

I diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Giovanni Orlandini (Università di Siena)

1. Il paradosso dei diritti fondamentali dei lavoratori nell'UE

Parlare della tutela giurisdizionale dei diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento dell'UE significa innanzi tutto confrontarsi con un'enorme contraddizione, se non con una sorta di paradosso. Sul piano formale del loro riconoscimento, se confrontiamo il quadro delle fonti di diritto dell'UE attuale con quello della CE delle origini, si potrebbe ritenere conclusa la "faticosa marcia" dei diritti dei lavoratori nell'ordinamento euro-unitario¹. L'UE non può più dirsi affetta da "frigidità sociale"² se è vero che tutti i diritti che, negli ordinamenti nazionali, costituiscono la base del c.d. Modello Sociale Europeo sono riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'UE (di seguito "Carta") alla quale l'art. 6.1 TUE attribuisce la stessa forza giuridica dei Trattati. Elencati nel titolo IV rubricato alla "solidarietà", nella Carta i diritti sociali e del lavoro trovano spazio accanto ai diritti civili e politici; ed è la prima volta che una simile equiparazione è operata da una fonte di diritto internazionale, in nome del principio dell'"indivisibilità" dei diritti fondamentali. D'altra parte lo stesso art. 6.3 TUE conferma quanto la Corte di giustizia riconosce da tempo, in merito al fatto che i diritti fondamentali risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni tra gli Stati membri (e dunque anche quelli dei lavoratori) fanno parte del diritto dell'UE, in quanto "principi generali".

Eppure, quanto più solennemente i diritti fondamentali dei lavoratori sono riconosciuti e proclamati dalle fonti primarie dell'UE, tanto più sono messi in discussione nei fatti, oggetto come sono di processi che ne riducono la portata e ne erodono il contenuto negli ordinamenti nazionali. Questi processi riguardano tutti gli Stati Membri, anche se si manifestano con la massima evidenza nei paesi del sud Europa alle prese con la crisi del debito sovrano; al punto che il Presidente della BCE, intervistato dal Wall Street Journal nel novembre 2012, ha candidamente potuto affermare che "*il Modello Sociale Europeo è morto*", con ciò, evidentemente, sancendo anche la morte di quei diritti che lo caratterizzano³.

Ad un simile processo di destrutturazione dei diritti fondamentali dei lavoratori dovrebbe porre un argine la Corte di Giustizia, quale supremo organo giurisdizionale garante del rispetto delle fonti

¹ Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti dei sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, RGL, 2000, 799 ss.

² Mancini, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità Europee*, in AA.VV. *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Padova, 1988

³ Draghi, Wall Street Journal del 24.2.2012

primarie dell'UE da parte degli Stati membri e delle stesse istituzioni europee. Ma così non è: lo smantellamento del Modello Sociale Europeo sta avvenendo nel sostanziale silenzio dei giudici di Lussemburgo, che assai raramente sono intervenuti a tutelare i diritti fondamentali dei lavoratori nella loro recente giurisprudenza. Dall'ultimo rapporto annuale sull'applicazione della Carta dei diritti⁴, risulta che questa trova sempre più spazio nella giurisprudenza della Corte, ma gli articoli cui essa ha fatto più frequentemente ricorso sono quelli relativi all'accesso alla giustizia (art. 47), alla protezione dei dati personali (art. 41), alla non discriminazione (art. 21) ed al diritto di proprietà (art. 17); anche la disposizione che riconosce la libertà di impresa (art. 16) è più utilizzata di quanto non lo siano stati complessivamente i diritti contenuti nel titolo IV, che trovano spazio solo nel 3% delle decisioni della Corte fondate sulla Carta. E' questa la più eloquente fotografia del paradosso richiamato in apertura: la crisi economico-finanziaria ha innescato un processo di diffuso e progressivo disconoscimento dei diritti fondamentali dei lavoratori affermati dalle più alte fonti del diritto euro-unitario, ma l'organo giurisdizionale deputato a garantirli appare impotente ed incapace di esprimersi a riguardo.

La ragione di ciò risiede nel fatto che la Corte di giustizia opera (anche) come Corte dei diritti, ma in modo affatto diverso rispetto non solo (com'è ovvio) alle Corti costituzionali nazionali, ma anche agli altri organismi che, a vario titolo, vigilano sul rispetto degli standard internazionali di tutela dei diritti fondamentali. Perché un diritto sancito dalla Carta possa essere invocato davanti alla Corte di giustizia (o eventualmente davanti ad un giudice nazionale) è infatti necessario che sia sorta una controversia relativa all'applicazione di una norma di diritto dell'UE, dal momento che la Carta (secondo quanto prescrive l'art.51) non *“introduce competenze nuove (...) per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati”* ed è utilizzabile *“esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'UE”*. La controversia che legittima l'intervento dei giudici europei deve riguardare fonti di *hard law*, prodotte cioè dal potere legislativo e produttive di effetti diretti negli ordinamenti nazionali; non potendo considerarsi diritto dell'UE in senso stretto la c.d. *soft law*, consistente in meri atti di indirizzo e coordinamento delle politiche nazionali. Per questo motivo la Corte non può sindacare le politiche di austerità che rappresentano il “fronte” sul quale si gioca buona parte del futuro dei diritti fondamentali dei lavoratori; ciò sia che quelle politiche siano state imposte dalla Troika con i *Memoranda of Understanding* (come nel caso di Grecia e Portogallo), sia che siano state promosse attraverso i nuovi strumenti della Governance economica, ovvero con le raccomandazioni adottate dal Consiglio nell'ambito del Semestre europeo (come nel caso dell'Italia o della Spagna). Gli atti con i quali le istituzioni europee promuovono le politiche di

