

**Università degli Studi di Perugia  
Facoltà di Giurisprudenza**

**Dipartimento per gli Studi Giuridici “A. Giuliani”  
Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani**

**Convegno – Perugia, 25 e 26 marzo 2011**

**Intervento alla tavola rotonda  
“Diritti fondamentali e libertà economiche:  
principi europei e tradizioni giuridiche nazionali”**

**Le Garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei  
diritti e Corte di Giustizia dell’Unione Europea (\*)**

*di Gaetano Azzariti*

1. - Scopo specifico di questo mio intervento è di esaminare le ragioni che spiegano la crescente centralità delle Corti, specialmente di quella di giustizia dell’Unione europea, nella *definizione* della tutela dei diritti fondamentali, di quelli sociali e di quelli legati al lavoro in particolare.

Una centralità delle Corti che non si configura più solo nella tradizionale forma della garanzia processuale, ma che vale a conformare il diritto in sé, determinando direttamente, per aspetti decisivi, le stesse politiche economiche e sociali. Una giurisprudenza che opera, almeno in parte, in sostituzione del politico; il quale, per debolezza o per convenienza, si limita ad assumere le decisioni delle Corti, privandosi in tal modo di sue specifiche prerogative. Un processo di crescente neutralizzazione e tecnicizzazione del politico che va assumendo i caratteri di un mutamento storico.

Dal punto di vista del diritto costituzionale questo passaggio appare particolarmente traumatico, poiché investe la sua stessa legittimazione: un vero e proprio cambio di paradigma, non proponendosi più essenzialmente come quel diritto che limita il sovrano (i detentori del potere politico), bensì come un diritto di natura fondamentalmente processuale.

---

(\*) Questo scritto riprende alcune delle tesi esposte, in termini più analitici, nello studio: “Verso un governo dei giudici? Il ruolo dei giudici comunitari nella costruzione dell’Europa politica”, in corso di pubblicazione negli scritti in onore di Alessandro Pace.

Di *giurisprudenzializzazione del diritto costituzionale* si va in effetti parlando ormai da tempo, con accenti anche molto diversi: spesso in termini acriticamente adesivi, a volte in modi preconceputamente contrappositivi (la “politica” *contro* la “giurisdizione”), generalmente con modalità meramente descrittive e puramente analitiche; limitato appare invece lo sforzo critico e di comprensione delle ragioni strutturali e storiche che si pongono a fondamento delle radicali trasformazioni in atto.

Potrebbe allora non essere inutile cominciare a interrogarsi su dette ragioni, esaminando alcuni aspetti concreti in un settore particolarmente sensibile, com'è quello del lavoro, in uno spazio – quello europeo – che appare storicamente e, ancora oggi, strutturalmente, propenso a demandare ai giudici la determinazione di un sistema effettivo di tutela dei diritti fondamentali.

Con questo mio intervento mi propongo pertanto, in primo luogo, di comporre un quadro generale di riferimento, per trarre, in seguito, alcune conseguenze, a mio modo di vedere, rilevanti sul tema specifico delle garanzie del lavoro definite – secondo tesi – più dalla Corte che non dalle Carte ovvero dalle tradizionali categorie della “politica”.

2. - Il dato di partenza della nostra analisi è sotto gli occhi di tutti, ed è difficilmente contestabile. In ambito europeo lo spazio della giurisdizione, non tanto si è andato estendendo, quanto si è posto sin da subito come essenziale elemento costitutivo del suo stesso essere ordinamento giuridico. Non a caso si parla da sempre di *judge-made system*.

Lo storico successo della Corte di giustizia, il suo attivismo, il ruolo essenziale che ha esercitato nel processo di integrazione, sono lì a dimostrarlo. Nel campo dei diritti fondamentali è noto poi che, almeno fino al Trattato di Maastricht, la tutela giurisdizionale è stata definita dalla Corte in sostanziale assenza di ogni appiglio testuale. Una giurisprudenza dalle debolissime basi normative si suole ripetere, ma che ha operato in via surrogatoria rispetto alla decisione politica e in assenza di ogni parametro di natura propriamente costituzionale.

Ciò non ha impedito che una giurisprudenza più che ventennale riuscisse a definire un vero e proprio *corpus* di regole di diritto. Proprio quelle regole che, tradotte in principi, si sono poste alla base della successiva definizione dei testi politici di valore costituzionale: nella Carta dei diritti dell'Unione europea in primissimo luogo.

