sempre più verso una maggiore flessibilizzazione, o come si evince riflettendo sulle modifiche apportate ai sistemi pensionistici, volte a ridurre la spesa pubblica, coerentemente alle esigenze economiche dell'UE.

Dall'altro, la dimensione sociale risulta tuttora appartenere prevalentemente al diritto degli Stati membri, i quali, dunque, sono i veri titolari della tutela dei diritti sociali dei lavoratori. Pertanto, essi possono ipoteticamente subire delle limitazioni a causa delle politiche economiche europee. Tuttavia quanto indicato dal Parlamento europeo circa i futuri obiettivi che dovranno essere realizzati nell'ambito del pilastro sociale europeo apre uno spiraglio di fiducia sul futuro dei diritti sociali dei lavoratori e, altresì, dell'Europa stessa. È ipotizzabile, peraltro, che laddove le indicazioni rivolte alla Commissione europea dovessero essere recepite da quest'ultima, la dimensione sociale nell'UE acquisirà un nuovo e più rilevante peso e, in questo senso, la Carta di Nizza⁵²⁰ potrà fungere da base giuridica fondamentale.

Peraltro, come sottolinea parte della dottrina, la Carta ha effettivamente ottenuto un nuovo ruolo nelle decisioni della Corte in materia di diritti fondamentali⁵²¹, dunque, in futuro anche nell'ambito dei diritti sociali il Giudice europeo potrebbe abbandonare il percorso sin qui seguito. La materia dei diritti sociali dei lavoratori potrebbe, infatti, trarre vantaggio da una giurisprudenza attenta a riempire di significati le disposizioni della Carta e dei Trattati, volta a creare un diritto sociale comune, come, peraltro, la Corte ha

⁵²⁰ Secondo parte della dottrina il c.d. sistema multilivello è stato portato a maturità e reso più stringente grazie all'obbligatorietà della Carta di Nizza, le cui clausole orizzontali tendono a rendere compatibili tra loro le diverse fonti relative alla tutela dei diritti fondamentali. Tuttavia le più recenti tendenze della Corte dimostrano una particolare cautela della stessa nella applicazione della Carta di Nizza, come dimostra la richiesta che la Corte rivolge ai giudici comuni i quali sono tenuti a dimostrare l'incidenza pratica del diritto europeo nel disciplinare la fattispecie concreta. Sul punto si veda G. BRONZINI, *Lo stato della giurisprudenza «multilivello» in materia sociale: il secondo rapporto sui diritti fondamentali in Italia*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2016 pag.135-137.

⁵²¹ Tanto è quanto sottolineato da P. CHIECO, *“Riforme strutturali” del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2015, pag. 385 e ss.; F. BESTAGNO, *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2015, pag. 260 e ss.

fatto per le libertà fondamentali, quando ha svolto un ruolo suppletivo del legislatore europeo. È fondamentale creare un sistema di diritti sociali dei lavoratori che trovi nell'ordinamento europeo la propria dimensione, poiché si sarà effettivamente cittadini europei soltanto quando si potrà godere di un corredo di diritti di cittadinanza, intrinsecamente connessi ai diritti del lavoro. I diritti sociali, infatti, nella prospettiva connessa alla condizione lavorativa, rappresentano «diritti strumentali all'inclusione sociale del titolare nella comunità che li afferma ovvero costitutivi di una cittadinanza sociale fondata sulla garanzia di un determinato livello quali-quantitativo di benessere»⁵²². La cittadinanza sociale si differenzia dalla c.d. cittadinanza politica in quanto la prima, a differenza di quest'ultima, è una cittadinanza dinamica e proattiva, dipendente dalla realizzazione dei diritti sociali e, dunque, condizionata dall'attivazione del decisore politico che ha scelto di riconoscerla. La cittadinanza sociale, dunque, implica dei costi in capo alla comunità che deve attivarsi per realizzarla. La differenza tra le due tipologie di cittadinanza si misura anche quantitativamente, dal momento che quella sociale può essere garantita anche a coloro che non sono titolari di quella politica. Per questo motivo, dunque, nella prospettazione dei diritti sociali è fondamentale il ruolo svolto dagli ordinamenti appartenenti a livelli diversi e le rispettive fonti⁵²³.

Uno dei problemi più evidenti sottesi alla tutela dei diritti dei lavoratori all'interno dell'ordinamento sovranazionale riguarda il finanziamento delle prestazioni sociali, le quali, allo stato attuale, rimangono di competenza statale. La tutela a livello europeo di tali diritti è ispirata al principio della sussidiarietà verticale che, mentre nel caso delle competenze è auspicata dal livello nazionale, in quello del finanziamento è, invece, indesiderata. Anche se negli anni i vari fondi speciali dell'UE hanno previsto degli strumenti di sostegno finanziario focalizzati sulla dimensione sociale, soprattutto nella direzione della occupazione/occupabilità e inclusione sociale, ad oggi sono in ogni caso gli Stati a subire l'onere finanziario, dal momento che manca un sistema di prestazioni sociali direttamente riconducibili all'UE.

In conclusione, il cammino dei diritti sociali dei lavoratori all'interno dell'ordinamento dell'Unione europea è ancora incerto, anche se non del tutto interrotto. È evidente come i diritti dei lavoratori risentano ancora oggi del loro ruolo originario, funzionale, cioè, allo

⁵²² Cit. E. ALES, *Diritti sociali nella discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettazione giuslavoristica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2015, pag. 456.