⁴ Report on the application of the EU Charter del 14.4.2014

austerità non rientrano infatti tra le fonti “giuridicamente” vincolanti di diritto dell’UE⁵, e non è dunque possibile contrastarle sul piano giudiziario invocando davanti alla Corte di Giustizia la Carta o i principi generali del diritto euro-unitario. Quando ciò è avvenuto, la Corte non ha potuto che negare la propria giurisdizione, dichiarandosi incompetente⁶. Per trovare una voce in difesa dei diritti dei lavoratori, è stato necessario invocare altre fonti internazionali del lavoro (le Convenzioni OIL e la Carta sociale europea), o i principi costituzionali nazionali. Nel silenzio dei giudici di Lussemburgo, è spettato allora agli esperti del Comitato Europeo dei Diritti Sociali ricordare al Governo greco che le riforme attuate per implementare il MoU non sono compatibili con gli standard minimi di tutela dei diritti sanciti dalla Carta Sociale⁷ (come per altro già segnalato dalla “Missione di alto livello” condotta in quel paese nel 2011 dagli esperti dell’OIL⁸). Mentre in Portogallo, è stata la Corte costituzionale a porre un argine, sia pur parziale, al disconoscimento dei diritti sociali richiesto dalla Troika⁹.

2. La duplice funzione dei diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia

Lo scenario paradossale appena descritto porta ad impostare il discorso sui diritti fondamentali dei lavoratori nell’UE partendo dalla consapevolezza che di essi è più facile dire ciò che “non sono” piuttosto che ciò che “sono”. Tali diritti non danno corpo ad una “cittadinanza sociale europea” che si sovrappone, arricchendola, a quella nazionale; il loro riconoscimento non ne implica cioè l’attribuzione della titolarità ai cittadini ed ai lavoratori europei ma, più modestamente, fornisce alla Corte di giustizia uno strumento di valutazione sulla legittimità del diritto dell’UE e di quello nazionale che lo attua.

Per capire come operi una simile funzione, e dunque a cosa servano realmente i diritti fondamentali dei lavoratori nell’UE, bisogna necessariamente confrontarsi con l’art. 51 della Carta e chiarire quand’è che questi si collocano nell’*“ambito di applicazione del diritto dell’UE”*. Ed a questa domanda non si può che rispondere adottando un approccio “positivista”, tenendo cioè conto di quanto emerge dalla stessa giurisprudenza della Corte di giustizia; il che impone di analizzare, nelle

⁵ Come chiarito dalla Corte di Giust. nella sentenza C-370/12, *Pringle*

⁶ Corte giust., C-128/12, *Sindicatos dos Bancarios do Norte*; C-264/12, *Sindicato Nacional dos Profissionais de Seguros*; C-134/12, *Corpul National al Polititilor*

⁷ ECSR, *General federation of employees of the national electric power corporation (GENOP-DEI) and Confederation of Greek Civil Servants’ Trade Unions (ADEDY) v. Greece*, ricorsi n. 65 e 66/2011, decisione nel merito del 23 maggio 2012; ECSR, *Federation of employed pensioners of Greece (IKA- ETAM) v. Greece*, Complaint n.76/2012, decisione nel merito del 7 dicembre 2012. In merito, Yannacourou, *Challenging austerity measures affecting work rights at domestic and international level. The case of Greece*, in Kilpatrick- De Witte (eds.), *Social Rights in Time of Crisis in the Eurozone: the Role of Fundamental Rights’ Challenges*, EUI WP 2014/05

⁸ ILO, *Report on the High-Level Mission to Greece*, Athens 19-23 settembre 2011.

⁹ C. Costituzionale, sentenza n. 187/2013 che ha dichiarato parzialmente incostituzionale la legge di bilancio 2013 (66-B/2012) che recepiva il MoU della Troika. In merito, Cisotta- Gallo, *The Portuguese Constitutional Court Case Law on Austerity Measures: a Reappraisal*, in Kilpatrick- De Witte (eds.), *Social Rights*, cit.

pagine che seguono, i (pochi) casi nei quali la Corte ha riconosciuto espressamente un diritto fondamentale dei lavoratori (qualificandolo cioè come tale) e l'ha utilizzando nella propria argomentazione.

La giurisprudenza della Corte avvalorata la tradizionale distinzione tra funzione "positiva" (o "promozionale") e "negativa" (o "difensiva") svolta dai diritti fondamentali nell'ordinamento dell'UE. Si tratta di una distinzione inevitabilmente schematica ma che descrive e comprende tutti i casi sino ad oggi oggetto delle decisioni dei giudici europei.