Ora, si può discutere sul grado di tutela effettivamente prestata ai diritti fondamentali da parte della Corte di giustizia, nella sua non sempre univoca giurisprudenza, ma non si può negare il carattere pretorio della complessiva costruzione dei diritti in Europa.

Un giudice che non era stato pensato come giudice dei diritti, bensì dell'ordinamento normativo generale, ma la cui competenza in materia di diritti è ormai "piena", "quasi generale"; in ogni caso concorrente con quella delle altre Corti dei diritti, sia nazionali sia sovranazionali.

Questi aspetti sono tutti determinanti per valutare il ruolo effettivamente ricoperto dal giudice entro il sistema politico generale. Deve dirsi che, almeno in ambito europeo, il processo d'integrazione ha avuto tra i suoi maggiori - e forse migliori - interpreti i giudici europei. Questi ultimi hanno contribuito in modo decisivo a disegnare il volto dell'Europa attuale, sempre più attenta anche ai diritti e non più solo al mercato. Un protagonismo che non può essere disconosciuto, né sminuito.

3. - L'interrogativo che vorrei porre - che sorregge e condiziona le stesse valutazioni nel merito - è però un altro. Esso può essere così sintetizzato: un ordinamento come quello europeo, nella fase attuale di integrazione non più esclusivamente economica, monetaria o di mercato, può continuare ad affidare le sue sorti magnifiche e progressive al potere e all'inventiva dei giudici?

È questa una domanda di fondo che si trascina dietro una serie di altre questioni, tutte decisive per la comprensione del tempo che stiamo vivendo.

Anzitutto, ci si potrebbe chiedere, in via generale, se sia ipotizzabile un'uscita dalla crisi della politica giuridicizzando i conflitti sociali. Una crisi che ha reso sempre più muti e confusi i soggetti politici tradizionali - dai partiti agli organi statali - incapaci di rappresentare e governare le trasformazioni sociali, tanto in ambito sovranazionale quanto in quello nazionale. Ci si può allora legittimamente domandare se la via giudiziaria alla risoluzione dei conflitti alla fine non risulti essere quella più opportuna (ovvero quella necessaria ovvero quella inevitabile) da perseguire.

Più in particolare ci si potrebbe domandare se per la tutela dei diritti, di quelli sociali e del lavoro in specie, sia possibile ormai fare a meno di una loro qualificazione costituzionale specifica che ne definisca il valore nel quadro di un determinato assetto politico complessivo. Diritti che sarebbero collegati a testi o prassi di diversa natura, dalla *soft law* alle "leggi" del mercato, sganciati però da una dimensione propriamente costituzionale. In sostanza, ci si

troverebbe dinanzi a diritti senza costituzione; soprattutto in ambito sovranazionale, ove la possibilità di un costituzionalismo cosmopolita appare tuttora solo una vaga prospettiva ideale.

E infine, per tornare al tema che qui più direttamente interessa, ci si può legittimamente chiedere se il modello europeo possa essere quello dell'*Europa dei giudici* (quello disegnato dalla Corte di giustizia) ovvero se sia meglio auspicare un'*Europa politica e sociale*, che non sottragga evidentemente ai giudici il ruolo di garanti dei diritti, ma riservi ai politici e alle forze sociali il potere di individuazione dei diritti e la scelta del bilanciamento tra essi.

Insomma – e nello specifico – ci si chiede qui se la lotta per il diritto – quello del lavoro nel nostro caso – possa essere confinata entro le aule giudiziarie e risolta in forza di tecniche processuali o argomentazioni giurisprudenziali, scontando la fine della politica e della capacità propriamente precettiva della norma giuridica, di quella costituzionale in particolare.

Pongo queste domande nei termini più radicali perché avverto l'insufficienza di una strategia di integrazione basata essenzialmente, com'è stato sino ad ora, sul *juge-made system* e che non mi sembra la Carta dei diritti né il Trattato di Lisbona riescono a mutare, semmai continuano a perpetuare. Percepisco invece la tendenza opposta verso un abbandono definitivo della classica separazione - almeno di principio - tra momento della legislazione e momento della giurisdizione.