⁵²³ Cfr. E. ALES, *Diritti sociali nella discrezionalità del legislatore*, op. cit., pag. 456.

sviluppo del mercato. Proprio la scarsa attenzione nei confronti dello sviluppo della persona del lavoratore in quanto tale, e non come fattore economico produttivo, incide negativamente sulla percezione dei diritti sociali a livello europeo i quali, invece, potrebbero effettivamente rappresentare lo strumento privilegiato per una piena realizzazione della cittadinanza europea e, quindi, per un migliore sviluppo nel processo di integrazione europea.

Opere citate

- ADAM R., TIZZANO A., *Lineamenti di diritto dell'Unione europea*, terza edizione, Giappichelli, Torino, 2016
- ADINOLFI A., *La libertà di circolazione delle persone e la politica dell'immigrazione*, in *Diritto dell'Unione europea. Parte speciale*, G. STROZZI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015
- ALAIMO A., *Da «Lisbona 2000» a «Europa 2020». Il «modello sociale europeo» al tempo della crisi: bilanci e prospettive*, in *RIDL*, n. 3/2012, pagg. 219-244
- ALAIMO A. E CARUSO B., *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*
- ALES E., *Diritti sociali nella discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, pagg. 455-495
- ALGOSTINO A., *Costituzionalismo e Trattato di Lisbona: l'insostenibile pesantezza del mercato*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2009, pagg. 835-853
- AMALFITANO C. E CONDINAZZI M., *Unione europea: fonti, adattamento e rapporti tra ordinamenti*, Torino, Giappichelli, 2015
- AMATO G., *Il Trattato di Lisbona e le prospettive per l'Europa del XXI secolo*, in *Le nuove istituzioni europee* Bologna, Il Mulino, 2010
- ANGIOLINI V., *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, A. ANDREONI B. VENEZIANI (a cura di) Roma, Ediesse, 2009
- ANZON A., *Principio democratico e controllo di costituzionalità sull'integrazione europea nella "sentenza Lissabon" del Tribunale costituzionale federale tedesco*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 6/2009, pagg. 5213-5250
- ANZON A., *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico dell'erario*, in *Osservatorio costituzionale*, settembre 2015
- AZZARITI G., *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa* Comunicazione al Seminario interdisciplinare sul tema *Attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro organizzato dall'Associazione italiana di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e dall'Associazione italiana dei costituzionalisti a Roma il 24 giugno 2008*, in *Archivio rivista AIC* 13 maggio 2009

- BARBERA A., *Esiste una “costituzione europea”?*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2000, pagg. 59-81
- BARBERA A., *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015, 15 maggio 2015
- BARBERA A., *L'Europa di fronte alle tragedie nel Mediterraneo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015 pagg. 783-785
- BARBERA A., “Costituzione della Repubblica italiana”, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2016, pagg. 263-358
- BARGIACCI P., *Diritto dell'Unione europea. Istituzioni, norme, politiche*, Ariccia, Aracne editrice, 2015
- BARTOLE S., “Costituzione (Dottrine generali e diritto costituzionale)”, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, Torino, Utet, 1989 Vol. IV, pagg. 288-321
- BASSANINI F. E TIBERI G., *Introduzione alla seconda edizione*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI e G. TIBERI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010
- BAZZANI T., *Le guidelines europee in tema di politiche attive e ammortizzatori sociali e l'ipotesi di un approccio alla cittadinanza sociale*, in *L'idea di diritto del lavoro, oggi. In ricordo di Giorgio Ghezzi*, A. PERULLI (a cura di), Padova, CEDAM, 2016
- BERGONZINI C., *Note a margine di Corte cost. n. 10 del 2015: uno sguardo al merito (e alle fonti)*, in www.forumcostituzionale.it, 27 aprile 2015
- BERTOLISSI M., in *Fiscalità e spesa pubblica*, in *Rassegna di diritto pubblico europeo* n. 1/2016 pagg. 29-50
- BESTAGNO F., *I rapporti tra la Carta e le fonti secondarie di diritto dell'UE nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, n. 2/2015, pagg. 259-278
- BIFULCO D., *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene editore, 2003
- BILANCIA P., *La nuova governance dell'Eurozona: alla ricerca del demos*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica. Atti del Convegno di Roma, 26-27 aprile 2012*, F. ANGELINI – M. BENVENUTI (a cura di), Napoli, Jovene editore, 2012
- BILANCIA P., *Note critiche sul c.d. 'pareggio di bilancio'*, in *Rivista AIC*, n. 2/2012
- BIN R., *Quando i precedenti degradano a citazioni e le regole evaporano i principi*, in www.forumdiquadernocostituzionali.it, 27 aprile 2015
- BOLLANI A., *Diritto del lavoro dell'Unione europea e del mondo globalizzato*, Bologna, Bononia University press, 2011