La prima funzione (positiva/promozionale) riguarda in primo luogo le istituzioni politiche dell'UE, nel senso che il diritto fondamentale rientra nella giurisdizione della Corte di giustizia se esiste una fonte di diritto dell'UE che ne regola e garantisce l'esercizio. Spetta alla Corte in primo luogo interpretare tale fonte (regolamento o direttiva) conformemente al contenuto del diritto fondamentale, in secondo luogo valutare se la normativa nazionale di recepimento lo abbia rispettato. Sotto questo secondo profilo, la Corte manifesta una certa elasticità nel considerare l'esistenza di un collegamento ("*real link*") tra normativa nazionale e diritto dell'UE, tale da giustificare l'attrazione della prima nell'ambito di applicazione del secondo¹⁰. Tuttavia, come conferma la recente sentenza *Hernández*¹¹, perché tale "collegamento" possa ritenersi esistente non è sufficiente né la mera "*affinità tra le materie prese in considerazione o [...] l'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra*"; né tanto meno "*il solo fatto che una misura nazionale ricada in un settore nel quale l'Unione è competente*"¹², se tale competenza non è stata esercitata.

Qualora il diritto fondamentale sia violato dallo stesso atto di diritto dell'UE, la Corte potrà naturalmente sancirne l'illegittimità. Il che è avvenuto nel noto caso *Test Achats*, in relazione alla parità di genere nell'accesso a beni e servizi¹³ e, più recentemente, con la sentenza *Digital Rights Ireland*, con riguardo alla tutela della privacy¹⁴; dunque mai, ad oggi, con riferimento ad un diritto sociale o del lavoro. Più volte il problema del rispetto dei diritti fondamentali si è posto invece in

¹⁰ In merito, con riferimento ai diritti dei lavoratori, cfr. ampiamente Bronzini, *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali: il ruolo della Corte di giustizia*, in Borelli- Guazzarotti- Lorenzon (a cura di), *I diritti dei lavoratori nelle carte europee dei diritti fondamentali*, Napoli, 2012.

¹¹ Corte giust. C-198/13, *Hernández*.

¹² Come chiarisce ulteriormente la Corte, per accertare che esiste un collegamento con il diritto dell'UE "*occorre verificare, inter alia, se la normativa nazionale in questione abbia lo scopo di attuare una disposizione del diritto dell'Unione, quale sia il suo carattere e se essa persegua obiettivi diversi da quelli contemplati dal diritto dell'Unione, anche se è in grado di incidere indirettamente su quest'ultimo, nonché se esista una normativa di diritto dell'Unione che disciplini specificamente la materia o che possa incidere sulla stessa*" (Corte giust. ult. cit. punto 37).

¹³ Corte giust., C-236/09, *Test-Achats* nella quale la direttiva 2004/113 sulle discriminazioni nell'accesso a fornitura di beni e servizi, è stata giudicata in contrasto con gli art.21 e 23 della CDFUE relativi al diritto di non discriminazione per sesso.

¹⁴ Corte giust., C-293/12 e 594/12, *Digital Rights Ireland* nella quale la direttiva 2006/24 sulle banche dati elettroniche e la conservazione e trattamento dei dati personali è stata giudicata in contrasto con il diritto alla tutela dati personali ed il rispetto della vita privata riconosciuto dagli artt. 7 e 8 della CDFUE

relazione al diritto nazionale attuativo di quello euro-unitario; e ciò ha riguardato anche i diritti dei lavoratori.

La seconda funzione (negativa/difensiva) riguarda gli ordinamenti nazionali e solo di riflesso quello dell'UE. Con essa si identifica l'utilizzo che dei diritti fondamentali può essere fatto davanti alla Corte di giustizia per giustificare deroghe all'applicazione del diritto euro-unitario. Il fine è la difesa del diritto nazionale e la sua "prevalenza" sul diritto dell'UE nel caso in cui, appunto, l'applicazione di quest'ultimo comporti la lesione di un diritto fondamentale. L'ambito privilegiato nel quale i diritti dei lavoratori entrano in gioco nella loro funzione "difensiva" è quello del mercato unico e delle regole sulla concorrenza, anche se in teoria un problema di conflitto tra quei diritti e i vincoli imposti dall'integrazione europea può manifestarsi con riferimento a qualsiasi materia di competenza dell'UE.

Se nella loro funzione positiva i diritti fondamentali servono a promuovere più alti standard di tutela rispetto a quelli riconosciuti dagli ordinamenti nazionali (hanno, per così dire, un valore aggiunto rispetto al modo con cui questi sono tutelati negli Stati Membri), nella loro funzione negativa essi servono invece solo a preservare gli standard esistenti; ovvero acquistano rilievo giuridico solo se e nella misura in cui uno Stato nazionale "già" li garantisca e (per questo) richiede ai supremi giudici europei che non siano limitati o negati dall'attuazione del diritto euro-unitario.