Vorrei aggiungere che il processo ora indicato non può essere confuso con un'estensione pura e semplice del potere dei giudici a scapito della politica o delle Carte costituzionali. A me sembra invece che l'ampio spazio lasciato vuoto e perciò naturalmente - a volte brillantemente - occupato dalla creazione giurisprudenziale e dalla "libera" tutela dei diritti fondamentali da parte dei giudici, possa finire per indebolire lo stesso potere giudiziario: potere diffuso ma *solitario* ("nullo" avrebbe detto Montesquieu), inafferrabile e oscillante; finirebbe per trovarsi – ancor più di quanto non sia oggi – a ricoprire un ruolo di *reggitore* dell'ordinamento comunitario e demiurgo del suo avanzamento sociale, in una situazione di oggettivo *stress*, privato com'è della legittimazione adeguata.

4. - Questa mia valutazione, che, è evidente, richiederebbe una dimostrazione a tutto campo, può essere qui sostenuta solo da alcune rapide e parziali esemplificazioni, che però credo essere significative e profonde.

Anzitutto – come s'è già accennato - quello indicato è un processo che a mio avviso, al contrario di quanto molti ritengono, non ha trovato un argine nella scrittura delle norme da

parte degli organi politici legittimati. Anzi può dirsi che la redazione della Carta dei diritti ha contribuito essenzialmente a sanzionare lo stato di cose presenti, finendo per favorire per il prossimo futuro un possibile ampliamento dei poteri decisori delle Corti e un'ulteriore delega di competenze proprie del potere politico a quello giudiziario.

La tesi contraria, normalmente seguita, è quella di una Carta che, fornendo una definitiva base normativa al potere dei giudici (tanto più ora che, finalmente, è stata stabilmente collocata tra le fonti primarie dell'ordinamento comunitario) e definendo un chiaro catalogo di diritti (il più ricco ed aggiornato tra quelli definiti nei tanti *Bill of Rights*), sia in grado di limitare il potere "creativo" delle Corti. Il giudice europeo - a questo punto - sarebbe indotto a svolgere la sua attività entro l'ambito propriamente giurisdizionale: finalmente "soggetto alla legge", non deve più creare, bensì esclusivamente applicare i diritti individuati nella Carta. Questa tesi dominante a me sembra tenda a sottovalutare due elementi decisivi, che possono far giungere a conclusioni diverse.

Se si considera infatti, da un lato, la *struttura degli enunciati normativi*, dall'altro, la loro *tecnica di positivizzazione* ci si avvede che la Carta individua sì un catalogo ricco ed aggiornato di diritti, ma poi non determina la relazione tra essi, ed inoltre, in molti e importanti casi - quelli dei diritti sociali essenzialmente - rinuncia anche alla definizione delle modalità della loro salvaguardia.

Esaminiamo dunque separatamente i due profili critici indicati.

5. - Con riferimento alla struttura degli enunciati si registra forse la più importante novità. Essa risiede nell'*innovativa classificazione dei diritti in categorie di valori*. Tutti i diritti contenuti nella Carta, infatti, non sono suddivisi secondo la tradizionale distinzione tra diritti civili e politici, sociali ed economici, "nuovi" diritti, bensì sono raggruppati intorno a sei categorie di valori fondamentali: dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia.

La scelta di innovare nella classificazione dei diritti, inquadrandoli per "categorie di valori", lasciando dunque cadere le distinzioni tradizionali, fu assunta con determinazione e consapevolezza, come dimostrano le testimonianze esplicite dei membri della "Convenzione" che ha elaborato la Carta dei diritti europea, i quali l'hanno spesso indicata come una tra le innovazioni più "originali" (Paciotti).

Questa classificazione porta a collocare tutti i diritti fondamentali *allo stesso livello*, tanto è vero che si è parlato di "indivisibilità" dei diritti (Manzella). E ciò è apparso un progresso:

tutti i diritti “finalmente” posti sullo stesso piano, tutti i diritti “finalmente” ritenuti fondamentali.

Non sembra, però, si siano adeguatamente considerate le conseguenze teoriche e pratiche che quest’equiparazione dei diritti implica.

In tal modo, non sarà più possibile trarre dal testo “costituzionale” ovvero a “valenza costituzionale” (quale ambisce a essere la Carta) una gradazione tra diritti, non sarà più possibile individuare dei principi prevalenti e caratterizzanti l’ordinamento costituzionale.