- BOZZAO P., *Parto gemellare e raddoppio del congedo parentale: lo stop del giudice europeo (Corte di giustizia, sezione prima, 16 settembre 2010, causa C-149/10). Con nota*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza sociale*, n. 1/2011, pagg. 257-275
- BRANCATI B., *Il bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un'analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali*, Servizio Studi della Corte costituzionale, gennaio 2015
- BROBER M, E N. FENGER, *Preliminary references to the European Court of justice*, Oxford, Oxford Press, 2014
- BRONZINI G., *Il modello sociale europeo*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI, G. TIBERINI, (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010
- BRONZINI G., *La Corte di giustizia e il principio di non discriminazione per età: al giudice ordinario il compito di chiudere il sistema*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 4/2016, pag. 999-1008
- BRONZINI G., *Lo stato della giurisprudenza «multilivello» in materia sociale: il secondo rapporto sui diritti fondamentali in Italia*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2016, pagg. 131-137
- CABRAS D., *Su alcuni rilievi critici cl c.d. “pareggio di bilancio”*, in *Rivista AIC*, n. 2 /2012, 08 maggio 2012
- CALAFÀ L., *Tra norma inderogabile e diritto antidiscriminatorio: il caso della tutela dei lavoratori intermittenti in attesa della Corte di giustizia*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2016, pagg. 692-695
- CALVANO R., *“Cattivi consigli” sulla “buona scuola”? La Corte esclude il risarcimento del danno per i docenti precari della scuola in violazione della sentenza della Corte di giustizia sul caso Mascolo (nota a sentenza n. 187 del 2016)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2016, 1/11/2016
- CARABELLI U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Bari, Cacucci editore, 2009
- CARABELLI U., *Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di Giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea* 2/2011
- CARAVITA B., *Quanta Europa c'è in Europa?*, Torino, Giappichelli, 2015
- CARETTI P., *Diritti fondamentali. Liberà e diritti sociali*, Giappichelli, 2011
- CARINCI F., DE LUCA R., TAMAJO, P. TOSI, T. TREU, (a cura di), *Diritto del lavoro. Il*

- rapporto di lavoro subordinato*, Utet, Torino, 2008
- CARINCI F., *Jobs act, atto I. La legge n. 78/2014 fra passato e futuro*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n.1/2015, pagg. 5-57
- CARTABIA M., *I diritti fondamentali e la cittadinanza dell'Unione in Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona, Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI E G. TIBERI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010
- CARTABIA M., *L'ora dei diritti fondamentali nell'Unione europea*, in *I diritti in azione*, M. CARTABIA (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2007
- CARTABIA M., *La Carta di Nizza, i suoi giudici e l'isolamento della Corte costituzionale italiana*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna e confronto*, A. PIZZORUSSO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003
- CARTABIA M., WEILER J. H., *L'Italia in Europa: profili istituzionali e costituzionali*, Bologna, Il Mulino. 2000
- CARUSO B. E FONTANA G., (a cura di) *Lavoro e diritti sociali nella crisi europea: un confronto fra costituzionalisti e giuslavoristi*, Bologna, Il mulino, 2015
- CARUSO B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in *WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT*, n. 61/2008
- CARUSO C., MORRONE A., *Articolo 20 - Uguaglianza davanti alla legge*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, F. PAPPALARDO O. RAZZOLINI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017
- CASILLO R., *L'innalzamento dell'età di pensione: profili problematici*, in *L'accesso alla sicurezza sociale*, M. ESPOSITO G. DELLA PIETRA (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015
- CHIECO P., *"Riforme strutturali" del mercato del lavoro e diritti fondamentali dei lavoratori nel quadro della nuova governance economica europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 3/2015, pagg. 359-410
- CHITI M. P., *La crisi del debito sovrano*, in *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità. Atti del 58° Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2013
- CHITI P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 5/2012, pagg. 744-757.

- CIOLLI I., *I diritti sociali*, in *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), Napoli, Jovene
- CIRILLO G. P., *La frammentazione della funzione nomofilattica tra le Corti supreme nazionali e le Corti comunitarie*, in *Rivista italiana di diritti pubblico comunitario*, n. 1/2014, pagg. 23-37
- CIVITARESE M. S., GUARRIELLO F., PUOTI P., *Introduzione in Diritti fondamentali e politiche dell'Unione Europea dopo Lisbona*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2013
- CLEMENTI F., *Il Trattato di Lisbona: dalla Convenzione europea del 2003 alla sua entrata in vigore*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI, G. TIBERINI, (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010
- COFRANCESCO G e F. BORASI, *Separazione dei poteri e cultura dei diritti. Profili di diritto pubblico comparato* Torino, Giappichelli, 2014
- CORAZZA L. e R. ROMEI, *Il puzzle delle trasformazioni*, in *Diritto del lavoro in trasformazione*, L. CORAZZA E R. ROMEI (a cura di), Il Mulino, Bologna, 2014
- COSIO R. – FOGLIA R. (a cura di), *Il diritto europeo nel dialogo delle corti*, Milano, Giuffrè, 2013
- COSIO R., *La Corte di giustizia e i diritti fondamentali*, in *RIDL*, n. 1/2012, pagg. 311-342
- COSIO R., *La Corte di giustizia precisa i limiti dell'efficacia dei diritti fondamentali nei rapporti tra privati*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 10/2014, pagg. 876-882
- COSTAMAGNA F., *“Chi non lavora ...”: Alcune considerazioni su cittadinanza europea, solidarietà e accesso ai benefici sociali a margine della sentenza Dano*, in <http://www.sidi-isil.org/sidiblog/?p=1192>, 25 novembre 2014
- COSTANZO P., *Ordinamento giudiziario e giurisdizione costituzionale dell'Unione europea*, in P. Costanzo, L. Mezzetti, A. Ruggeri, *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*
- COSTANZO P., *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea, Relazione alle Primeras Jornadas Internacionales de Justicia Constitucional (Brasil-Espana-Italia), Belém do Pará (Brasil), 25 e 26 de agosto – Verano 2008*, in www.giurcost.org
- COZZI A. O., *Un conflitto costituzionale silente: Corte di giustizia e deferenza verso il legislatore europeo nella più recente giurisprudenza sulla cittadinanza e sul riconoscimento di prestazioni sociali*, in *Costituzionalismo.it*, n. 3/2016