3. Funzione "positiva" dei diritti sociali fondamentali

La possibilità che la Corte di Giustizia riconosca un diritto fondamentale dei lavoratori nella sua funzione "positiva" è condizionata dall'esistenza di una norma di diritto derivato che regoli la materia alla quale quel diritto è riconducibile. Il che spiega ad esempio come mai l'art. 30 della Carta (che riconosce il diritto a non essere licenziati senza giustificazione) non sia mai stato utilizzato dalla Corte di Giustizia. Dal momento che non esistono direttive in materia di licenziamento individuale, neppure una legge che in ipotesi introducesse in uno Stato membro il principio dell'*employment at will* (cioè la piena libertà di licenziamento) potrebbe essere contestata davanti ai giudici europei per violazione dell'art.30, mancando la giurisdizione della Corte di giustizia in materia¹⁵.

I recenti casi *Hernandez* e *Z.* segnalano poi la tendenza della Corte ad applicare in maniera rigida e formalistica il criterio del "collegamento" tra diritto nazionale e diritto dell'UE proprio quando la controversia attiene ad un diritto sociale o del lavoro. In altre parole, la Corte si considera

¹⁵ La sentenza Corte giust., C-323/08, *Ovidio Rodriguez Mayor* è a riguardo esemplificativa. La questione riguardava la legislazione spagnola che non tutela il lavoratore in caso di licenziamento per cessazione di attività conseguente al decesso del datore; i giudici europei si sono dichiarati incompetenti a valutare tale legislazione alla luce dell'art.30 CDFUE, non rientrando la questione nell'ambito di applicazione della direttiva 98/59 che, come noto, riguarda solo i licenziamenti collettivi.

competente a valutare il rispetto dei diritti sanciti dal titolo IV della Carta, soltanto quando la fonte di diritto nazionale contestata alla luce della stessa sia chiaramente inquadrabile come norma di recepimento di una direttiva¹⁶. Ne consegue che, sulle materie sottratte alla competenza normativa dell'UE ex art. 153.5 TFUE (retribuzione, associazione sindacale e sciopero), la possibilità della Corte di esprimersi è esclusa *a priori*. Per quando compresse e ridotte possano essere le retribuzioni negli Stati membri e per quanti limiti possano essere previsti all'esercizio dello sciopero, nessun diritto fondamentale potrà essere considerato violato dai giudici di Lussemburgo.

Non sorprende allora che la maggior parte delle sentenze della Corte di giustizia nelle quali è stato riconosciuto un diritto fondamentale dei lavoratori abbia riguardato il diritto alle ferie annuali retribuite, affermato dall'art.31 della Carta e oggetto dell'art.7 della direttiva 2003/88 in materia di orario e tempi di lavoro¹⁷. La Carta è stata in questi casi richiamata dalla Corte per rafforzare la propria argomentazione: il diritto fondamentale è cioè servito per sottolinearne l'importanza e la centralità nell'ordinamento dell'UE, al fine di dare maggior coerenza a quanto prescritto dalla direttiva¹⁸. In questa giurisprudenza la Corte ha affermato che il limite delle 4 settimane annue di ferie previste dall'art.7.1, direttiva 2003/88 deve considerarsi inderogabile, in quanto appunto espressione di un diritto fondamentale; e per questo motivo non può essere illimitato il potere discrezionale che lo stesso art.7.2, riconosce agli Stati membri nel definirne le “*condizioni di godimento e di concessione*”. Non si può però non notare come a queste stesse conclusioni la Corte di giustizia sia giunta in altre sentenze anche senza fare alcun riferimento alla Carta dei diritti¹⁹. Il che dimostra che il diritto fondamentale è utilizzato dai giudici europei come una sorta di “clausola

¹⁶ Nella sentenza Corte giust. C-198/13, *Hernández*, la Corte ha negato la possibilità di censurare come discriminatoria, sulla base dell'art.20 CDFUE, la normativa spagnola che riconosce il diritto di chiedere allo Stato il pagamento delle retribuzioni maturate dopo il 60° giorno lavorativo successivo alla data di inizio della procedura di contestazione del licenziamento illegittimo, negandolo nel caso di licenziamento nullo; le disposizioni contestate non rientrano infatti nell'ambito di applicazione della direttiva 2008/94 relativa alla tutela del lavoratore in caso di insolvenza del datore, in quanto questa riguarda la tutela dei crediti vantati dal lavoratore nei confronti del datore, laddove la normativa spagnola contestata riguarda un'ipotesi di surrogazione ex lege del lavoratore in un diritto attribuito al datore nei confronti dello Stato, in ipotesi di eccessiva durata del processo.