Non si potrà più come si è soliti fare, con riferimento al nostro ordinamento costituzionale, enfatizzare il ruolo di alcuni principi costituzionali rispetto ad altri. In base a quale argomento testuale si potrebbe, in questo nuovo contesto normativo, affermare – come fece Costantino Mortati - che non tutti ma solo alcuni principi devono “porsi quali pietre angolari di tutta la costruzione dello Stato”? Specificando che questi principi sono quelli enucleabili nei primi cinque articoli della nostra costituzione, poiché sono essi che “contengono gli elementi sufficienti ad identificare la forma di Stato”. E dunque il principio *lavorista*, assieme a quelli democratico, personalista e pluralista, valgono a conformare e a condizionare ogni altro diritto pretendendo una tutela privilegiata.

La “originale” classificazione dei diritti e la loro conseguente “indivisibilità” appaiono in verità rivelatrici di un passaggio storico e culturale di assoluto rilievo.

Vorrei qui evidenziare due profili. Il primo di valore paradigmatico, relativo cioè all’orizzonte di senso entro cui vanno a collocarsi le nostre riflessioni scientifiche, ma anche quelle più propriamente politiche e ideologiche; il secondo pertinente alle conseguenze che si riflettono sul piano più direttamente processuale.

6. - Per quanto riguarda il cambio di paradigma, sia detto brutalmente e in sintesi: l’intero progetto del Moderno e in esso il movimento del costituzionalismo appaiono strutturalmente estranei all’idealità pacificata dell’indivisibilità dei diritti, intesa come loro sostanziale assimilabilità e indistinzione.

Tanto la Modernità, quanto il costituzionalismo inteso in senso moderno, si radicano piuttosto sulla *tassonomia dei diritti*, ovvero sulla loro classificazione in base ad un ordine che ne stabilisca il valore normativo: un *ordine normativo* che si è andato a comporre, progressivamente e dinamicamente, grazie e in conseguenza dei concreti conflitti sociali emergenti e storicamente definiti.

Vero è che, soprattutto in origine, la Modernità e il movimento del costituzionalismo hanno combattuto per l'universalità dei diritti (*l'égalité en droit*). Ma pur sempre un'universalità inscritta entro un progetto emancipante, calata nei processi storici e politici di superamento di determinati privilegi, avversa ai diritti *esclusivi* (dei ceti, dei ricchi, di alcuni), per l'affermazione di altri specifici diritti riferibile a soggetti storici reali (il terzo stato, i coloni inglesi, i soggetti subalterni, i "senza diritti").

Entro questa prospettiva la legittimazione e la limitazione costituzionale del potere si sono venute legando all'affermazione di concreti diritti, ma mai questi ultimi sono stati assunti come esclusive categorie di valore, storicamente e politicamente indeterminati.

Basta pensare alla configurazione più nota, quella che distingue i diritti a seconda delle "generazioni". Una distinzione tra diritti modulata in base ad una specifica e significativa successione storica: dalla prima generazione dei diritti di libertà si passa, in determinate condizioni storiche, alla seconda generazione dei diritti sociali, sino a giungere alla terza generazione, quella dei nuovi diritti.

Appare così evidente l'esistenza di un nesso stretto tra evoluzione delle forme di Stato e la pretesa di tutela costituzionale dei diversi tipi di diritti, che ha accompagnato l'intera vicenda storica.

Insomma, la *lotta per i diritti*, che ha rappresentato il fondamento materiale entro cui si è espresso il costituzionalismo moderno, non può essere rappresentata come una lotta per un diritto astratto; la storia del costituzionalismo moderno non sarebbe comprensibile se si dovesse ritenere che i diritti siano stati posti tutti sullo stesso piano, abbiano operato indistintamente, siano stati tra loro tutti egualmente fondati, abbiano avuto pari legittimazione politica, sociale, costituzionale.

Vorrei solo aggiungere che nel corso del Novecento si è manifestato in modo quanto mai evidente lo statuto privilegiato per alcuni diritti rispetto ad altri. Il secolo del conflitto tra capitale e lavoro non poteva che rendere fondamentali i diritti che nel lavoro trovavano la loro origine, privilegiando questi rispetto ad altri.

Questo carattere costitutivo il paradigma storico della Modernità costituzionale e la frattura ora operata possono essere dimostrati anche solo osservando quanto la Carta dei diritti dell'Unione europea si discosta dai vigenti testi costituzionali nazionali, quello italiano ad esempio. Un testo che, com'è tipico per le costituzioni del Novecento, ha posto a proprio fondamento la cultura e l'etica del lavoro ("*L'Italia è una Repubblica democratica, fondata sul lavoro*").