- D'AURIA G., *Intervento*, in AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: atti del 58. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, promosso da Provincia di Lecco, Corte dei conti: Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2012*, Milano, Giuffrè, 2013
- DE FELICE A., *I congedi parentali: un diritto fragile*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2014, pag. 701-710
- DE FIORE A., *Trasferibilità del congedo facoltativo di maternità al padre in regime previdenziale non corrispondente a quello della lavoratrice beneficiaria*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2014, 722-730
- DE GIOVANNI B., *L'ambigua potenza dell'Europa*, Napoli, Giuda, 2002
- DE GIOVANNI B., *L'Europa, oggi*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 1/2012, pagg. 9-21
- DE LUCA M., *Contratto di lavoro a tempo indeterminato a tutele crescenti e nuovo sistema sanzionatorio contro i licenziamenti illegittimi: tra legge delega e legge delegata*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT*, n. 252/2015
- DE LUCIA L., *'Pastorato' e 'disciplinamento' nella governance economica europea. Diritto e razionalità economica a seguito della crisi*, in *Diritto pubblico*, n. 3/2015, pagg. 867-908
- DE MARTINO F. R., in *Parlamento nazionale e decisione comunitaria*, in *Il diritto costituzionale comune europeo. Principi e diritti fondamentali*, M. SCUDIERO (a cura di), Napoli, Jovene editore, 2002, Tomo I
- DE MICHELE V., *La sentenza Mascolo della Corte di giustizia sul precariato pubblico e i controversi effetti sull'ordinamento interno*, in www.europeanrights.it
- DE MICHELE V., *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro nazionale: un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, R. FOGLIA R. COSIO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011
- DE MICHELE V., *Trattato di Lisbona e diritto del lavoro italiano: alla ricerca di un nuovo sistema costituzionale delle fonti e delle tutele*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 2/2010, pagg. 113-127
- DE MICHELE V., *Sul contratto a termine la Corte di giustizia supera la prima "disfida postale" di Barletta/Trani*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 9/2010, pag. 370-386
- DE PASQUALE T., *Problemi interpretativi della nozione giuridica di cittadinanza: un concetto «europeizzato» di diritto pubblico interno? La controversa relazione tra cittadinanza dell'Unione europea e cittadinanze nazionali degli Stati membri*, in

- Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, n. 3-4/2014, pagg. 445-479
- DE SALVIA A., *La proposta di «Regolamento Monti II» in materia di sciopero*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, n. 3/2012, pagg. 247-266
- DI FRANCESCO, *Parità dei diritti pensionistici per le coppie omosessuali registrate, (Corte di giustizia, grande sezione, 10 maggio 2011, causa C-147/08). Con note*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 3/2011, pagg. 807-810
- DI PLINIO G., *Nuove mappe del caos. Lo Stato e la costituzione economica della crisi globale*, in *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, G.C. FERONI, G. F. FERRARI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2012
- DIPAOLANTONIO A., *Il contratto a tempo determinato e il diritto dell'Unione*, in *Manuale del diritto europeo del lavoro e della previdenza sociale*, G. ZACCARDI (a cura di), Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 2015
- DONATI F., *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014
- EMILIANI S. P., *La portabilità dei fondi di previdenza complementare come «vantaggio sociale»*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 3/2011, pagg. 633-662
- FABRE C., *Social Rights in European Constitutions, Social rights in Europe*, G. DE BÛRCA B. DE WITTE, London, Oxford press, 2005
- FAVILLI C. GUARRIELLO , *Articolo 21 - Non discriminazione*, in *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, F. PAPPALARDO O. RAZZOLINI (a cura di), Milano, Giuffrè, 2017
- FERNI F. G., *Organismi sovranazionali e legittimazione democratica. Spunti per una riflessione*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2016, 19 ottobre 2016
- FERRARA G., *Verso la Costituzione europea?*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2002, pagg. 161-183
- FERRARESE M. R., in *La crisi tra liberalizzazioni e processi di governance*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica: la costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, R. BIFULCO O. ROSELLI, (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013
- FERRARO F., *La responsabilità risarcitoria degli stati per violazione del diritto dell'Unione*, Torino, Giuffrè, seconda edizione, 2012
- FIENGO G., *La nuova frontiera dei diritti sociali e della cittadinanza europea alla luce del Trattato di Lisbona*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2015, pagg. 1029-1046