Nella precedente sentenza Corte giust. C-363/12, *Z*, la questione verteva invece sul possibile contrasto con diversi articoli della Carta (art.21 in materia di discriminazioni; art. 23 relativo alla parità di uomo-donna; l'art. 33 sulla protezione della vita familiare; l'art. 34 sul diritto alla sicurezza sociale) della normativa irlandese che nega alle lavoratrici il congedo in caso di maternità c.d. surrogata (o assistita). La presenza delle direttive 2006/54 (parità uomo-donna), 2000/78 (discriminazioni diverse dal genere) e 92/85 (congedi.) sembrerebbe suggerire l'esistenza di un collegamento tra tale materia ed il diritto dell'UE; ma la Corte è stata di avviso contrario, e ciò, di nuovo, grazie ad una lettura formalistica del criterio del “collegamento”. La sentenza *Z*. fa il paio con la coeva sentenza Corte giust. C-167/12, *D.*, nella quale la Corte di giustizia ha negato che la direttiva 92/87 garantisca il diritto al congedo in caso di maternità surrogata; da ciò l'affermazione che essere privati del congedo in tal caso non costituisca neppure un “*trattamento meno favorevole*” ai sensi dell'art.2, par.2, lett. c), direttiva 2006/54 (punti 58-59).

¹⁷ Il diritto alle “ferie annuali retribuite” riconosciuto dall'art. 31.2 CDFUE è stato il primo ad essere richiamato nelle conclusioni di un AG, nel caso *BECTU* (AG Bot, conclusioni in causa C-173/99)

¹⁸ Corte giust. C-337/10, *Neidal*; C- 229/11 e 230/11, *Heiman*; C-214/10, *KHS*; C-78/11, *ANGED*; C-539/12, *Lock*; in tutte si legge che il diritto alle ferie retribuite è “*un principio particolarmente importante nel diritto sociale dell'Unione*”.

¹⁹ Così in Corte giust. C-350/06 e C-520/06, *Shultz-Off* e nella recente C-118/13 *Gülay Bollacke*.

di stile”, cioè al solo fine di confermare quanto già deducibile dal testo della direttiva. Ciò che rileva nell’argomentazione della Corte in questa giurisprudenza sono le disposizioni della direttiva 2003/88, piuttosto che il diritto affermato dall’art. 31 della Carta. Il che è l’inevitabile conseguenza del fatto che il diritto fondamentale acquista rilievo giuridico soltanto attraverso la fonte di diritto derivato che ne dà attuazione.

Alla luce della giurisprudenza richiamata sembra doversi concludere che il riconoscimento dei diritti fondamentali dei lavoratori non apporti alcun valore aggiunto nell’ordinamento dell’UE rispetto a quanto già ricavabile dalle direttive di armonizzazione. Lo scenario potrebbe però cambiare per effetto della celebre sentenza *Kücükdeveci*²⁰, con la quale, sulla scia della precedente sentenza *Mangold*²¹, la Corte ha riconosciuto l’efficacia diretta orizzontale del diritto a non subire discriminazioni per ragioni di età, ammettendone l’azionabilità in giudizio nei confronti del datore in caso di mancato o erroneo recepimento della direttiva 78/2000 da parte dello Stato. Il passaggio chiave dell’argomentazione della Corte si coglie nel riconoscimento che il diritto a non essere discriminati è un “*principio generale*” dell’ordinamento dell’UE, oltre che un diritto fondamentale sancito dall’art. 21 della Carta. Nell’imporre agli Stati l’adozione di misure per contrastare le discriminazioni per ragioni diverse dal genere, la direttiva 78/2000 provvede a specificare e concretizzare tale principio, che però trova nelle fonti primarie dell’UE e non nella direttiva il suo fondamento costitutivo. Un’affermazione, quest’ultima, che consente di superare i limiti posti dalla stessa Corte alla diretta applicazione delle direttive nei rapporti tra privati, diventando disapplicabili le norme di diritto interno lesive del diritto fondamentale “concretizzato” dalla direttiva²². Se lo stesso approccio venisse esteso alle direttive in materia di lavoro, ne conseguirebbe la possibilità di rivendicare in giudizio i diritti fondamentali dei lavoratori sanciti dalla Carta in tutti i casi in cui tali direttive non siano state correttamente recepite negli ordinamenti nazionali.

Questa prospettiva è stata parzialmente accolta dall’AG Villalon nelle conclusioni al caso *Association de médiation sociale (AMS)*, nel quale la Corte è stata chiamata ad esprimersi in merito alla possibilità di invocare in una controversia tra privati l’art.27 della Carta (relativo al diritto di informazione e consultazione sindacale)²³. Il riconoscimento di tale possibilità da parte dell’AG è

²⁰ Corte giust. C-555/07, *Kücükdeveci*.

²¹ Corte giust. C- 144/04, *Mangold*.

²² Come noto, secondo la consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia, le direttive pongono vincoli solo in capo agli Stati ed alle autorità pubbliche, per cui, in caso di loro inesatta o mancata attuazione nell’ordinamento nazionale, esse non permettono ai giudici nazionali di procedere alla disapplicazione del diritto interno nelle controversie tra privati; resta la sola via (se possibile) dell’interpretazione conforme o del risarcimento del danno da parte dello Stato per inottemperanza agli obblighi comunitari (per prima, Corte giust. C-92/91, *Faccini Dori*).