Fornendo così al lavoro una posizione privilegiata, che si è riflessa anche sulla configurazione dei diritti: per questo i diritti sociali hanno conquistato una posizione di fundamentalità che prima non avevano, finendo per prevalere nell'opera di bilanciamento "ineguale" rispetto ai diritti dell'impresa e dell'economia, questi ultimi risultati recessivi rispetto ai diritti della persona nello Stato sociale del Novecento.

D'altronde, è questa una prerogativa della nostra costituzione ben radicata nella tradizione delle democrazie costituzionali di stampo occidentale. È questo un carattere che ha innervato e progressivamente qualificato il diritto costituzionale nel corso di due secoli. Un percorso storico che, inscrivendosi nel progetto della modernità illuminista, ha promosso il lavoro, l'emancipazione e la promozione sociale, privilegiando la tutela dei ceti meno abbienti.

Ora le democrazie non promuovono più progetti di emancipazione, finita la civiltà del lavoro anche la spinta del Moderno sembra arrestarsi, o mutare di segno.

In questa nuova prospettiva la Carta dei diritti dell'Unione europea appare "adeguarsi ai tempi", definendo il lavoro un valore che si sostanzia essenzialmente nel mero diritto *di* lavorare. Un "diritto" inteso come sfera di libertà, più che come specifico status da assicurare al fine di garantire la dignità sociale delle persone.

Non a caso la Carta dei diritti dell'Unione europea pone il diritto di lavorare sullo stesso piano della libertà professionale, nel capo dedicato alle libertà e non in quello della dignità né in quello dell'uguaglianza ovvero della cittadinanza. Un diritto tra i tanti, da tutelare insieme con quelli dell'impresa, assieme alla libertà di esercitare una professione liberamente scelta o accettata. I lavoratori sono equiparati ai datori di lavoro senza alcuna possibilità di "statuto" privilegiato, non essendo più declinabili distinzioni tra diritti fondamentali e non.

Inoltre, ogni diritto, senza distinzioni di specie, è "riconosciuto e rispettato", ma in base ad un parametro non costituzionale: "...secondo le modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali".

È qui che si pone la seconda questione che volevo trattare: le specifiche tecniche di positivizzazione, che inducono a una progressiva deconstituzionalizzazione dei parametri di giudizio.

7. - Le "modalità stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali" è una clausola di stile ripetutamente utilizzata, soprattutto con riferimento ai diritti sociali indicati nella Carta.



Essa esprime una rinuncia a esercitare il ruolo di “legge superiore” da parte di un testo, qual è la Carta dei diritti dell’Unione europea, che pure ambisce a porsi come modello di costituzionalismo “oltre lo Stato”.

In effetti, il rinvio operato dalla Carta al diritto comunitario, alla legislazione e alle prassi nazionali si conforma come un classico “rinvio mobile”.

Da un lato, dunque, non può escludersi una modifica (anche *in pejus*) dell’ambito di tutela dei singoli diritti, conseguente a un’autonoma riforma delle legislazioni o prassi nazionali, nonché del diritto comunitario; dall’altro, finisce per subordinare l’effettività della tutela “costituzionale” – delle enunciazioni testuali contenute nella Carta – a parametri normativi indipendenti e ad essa estranei.

Vero è che l’articolo 53 della Carta ha introdotto una “clausola di salvaguardia”, in base alla quale nessuna sua disposizione può essere interpretata “come limitativa o lesiva dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, *nel rispettivo ambito di applicazione*, dal diritto dell’Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l’Unione, la Comunità o gli Stati membri sono parti contraenti, in particolare la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni nazionali”. Ma a ben vedere, almeno nell’ambito di applicazione comunitario, si conferma – anche con quest’ultima formulazione - che saranno altre fonti a dettare il livello minimo di protezione dei diritti fondamentali.

La stessa “portata dei diritti” mostra una propensione alla rinuncia. Sono, infatti, espressamente ammesse limitazioni all’esercizio dei diritti e delle libertà riconosciute dalla Carta, a condizione che esse siano previste dalla “legge” nel rispetto del loro “contenuto essenziale” e in base al principio di proporzionalità (art. 52). In tal caso, dunque, non solo si assegna al “legislatore” europeo (ma anche a quello nazionale) il potere di dettare limiti ai diritti compresi nella Carta, ma si finisce per assegnare alle Corti il ruolo decisivo di determinazione dei diritti in base al criterio giurisprudenziale della “proporzionalità”.