- FIORAVANTI M., *Cultura costituzionale e trasformazioni economico-sociali*, in *Crisi economica e trasformazioni della dimensione giuridica*, in *La costituzionalizzazione del pareggio di bilancio tra internazionalizzazione economica, processo di integrazione europea e sovranità nazionale*, R. BIFULCO, O. ROSELLI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2013
- FOGLIA R., *La politica sociale nell'ordinamento dell'Unione*, in *Il diritto del lavoro nell'Unione europea*, R. Foglia, R. Cosio (a cura di), Milano, Giuffrè, 2011
- FORLIVESI M., *La clausola sociale di garanzia del salario minimo negli appalti pubblici al vaglio della Corte di Giustizia europea: il caso Bundesdruckerei*, in *Rivista Italiana di diritto del lavoro*, n. 2/2015, pagg. 558-565
- FRAGOLA M., *Temi di diritto dell'Unione europea Democrazia, governance e diritti dei singoli nell'Unione europea*, Milano, Giuffrè editore, II ed. 2015
- FUSCO A., *L'indipendenza dei giudici di Lussemburgo e Strasburgo e i profili costituzionali del diritto processuale*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2016, pagg. 747-772
- GAGLIARDI B., *Il divieto di discriminazione in ragione dell'età nell'ordinamento europeo e i pubblici concorsi – il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2015, pagg. 233-242
- GARGIULO P., (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea : quale modello sociale europeo?* Napoli, Editoriale scientifica, 2011
- GHERA F., *I precari della scuola tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e giudici comuni*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 1/2015, pagg. 258-266
- GIRELLI N., *Parità di trattamento e divieto di discriminazione*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, F. CARINCI A. PIZZOFERRATO (a cura di), Torino, Giappichelli editore, 2015
- GIUBBONI S., *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, Il Mulino, 2003.
- GIUBBONI S., *Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato europeo*, in *La costituzione economica: Italia, Europa*, C. Pinelli, T. Treu (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010
- GIUBBONI S., *Profili costituzionali del contratto di lavoro e tutele crescenti*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2015
- GIUBBONI S., *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e solidarietà transnazionale: un riesame critico*, in *Politiche sociali*, n. 1/2016, pagg. 169-184

- GIUBBONI S., *EU internal migration law and social assistance in times of crisis*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 2/2016, pagg. 247-269
- GIUPPONI T., *Il principio costituzionale dell'equilibrio di bilancio e la sua attuazione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2014, pagg. 51-77
- GRASSO G., *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012
- GRASSO G., *Le parole della Costituzione e la crisi economico-finanziaria*, in *Osservatorio costituzionale*, 4 febbraio 2016
- GRIECO A., *Il rapporto tra ferie e malattia nuovamente al vaglio della Corte di giustizia*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 2/2010, pagg. 548-556
- GUAZZAROTTI A., *Crisi economica e ruolo delle Corti. Quali contrappesi alla governance europea e internazionale*, in *Diritto Pubblico*, n. 3/2013, pagg. 1011-1049
- GUELLA F., *La Corte di giustizia tra diritti costosi e esigenze organizzative/finanziarie nella sentenza sui precari della scuola* www.forumdiquadernicostituzionali.it, 4 gennaio 2015
- GUIZZI V., *Manuale di diritto e politica dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015
- HÄBERLE P., *Lo Stato costituzionale*, Istituto dell'Enciclopedia italiana, 2005
- INGRAVALLO, *La corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche e libertà fondamentali. Quale bilanciamento*, in *Il conflitto sbilanciato*, A. VIMERCATI (a cura di), Cacucci editore, 2009
- KOKOTT J., *European Central Bank*, in *Max Planck Encyclopedia of Public International Law*
- LAMANDINI M., *La riforma dell'ordinamento finanziario europeo: quali cure per i fallimenti di mercato, i fallimenti istituzionali e i fallimenti sovrani?*, in *Crisi economico-finanziaria e intervento dello Stato. Modelli comparati e prospettive*, G. C. FERONI E G. F. FERRARI (a cura di), Torino, Giappichelli, 2012
- LIBERATI F., *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, in *federalismi.it*, 15 luglio 2009
- LIETO S., *Trattare in modo eguale i diseguali? Nota alla sentenza n. 70/2015*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it, 17 maggio 2015
- LO BUE M., *Crisi economica e trasformazione delle istituzioni europee. Meccanismi*

- istituzionali di governo della recessione*, Torino, Giappichelli, 2013
- LO FARO A., *Diritti sociali e libertà economiche. Considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lavoro e diritto*, n. 1/2008, pagg. 63-96
- LONGO E., *Le relazioni giuridiche nel sistema dei diritti sociali. Profili teorici e prassi costituzionali*, Padova, Cedam, 2012
- LONGO E., *Caso Tümer: l'espansione delle garanzie sociali degli immigrati irregolari*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1/2015, pagg. 208-211
- LOREA L., *Sul congedo di paternità: orientamenti e prospettive*, in *Il diritto del mercato del lavoro*, n. 1-2/2012, pagg. 265-294
- LOY G., *Una Repubblica fondata sul lavoro*, in *L'attualità dei principi fondamentali della Costituzione in materia di lavoro*, E. GHERA E A. PACE (a cura di), Napoli, Jovene editore, 2009
- LOY G. (a cura di), *Diritto del lavoro e crisi economica: misure contro l'emergenza ed evoluzione legislativa in Italia, Spagna e Francia*, Roma, Ediesse, 2011
- LUCIANI M., *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3/2000, pagg. 367-405
- LUCIANI M., *Costituzione, bilancio, diritti e doveri dei cittadini*, in AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità: atti del 58. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, promosso da Provincia di Lecco, Corte dei conti: Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2012. Milano, Giuffrè, 2013
- LUCIANI M., in *Unità nazionale e struttura economica. La prospettiva della Costituzione repubblicana*, *Diritto e società*, n. 4/2011 pagg. 635-719
- MAGNANI M., *L'articolo 8 della l. n. 148/2011: la complessità di una norma sovrabbondante*, in *Diritto delle relazioni industriali*, n. 1 /2012, pag. 1-10
- MANZELLA A., *Il governo democratico della crisi*, in AA. VV. *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: atti del 58. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, promosso da Provincia di Lecco, Corte dei conti: Varenna-Villa Monastero, 20-22 settembre 2012, Milano, Giuffrè, 2013
- MARCHESE C., *Diritti sociali e vincolo di bilancio. Ricerca di dottrina*, Servizio studi Corte costituzionale, marzo 2015
- MARESCA A., *La contrattazione collettiva aziendale dopo l'articolo 8 del decreto legge 13 agosto 2011, n. 138*, in *Diritto delle relazioni industriali*, 1/2012, pagg. 16-23
- MARESCA M., *Il «non» diritto alla magnanimitas della Corte di giustizia europea in*