²³ Corte giust. C-176/12, *AMS*; in particolare, la questione riguardava la possibilità di utilizzare l’art.27 CDFUE per disapplicare la norma francese che esclude i lavoratori assunti con uno speciale contratto di inserimento per giovani dalla base di calcolo per costituire le rappresentanze sindacali titolari dei diritti di informazione previsti dalla direttiva 2002/14.

stato solo “parziale”, perché fondato sulla distinzione tra “diritti” e “principi” e sulla riconduzione del diritto di cui all’art.27 tra questi ultimi. La distinzione in parola, come noto, trova avallo nell’art.6 TUE e nella stessa Carta dei diritti, il cui art.52.2. da una parte impone di “rispettare” i diritti, dall’altra invita gli Stati ad “osservare” i principi “*ai soli fini dell’interpretazione e del controllo di legalità*”²⁴. L’AG ha avuto però il merito di chiarire quale debba essere, a suo parere, il significato della controversa disposizione della Carta, leggendola in modo da preservare l’ “effetto utile” dei “principi” enunciati dalla stessa. Sulla scia della sentenza *Kücükdecevi*, ha quindi ammesso che anche un principio possa essere invocato in controversie tra privati se esistono norme di diritto derivato che lo attuano in maniera sufficientemente specifica, “*concretizzan[done] in modo essenziale ed immediato il contenuto*”²⁵.

Le prospettive aperte dall’AG Villalon sono state però chiuse dalla sentenza della Corte, che ha negato l’efficacia orizzontale dell’art.27 alla luce del suo tenore letterale. Per escludere la rilevanza della dottrina *Kücükdecevi* nel caso di specie, la Corte ha fatto leva sul fatto che il diritto a non essere discriminati (“*di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in quanto tale*”) non sarebbe equiparabile ai diritti la cui identificazione è rimessa dalla Carta alle “*disposizioni del diritto dell’Unione o del diritto nazionale*” (come appunto nel caso del diritto di cui all’art.27)²⁶. La Corte in tal modo ha fatto propria implicitamente la distinzione tra “diritti” (tra i quali riconduce quello a non essere discriminati) e “principi” (tra i quali riconduce il diritto sindacale all’informazione) già proposta dall’AG; ma al contrario di quest’ultimo, ha attribuito *sic et simpliciter* solo ai primi lo statuto “pieno” di diritto fondamentale invocabile anche nei rapporti interprivati.

Resta da capire se quanto affermato dalla Corte di giustizia a proposito del diritto di informazione e consultazione valga per tutti i diritti elencati nel titolo IV della Carta; se cioè tutti i diritti dei lavoratori vadano considerati “principi” da attuare e non “diritti” da rispettare, e quindi se la loro enunciazione valga a vincolare solo gli Stati e l’UE e non, “direttamente”, anche i datori di lavoro. Considerando il “tenore letterale” delle diverse disposizioni della Carta si dovrebbe concludere che non tutti i diritti dei lavoratori hanno la limitata efficacia che la Corte attribuisce al diritto di informazione sindacale. Non mancano infatti articoli che (al contrario dell’art.27) attribuiscono al lavoratore un diritto non condizionato dall’esistenza di norme che ne diano attuazione. Tra questi

²⁴ L’art.6.1 TUE, rinviando alle Spiegazioni ed alle disposizioni generali della Carta per la sua “*applicazione ed interpretazione*”, specifica che questa elenca “*diritti*”, “*libertà*” e “*principi*”. Nelle Spiegazioni alla Carta si legge poi che “*ai principi può essere data attuazione tramite atti legislativi o esecutivi [...]; di conseguenza, essi assumono rilevanza per il giudice solo quando tali atti sono interpretati o sottoposti a controllo. Essi non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell’Unione o delle autorità degli Stati membri*”.

²⁵ AG Villalon, conclusioni in causa C-176/12, punto 70. Nel caso di specie la norma che “concretizza” il principio di cui all’art.27 è identificata nell’art.3, par.1 della Direttiva 2002/14, relativa al suo campo di applicazione.

²⁶ Corte giust. C-176/12, *AMS*, punti 45-47

c'è proprio l'art. 31, relativo alle condizioni di lavoro giuste ed eque, che, come visto, al par. 2 riconosce ad "ogni lavoratore" il "diritto [...] a ferie annuali retribuite", senza alcuna ulteriore precisazione.

La Corte di giustizia però, quando nel caso *Dominguez* ha avuto l'occasione di affrontare il problema dell'efficacia da attribuire all'art. 31, ha preferito evitare di farlo; e ciò nonostante che l'AG Trstenjak avesse impostato tutte le sue conclusioni proprio sul problema del possibile effetto diretto orizzontale del diritto "fondamentale" alle ferie²⁷. La questione riguardava la compatibilità con l'art.7.1 della direttiva 2003/88 di una norma del codice del lavoro francese che non considerava le assenze per infortunio *in itinere* nel computo dei giorni minimi di lavoro per maturare il diritto alle ferie. La Corte ha semplicemente ignorato il problema del possibile rilievo da riconoscere alla Carta, e si è limitata a confermare la propria consolidata impostazione per cui la direttiva non produce effetti diretti tra lavoratore e datore privato. Da ciò la conclusione che, anche in caso di violazione del diritto alle ferie garantito dalla direttiva 2003/88, il giudice non può disapplicare il diritto nazionale, ma solo interpretarlo (se possibile) conformemente al diritto dell'UE o, eventualmente, riconoscere il diritto al risarcimento del danno nei confronti dello Stato per inottemperanza agli obblighi imposti dal diritto derivato²⁸.