Ciò permetterà, in misura notevole, ai giudici di stabilire i propri parametri di giudizio, valutando il grado di tutela e la concreta definizione dei diritti, da ricercare entro una complessa ragnatela di normative (le “leggi”), non secondo specifici limiti “costituzionali” definiti per ciascun singolo diritto, bensì adottando quella generale clausola limitativa delle garanzie conseguente all’intangibilità del solo “contenuto essenziale” (*Wesensgehaltgarantie*), ed applicando il canone “elastico” e pervasivo del principio di proporzionalità.

8. - Passando a considerare le conseguenze sul piano più direttamente processuale non può negarsi che l'equiparazione di tutti i diritti produrrà effetti rilevanti sul piano sistematico, nell'ipotesi ordinaria del conflitto tra questi.

In via di principio dovrebbe addirittura logicamente asserirsi che – posti tutti i diritti allo stesso livello, tutti indistintamente “fondamentali” – non è più possibile bilanciare i diritti.

Così la copiosa e importante giurisprudenza delle Corti “costituzionali”, che, con sempre maggiore intensità, utilizza la tecnica del “bilanciamento tra valori” per risolvere i casi di conflitto tra diritti costituzionalmente protetti, viene a essere privata – in campo europeo - dell'essenziale fondamento letterale.

Il contemperamento dei diritti non potrà più essere giustificato in base alle distinzioni che la norma “costituzionale” impone, e che l'interpretazione evidenzia di volta in volta.

Poiché però l'opera di composizione dei conflitti tra diritti non potrà certo essere sottratta ai giudici, questa funzione verrà ancora esercitata, ma non sarà più limitata dalle graduazioni desumibili dalle norme “costituzionali”.

Perdute le proprie basi testuali e il suo tessuto argomentativo, il “bilanciamento” si giustificherà solo in base alle diverse *enunciazioni* dei diritti tra loro affiancati l'un l'altro, tutti egualmente fondamentali.

In sostanza si opererà un bilanciamento “libero”, in cui i termini verranno definiti - fino ad essere in gran parte forgiati - dal giudice stesso.

Saranno inoltre determinanti le modalità “stabilite dal diritto comunitario e le legislazioni e prassi nazionali” (come espressamente stabilisce la stessa Carta dei diritti), che imporranno un dialogo tra Corti e legislazioni ordinarie, ma che verrà però a smarrire la decisiva intermediazione costituzionale.

Un dialogo, forse, mediato solo dall'onnicomprendente principio della “proporzionalità”, il quale viene sempre più ad affermarsi come l'ultimo canone predittivo del giudice europeo.

Una “proporzionalità”, però, *invertibrata*, perché liberamente utilizzabile in assenza di prescrizioni di sistema che siano in grado di orientare il giudice.

9. - La riprova di quanto sin qui detto può rinvenirsi nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia. Alcune recenti pronunce, che applicano criteri liberi di bilanciamento, potrebbero essere indicative di una svolta, a mio giudizio non positiva, nella prospettiva della tutela dei diritti fondamentali.

Mi riferisco a cinque pronunce importanti tutte relative ai più esposti tra i diritti fondamentali, quelli del lavoro, e al loro bilanciamento con gli interessi economici nelle diverse articolazioni della libertà di stabilimento (Viking) o in quella di prestazione dei servizi (Laval e Rüffert), nonché da ultimo con riferimento alle misure di protezione sociale e di controllo previste dalla stessa direttiva comunitaria e adottate dai singoli Stati membri, ritenute eccessivamente limitative dell'attività d'impresa e restrittive della libertà di prestazione dei servizi (Commissione vs Lussemburgo e Commissione vs Germania).

In tutti e cinque questi casi la Corte di giustizia non ha negato di trovarsi dinanzi a diritti fondamentali, né ha negato valore alla normativa di garanzia a difesa delle condizioni di lavoro. Ha riconosciuto tanto il diritto di sciopero quanto gli altri diritti d'azione collettiva come "facenti parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto", richiamando espressamente, in proposito, l'articolo 28 della Carta di Nizza.

La Corte ha però ritenuto che, l'*esercizio* di tali diritti dovesse essere sottoposto a "talune restrizioni", in considerazione del fatto che – indubbiamente – anche la libertà di stabilimento ovvero quella di prestazione dei servizi costituiscono "principi fondamentali della Comunità", sanciti nelle norme dei Trattati. Pertanto diventava necessario conciliare i diritti fondamentali (enunciati dalla Carta, ma da tutelarsi in ogni caso non in assoluto o in via privilegiata, bensì "conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali") con le "esigenze relative agli (altri) diritti tutelati dal Trattato stesso", in conformità al principio di proporzionalità.