- materia di totalizzazione dei periodi contributivi*, in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, n. 1/2014, pagg. 137-139
- MARTINICO G., *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Iovene editore, 2009
- MASSA PINTO I., *Il processo d'integrazione europea*, in *Vent'anni di Costituzione (1993-2013)*, S. SICARDI, M. CAVINO, L. IMARISIO, (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2015
- MASTROIANNI R., *La responsabilità patrimoniale dello Stato italiano per violazione del diritto dell'Unione: il caso della Direttiva sull'indennizzo delle vittime dei reati*, in *Giustizia civile*, n. 1/2014, pagg. 283-318
- MENGGONI L., *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, M. Napoli (a cura di), Milano 1998
- MENGGONI L., *I diritti sociali*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, n. 1/1998, pagg. 2
- MEZZETTI L., *Principi costituzionali e forma dell'Unione*, in *Lineamenti di diritto costituzionale dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2014
- MODUGNO F. "Costituzione , I) Teoria generale", in *Enciclopedia giuridica Treccani*, Roma, 1988, col. X, pagg. 1-7
- MONACO M. P., *La giurisprudenza della Corte di giustizia sul divieto di discriminazione per età*, in *Diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 3/2010, pagg. 876-889
- MORRONE A., *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 12.09.2014
- MORRONE A., *Crisi economica e integrazione politica in Europa*, in *Rivista AIC*, n. 3/2014, 12 settembre 2014
- MORRONE A., *Pareggio di bilancio e stato costituzionale*, in *Lavoro e diritto*, n. 3/2013, pagg. 357-381
- MORRONE A., *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 110/2015, 20 maggio 2015
- MORRONE A., *Teologia economica v. Teologia politica? Appunti su sovranità dello Stato e «diritto costituzionale globale»* in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2012, pagg. 829-853
- MORTATI C., "Costituzione dello Stato (dottrine generali e Costituzione della Repubblica italiana)", in *Enciclopedia del diritto*, XI, 1962
- NATALI D., *La riforma delle pensioni in Europa: crisi, UE e modelli nazionali*, in *Politiche sociali*, n. 3/2015, pagg. 537-558

- PAOLINI C., *Nel part-time l'anzianità contributiva va calcolata come nel tempo pieno – il commento*, in *Il lavoro nella giurisprudenza*, n. 5/2016, pagg. 460-465
- PEDRAZZOLI M., *Regole e modelli del licenziamento in Italia e in Europa. Studio comparato*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 1/2014, pagg.3-54
- PERI A., *La selezione dei giudici della corte di giustizia e del tribunale dell'Unione. I poteri ed i limiti del comitato ex art. 255 TFUE. Riflessioni sull'intervista al giudice Lord Baron Jonathan Mance*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2012, pag. 1472-1493
- PICCONE V., *Il Giudice e l'Europa dopo Lisbona*, in *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione Europea dopo Lisbona*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2013
- PICCONE V., *Parità di trattamento e principio di non discriminazione nell'ordinamento integrato*, in *WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 127/2016*
- PIETROGIOVANNI V., *Ancora due nuove pronunce della Corte di giustizia sul diritto alle ferie e la malattia del lavoratore*, in *Il lavoro nelle giurisprudenza*, n. 7/2012, pagg. 681-688
- PILIA R., *I diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2005
- PINELLI C., *La Carta europea dei diritti e il processo di "costituzionalizzazione" del diritto europeo*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, A. PIZZORUSSO (a cura di), Milano, Giuffrè, 2003
- PINELLI, *I diritti sociali nello spazio europeo (sistemi di valori a confronto) in Diritto del lavoro in trasformazione* L. CORAZZA e R. ROMEI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2014
- PISAURO G., *La regola costituzionale del pareggio di bilancio: fondamenti economici*, in AA. VV., *Dalla crisi economica al pareggio di bilancio: prospettive, percorsi e responsabilità. Atti del LVIII convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2013
- PITRUZZELLA G., *Crisi economica e decisioni di governo*, in *Quaderni costituzionali*, n. 1 /2014, pagg. 29-49
- PIZZOFERRATO A., *La politica sociale europea*, in *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, F. CARINCI A. PIZZOFRERATO (a cura di), Torino, Giappichelli, 2015
- PIZZORUSSO A., *Il patrimonio costituzionale europeo*, Bologna, Il Mulino, 2002