L'AG Trstenjak, d'altra parte, è giunta alle stesse conclusioni della Corte, pur riconoscendo che il diritto alle ferie retribuite è non solo un diritto fondamentale sancito dalla Carta, ma anche un "principio generale" di diritto dell'UE, come dimostra l'insieme di fonti internazionali e nazionali che lo riconoscono. Secondo l'AG però ciò non sarebbe sufficiente per attribuire all'art.31 la stessa efficacia che spetta al principio di non discriminazione, perché gli Stati godrebbero comunque di un margine di discrezionalità nell'attuare "tutti" i diritti dei lavoratori elencati nel titolo IV. Il contenuto di questi ultimi può infatti dipendere (legittimamente) "dalle condizioni economiche e sociali vigenti", mentre ciò non è ammesso quando si tratta di valutare compressioni a libertà e diritti civili (qual è, ad esempio, quello a non subire discriminazioni)²⁹. Da ciò la conclusione che i diritti fondamentali dei lavoratori, anche quando non sono qualificati come "principi", non sono direttamente "azionabili" in giudizio dai lavoratori stessi³⁰.

Le argomentazioni della Corte di giustizia sono ovviamente opinabili ed il confronto tra i casi *Dominguez* e *AMS* evidenzia significative divergenze di opinioni tra gli stessi AG. I casi richiamati dimostrano comunque come nella giurisprudenza si stia consolidando una distinzione "gerarchica"

²⁷ AG Trstenjak, conclusioni in causa C-282/10, *Dominguez*.

²⁸ Corte giust. C-282/12, *Dominguez*, punti 31-33.

²⁹ Cfr., tra le altre, Corte giust. C-542/09, *Commissione c. Paesi Bassi*, punto 58 in merito all'inammissibilità di giustificazioni fondate su ragioni di ordine finanziario od economico per limitare l'esercizio della libertà di circolazione dei lavoratori (cui è associato il diritto a non subire discriminazioni per nazionalità).

³⁰ AG Trstenjak, conclusioni in causa C-282/12, spec. punti 159 e 163

tra diritti fondamentali che penalizza quelli sociali e del lavoro³¹. I diritti fondamentali dei lavoratori, pur riconosciuti come tali, raramente rientrano nella giurisdizione della Corte di giustizia, essendo questa condizionata dall'esistenza di una fonte di diritto derivato che ne imponga il rispetto negli ordinamenti degli Stati membri; ed anche quando ciò succede, essi non godono di uno statuto che ne consenta la giustiziabilità davanti alle corti nazionali, come invece accade per il diritto a non essere discriminati. La “dottrina” *Kücükdeveci* non sembra insomma utilizzabile per rendere “azionabili” i diritti dei lavoratori nei confronti dei datori di lavoro né per disapplicare le norme nazionali che non li rispettino.

Se per la Corte di giustizia l'unico diritto direttamente azionabile da un lavoratore nei confronti del proprio datore di lavoro è quello di non discriminazione (nelle sue diverse declinazioni)³², meriterebbe soffermarsi (più di quanto è possibile in questa sede) sugli effetti che un simile approccio al tema dei diritti fondamentali sta producendo sui sistemi nazionali di welfare e di diritto del lavoro. Qui ci si limita ad osservare come il diritto a non essere discriminati non sia un diritto sociale, ma un diritto civile (il “primo” dei diritti civili); vale a dire che la tutela del lavoratore, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si fonda esclusivamente sull'esercizio di un diritto che non tiene conto della “disuguaglianza” sostanziale e materiale che caratterizza la condizione socio-economica del lavoratore stesso. Per questa ragione non manca chi, a ragione, coglie nella giurisprudenza europea in materia di diritto antidiscriminatorio, se non una causa, certo un fattore di legittimazione del processo di trasformazione (e destrutturazione) degli Stati sociali nazionali. Tale trasformazione si sostanzia in una nuova idea di cittadinanza sociale “di mercato”, non più fondata sull'idea di giustizia “sostanziale” (secondo la tradizione, appunto, dei welfare nazionali), cioè su diritti qualificabili come “sociali” perché presupponenti l'adozione di politiche solidaristiche e redistributive; ma piuttosto sull'idea (propria della cultura politico-giuridica nord-americana) di “*access justice*” e su diritti “formali/procedurali”, che attribuiscono al singolo individuo la possibilità di rivendicare i diritti garantiti in uno Stato membro, senza subire discriminazioni in ragione del proprio status³³. Tra questi diritti, certo, possono rientrarvi anche quelli sociali e del

³¹ Alle stesse conclusioni giungono, da ultimi, Caruso- Papa, *I percorsi accidentati della Carta dei diritti fondamentali dell'UE...eppur la talpa scava*, RGL, 2014/2.