Un bilanciamento sostanzialmente libero da vincoli costituzionali (o *para-costituzionali*), operato da giudici comunitari in base ad un "indeterminato" principio di proporzionalità.

Non può stupire dunque più di tanto se alla fine le ragioni dei diritti del lavoro sono state sacrificate a quelle dell'impresa e del mercato.

Certo non può escludersi che un diverso giudice, più sensibile alle ragioni del lavoro e alla garanzia dei diritti sociali, possa in futuro bilanciare diversamente i diritti, sacrificando un po' (o magari del tutto) quelli economici.

In altri casi ciò è avvenuto e non escludo possa avvenire ancora.

Ma la questione che si voleva sollevare era appunto questa: bisogna fidarsi della saggezza del giudice per garantire i diritti in Europa?

10. - È questa una domanda “ultima” che vorrei porre in termini né retorici, né puramente polemici, bensì propriamente riflessivi.

Potrebbe, in effetti, brutalmente ritenersi che, alla fine, poiché la politica è in crisi, la democrazia non sta granché in salute, scenari postmoderni sono ormai affermati, sia in fondo utile confidare sui tecnici della legge, sui giudici che in Europa – ma spesso anche in Italia per la verità - hanno dato prova di efficienza ed apertura al nuovo. In fondo, s’è ricordato, fin qui a loro va ascritto il merito maggiore della tutela dei diritti fondamentali in Europa.

La domanda posta richiederebbe una lunga risposta, mi limito invece a una considerazione d’insieme, che spero possa suscitare qualche riflessione di fondo sulla tematica indicata.

A me sembra che in questa fase si vada accentuando l’oscillazione negli orientamenti giurisprudenziali; e più in generale non penso sia possibile – né forse utile - definire una giurisprudenza unidirezionalmente volta alla progressiva espansione dei diritti e della loro protezione in Europa.

Se ci volgiamo al passato come non apprezzare alcune storiche decisioni che hanno certamente esteso la protezione nel campo dei diritti: il caso Schmitberger, il caso Omega, il delicatissimo caso che ha riguardato i Modjahedines del popolo, le questioni relative al cambiamento di sesso, solo per citare casi noti in cui le ragioni dei diritti fondamentali sono persino riuscite a prevalere su quelle del mercato, o dell’ordine pubblico.

Ma non sempre è stato così e, nel nuovo scenario, è prevedibile che le oscillazioni possano aumentare, mentre le garanzie dei diritti arretrare. In fondo se guardiamo al cuore dei diritti fondamentali, quelli del lavoro, scorgiamo le prospettive più critiche e complesse.

Orizzonti futuri dominati da grandi incertezze e trasformazioni profonde renderanno sempre più complessi in particolare i rapporti tra diritti e lavoro. Proprio le evocate recenti pronunce - Laval, Viking, Ruffert, Commissione vs Lussemburgo, Commissione vs Germania - sono lì a dimostrarlo.

Queste ultime decisioni sono, probabilmente, “sentenze sbagliate”. Un altro giudice avrebbe potuto decidere in altro modo, bilanciando diversamente i diritti. Posso persino giungere a prevedere (o anche solo sperare) che ciò, prima o poi, avverrà: quando un giudice diverso prevarrà.

Ma il futuro della tutela dei diritti può essere affidata al caso?

E poi, andando oltre la speranza, siamo certi che ciò avverrà?

Cinque “sentenze sbagliate”: non faranno forse “dottrina”, ma indicano una rotta, segnalano un percorso. Quello che conduce verso nuovi territori, abbandonando la cittadella chiusa e

ormai angusta dello stato sociale nazionale, per raggiungere gli sconfinati spazi aperti dei diritti di cittadinanza adespoti e fundamentalmente indifferenziati.

In fondo, un'evoluzione che contiene un suo senso storico: quello stesso "senso" che conduce dall'*homo faber* all'uomo flessibile.

Un destino già scritto? Un percorso già segnato? Non credo. Ma se anche così dovesse essere, sarebbe necessario che fosse la politica ad argomentare e si assumesse la responsabilità del cambiamento.

Perché ai giudici una così impropria responsabilità?