- PLUTINO M., *Diritti fondamentali, cittadinanza e sistema europeo dei parlamenti*, in M. SCUDIERO (a cura di), *I principi fondamentali del diritto costituzionale comune tra ordinamento comunitario e Stati nazionali*, Volume II, Tomo I, Napoli, Jovene, 2002
- POIARES MADURO M. e LOÏC AZOULAI, *The past and future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Portland, Hart Publishing, 2010
- POLLICINO O., *La Corte di giustizia riconosce l'efficacia diretta orizzontale dei principi generali ma non delle direttive*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/216, pagg. 597-599
- PONTE F. V., *La tutela del diritto alle ferie: dalla protezione della salute alla razionalizzazione delle esigenze della vita non lavorativa della persona*, in *ADL*, 4-5/2014, pagg. 1205-1219
- PRINCIPATO L., *Unione europea e diritti costituzionali: ossimoro o sineddoche?*, in *Giurisprudenza costituzionale*, n.2/2016, pag. 815-839
- PUGIOTTO A., *Un inedito epitaffio per la pregiudizialità costituzionale*, in www.forumdiquadernicostituzionali.it, 3 aprile 2015
- PUOTI P., *I diritti fondamentali dell'Ue dopo "Lisbona"*, *Diritti fondamentali e politiche dell'Unione Europea dopo Lisbona*, S. CIVITARESE MATTEUCCI, F. GUARRIELLO, P. PUOTI (a cura di), Maggioli editore, Santarcangelo di Romagna, 2013
- RENGA S., *Il principio di eguaglianza di genere nei sistemi pensionistici europei*, in *Lavoro e diritto*, n.1/2012, pagg. 117-143
- REPOSO A., *Sovranità*, in *Osservatorio costituzionale*, gennaio 2015
- RIMOLI F., *Costituzionalismo societario e integrazione politica. Prime riflessioni sulle teorie funzionalistiche di Teubner e Sciulli*, in *Diritto pubblico*, n. 2/2012, pagg. 357-402
- RIZZI F., *Il caso "Hay" e la Corte di giustizia: una nuova dottrina contro la discriminazione delle coppie omosessuali*, in *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, n. 1/2015, pagg. 47-58
- RIZZO A., *Principio di uguaglianza e divieto di discriminazioni*, in *Politica e diritti sociali nell'Unione europea: quale modello sociale europeo?*, P. GARGIULO (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2011
- ROSSI E., *Commento all'art. 2 della Costituzione*, in *Commentario alla Costituzione*, R. BIFULCO, A. CELOTTO, M. OLIVETTI (a cura di), Utet, 2006
- ROSSI L. S., *Il processo di integrazione al capolinea? La sentenza della Corte Costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona*, in www.europeanrights.it, del 9 luglio

2009

- ROSSI L. S., *La Carta dei diritti fondamentali dell'UE: una sfida costituzionale*, in *La protezione dei diritti fondamentali. Carte dei diritti UE e standards internazionali*, XV Convegno Bologna, 10-11 giugno 2010, L. S. ROSSI (a cura di), Napoli, Editoriale scientifica, 2011
- RUGGERI A., *Art. 94 della Costituzione vivente: "Il Governo deve avere la fiducia dei mercati"* (Nota minima a commento della nascita del Governo Monti), in *federalismi.it*, 23 novembre 2011
- RUGGERI A., *La Corte costituzionale e la gestione sempre più "sregolata" dei suoi processi. Nota minima alla sentenza della Consulta n. 178/2015*, in *Questione Giustizia*, 27 luglio 2015
- RUGGERI, *Carta europea dei diritti e integrazione interordinamentale, dal punto di vista della giustizia e della giurisprudenza costituzionale (notazioni introduttive)*, in *Riflessi della Carta europea dei diritti sulla giustizia e la giurisprudenza costituzionale: Italia e Spagna a confronto*, A. PIZZORUSSO, R. ROMBOLI, A. RUGGERI, A. SAITTA, G. SILVESTRI (a cura di), Milano, Giuffè, 2003
- RUOTOLO M., CAREDDA M., *Virtualità e limiti del potere di regolazione degli effetti temporali delle decisioni d'incostituzionalità. A proposito della pronuncia sulla c.d. Robin Tax*, in *Rivista AIC* n. 2/2015, 17 aprile 2015
- SAITTO F., *La 'solitudine' delle Corti costituzionali? Sindacato sulle misure di austerità e protezione dei diritti sociali tra giudici nazionali e Corte EDU*, in *Diritto pubblico*, n. 1/2016, pagg. 421-450
- SALAZAR C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali. Orientamenti e tecniche decisorie della Corte costituzionale a confronto*, Torino, Giappichelli, 2000
- SALAZAR C., *Crisi economica e diritti fondamentali – Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'AIC*, in *Rivista AIC*, n. 4/2013, 11.10.2013.
- SALAZAR, *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato... a un incerto presente? Relazione al Convegno su "I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti. Il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema"* (Facoltà di Giurisprudenza, Università "Mediterranea" di Reggio Calabria, 5 Novembre 2011)
- SALTARI L., *La precarietà del lavoro nella scuola italiana nel difficile dialogo tra le corti. Il commento*, in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 2/2015, pagg. 219-232
- SATTA. V., *Profili evolutivi dello Stato sociale e processo autonomistico nell'ordinamento*

- italiano, Jovene Editore, 2012
- SBRESCIA D., *L'evoluzione del modello sociale europeo dopo il Trattato di Lisbona*, Roma, Aracne, 2011
- SCARCELLA A., *Il tempo di spostamento casa-clienti per la CGUE è orario di lavoro*, in *Igiene & sicurezza del lavoro*, n. 1/2016, pagg.5-13
- SCARLATTI P., *Democrazia e teoria della legittimazione nell'esperienza dell'integrazione europea. Contributo a una critica del costituzionalismo multilivello*, Roma, Aracne, 2010
- SCARPELLI F., *La disciplina dei licenziamenti per i nuovi assunti: impianto ed effetti del nuovo sistema del d.lgs. n. 23/2015*, in WP CSDLE "Massimo D'Antona".IT n. 252/2015
- SCHIANO *Tutela collettiva degli interessi dei lavoratori*, in *Diritti fondamentali in Europa*, P. MANZINI e A. LOLLINI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2015
- SCIARABBA V., *La sentenza Küçükdeveci e le prospettive della Giustizia costituzionale europea*, in www.europeanrights.eu, 2010
- SCIARRA S., *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà*, in *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, Il Mulino, 2007
- SCIARRA S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lavoro e diritto*, n. 2/008, pag. 245-72
- SCIARRA, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Rüffert, Lussemburgo*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione Europea*, A. ANDREONI e B. VENEZIANI (a cura di), Ediesse, Roma, 2009
- SCIARRA S., *L'Europa e il lavoro. Solidarietà e conflitto in tempo di crisi*, Bari, Laterza, 2013
- SORRENTINO F., *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Il corriere giuridico*, n. 2/2010, pagg. 145-151
- SORRENTINO F., *Le fonti del diritto italiano*, Vicenza, Cedam, 2015
- SPADARO A. *I diritti sociali di fronte alla crisi (necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile)*, in *Rivista AIC*, n. 4/2011 del 06/12/2011.
- SPEZIALE V. E A. PERULLI, *L'articolo 8 della legge 14 settembre 2011 n. 148 e "la rivoluzione di agosto" del diritto del lavoro*, in *Working Papers*, n. 132/2011
- STERN K., *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Riflessioni sulla forza*

- vincolante e l'ambito di applicazione dei diritti fondamentali codificati nella Carta*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, n. 4/2014, pagg. 1235-1260
- STRAZIUSO E., *I diritti sociali tra stato sovrano e stato integrato nell'Unione Europea*, Bari, Cacucci editore, 2010
- STRAZZARI D., «*Dall'unità alla frantumazione*»: *Corte di giustizia e accesso alle prestazioni sociali del cittadino dell'UE*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2016, pagg. 883-916
- STROZZI G., *Unione europea, Digesto*, Utet, 1999
- SURDI L., *Calcolo delle pensioni e parità tra generi (Corte di giustizia, sezione quarta, 29 luglio 2010, causa C-577/08). Con nota*, in *Rivista del Diritto e della sicurezza sociale*, n. 1/2011, pagg. 277-287
- SVOBODA P., *Verso un'economia sociale di mercato dell'Ue: un rompicapo costituzionale?*, in *Giurisprudenza del lavoro*, n. 12/2016, pagg. 804-819
- TAVASSI G., *In tema di ferie del lavoratore*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1963, pagg. 569-574
- TEGAD, *Welfare e crisi davanti alla Corte costituzionale*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, n. 142/2014, pagg. 303-325
- TEGA, *I diritti sociali: dal riconoscimento alla garanzia. Il ruolo della giurisprudenza*, in *Aa. Vv. Il ruolo della giurisprudenza, Trapani 8-9 giugno 2012*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013
- TONIATTI R., *L'indipendenza dei giudici sovranazionali ed internazionali*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 4/2010, pagg. 1733-1753
- TOSATO G. L., *L'architettura del nuovo Trattato*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona, Commento al Trattato di Lisbona*, F. BASSANINI E G. TIBERI (a cura di), Bologna, Il Mulino, 2010
- TOSATO G. L., *La riforma costituzionale del 2012 alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, Relazione presentata al Seminario «Il principio dell'equilibrio di bilancio secondo la riforma costituzionale del 2012». Seminario di studio – Palazzo della Consulta, 22 novembre 2013
- TOSATO G. L., *La riforma costituzionale sull'equilibrio di bilancio alla luce della normativa dell'Unione: l'interazione fra i livelli europeo e interno*, in *Rivista di diritto internazionale*, n.1/2014, pagg. 5-35
- TREU T., *Commento all'art. 36*, in *Commentario della Costituzione*, G. Branca (a cura di), Bologna, Zanichelli, 1979, pagg.118-145

- VALENTI V, *Verso l'uropeizzazione del diritto nazionale di famiglia? (Brevi osservazioni a margine del caso Hay, Corte di Giustizia UEC-267/12, sent. 12 dicembre 2013)*, in www.forumcostituzionale.it del 24 febbraio 2014
- VILLANI U, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea*, Bari, Cacucci editore, 2016
- VIMERCATI A. (a cura di) *Il conflitto sbilanciato: libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, Cacucci editore, 2009
- VON BOGDANDY A., *I principi fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011
- WINKLER M., *I trattamenti pensionistici delle coppie dello stesso sesso nell'Unione Europea: il caso Römer*, in *Responsabilità civile e previdenza*, n. 10/2011, pagg. 1980-1992
- ZACCARDI G., *Il principio di non discriminazione nel rapporto di lavoro*, in *Manuale del diritto europeo del lavoro e della previdenza sociale*, G. Zaccardi (a cura di), Napoli, Edizioni Scientifiche italiane, 2015
- ZANOBETTI PAGNETTI A., in *La Costituzione per l'Europa*, in *La costituzione europea. Una riflessione interdisciplinare* A. ZANOBETTI (a cura di), Torino, Giappichelli editore, 2005
- ZATTI F, *Diritti e coesione sociale tra governance economica e 'sovranità finanziaria'. Dalla carta costituzionale del 1948 al trattato c.d. 'fiscal compact'*, in *Persona e Mercato*, n. 1/2015
- ZILLER J., *La nuova Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004