³² La sentenza *Kücükdeveci* riguarda la discriminazione per età, ma evidentemente quanto in essa affermato vale per tutte le altre ragioni di discriminazione tipizzate dalle direttive n. 78 e n. 43 del 2000. Lo statuto “pieno” di diritto fondamentale spetta poi al divieto di discriminazione per genere (a partire da Corte giust. C-96/80, *Defrenne II*) e per nazionalità, quest'ultimo corollario del principio della libera circolazione posto a base del processo d'integrazione europea e del quale ormai beneficiano non solo i lavoratori ma tutti i “cittadini” dell'UE (per tutti, Giubboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, Bologna, 2012, 139 ss.).

³³ Micklitz, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law*, in Neergard- Nielsen- Roseberry, *The Role of the Courts in Developing a European Social Model*, Copenhagen, 2010.

lavoro; ma il diritto ad esercitare questi diritti in condizioni di parità, nulla dice in merito al loro contenuto sostanziale e, quindi, allo standard di protezione da accordare al titolare³⁴.

4. Funzione negativa dei diritti sociali fondamentali e loro bilanciamento con le libertà economiche

Se i diritti fondamentali dei lavoratori nell'ordinamento dell'UE trovano piena tutela solo indirettamente, cioè attraverso il diritto antidiscriminatorio, le libertà economiche beneficiano invece di uno statuto giuridico che le garantisce al massimo grado. La loro natura di "libertà fondamentali" non deriva dalla Carta dei diritti (che pur riconosce la libertà d'impresa all'art.16) ma dalle norme del TFUE che sovrintendono al funzionamento del mercato interno. Il diverso fondamento giuridico delle libertà di mercato rispetto ai diritti sociali e del lavoro spiega come mai, alla "formale" equiparazione tra diritti operata dalla Carta non corrisponda un loro identità di statuto giuridico nell'ordinamento dell'UE. In quanto fonti di diritto primario di diretta applicazione negli ordinamenti nazionali, le norme che riconoscono le libertà economiche fondamentali sono interpretate dalla Corte di giustizia in modo da garantirne la "massima effettività"³⁵. Ciò come noto ha portato i giudici europei a superare la stessa logica antidiscriminatoria e ad assumere il principio del "mutuo riconoscimento" (o del "paese d'origine") a fondamento del processo d'integrazione del mercato: gli Stati membri non solo non devono svantaggiare gli operatori economici stranieri rispetto a quelli nazionali, ma devono riconoscere loro il diritto di esercitare la libertà economica alle stesse condizioni previste nel proprio Stato di origine³⁶. Un principio che, nell'ambito del mercato dei servizi, ha la sua variante nel c.d. "*market access test*", per il quale devono considerarsi lesive della libertà di prestare servizi tutte le misure che ne intralciano o rendono più difficoltoso l'esercizio da parte di chi è stabilito in un altro Stato membro³⁷.

Proprio il principio del mutuo riconoscimento costituisce il presupposto teorico che spiega la funzione "negativa" attribuita ai diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia. In un contesto di regole di mercato "favorevoli" ai processi deregolativi di concorrenza al ribasso giocata sul costo del lavoro, i diritti fondamentali servono infatti per giustificare deroghe

³⁴ La cittadinanza "sociale" europea fondata sulla logica individualista dell'"*access justice*" rischia per altro di produrre effetti di solidarietà al contrario, proprio perché l'accesso al diritto non riflette scelte politiche "redistributive" degli Stati (né tanto meno dell'UE, priva di un "proprio" welfare), ma strategie giudiziarie attivate dai soggetti più capaci di farne uso a scapito magari dei lavoratori più deboli che coprono il costo dei loro diritti (da ultimo, Giubboni, *I diritti sociali nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in Cinelli- Giubboni, *Cittadinanza, lavoro, diritti sociali*, Torino, 2014, in sintonia con Sharpf, *The Double Asymmetry of European Integration Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy*, Max- Plank-Institute für Gesellschaftsforschung WP n.09/12).

³⁵ Per tutti, ampiamente, Barnard, *The Substantive Law of the EU*, Oxford, 2010.

³⁶ I *leading cases* sono come noto rappresentati dalle sentenze Corte giust. C-8/74, *Dassonville* e C-120/78, *Cassis de Dijon*, in materia di libera circolazione delle merci.

³⁷ E' con la sentenza Corte giust. C-76/90, *Säger* che il principio del "mutuo riconoscimento" viene esteso al mercato dei servizi.

all'applicazione delle regole del mercato interno, ovvero per consentire agli Stati membri di adottare misure che limitano l'esercizio delle libertà economiche, altrimenti inammissibili.

Per la verità la Corte di Giustizia ha risolto il problema del rapporto tra regole di mercato e diritti dei lavoratori anche senza ricorrere all'argomento basato sui diritti fondamentali. Ciò è avvenuto nella nota sentenza *Albany*, nella quale la non applicabilità delle regole della concorrenza a fondi previdenziali di natura negoziale è stata riconosciuta dai giudici europei considerando la funzione attribuita dall'allora Trattato CE all'autonomia delle parti sociali ed al contratto collettivo³⁸. Bisogna aspettare i celebri casi *Viking* e *Laval* perché la Corte nella propria argomentazione invochi la natura "fondamentale" di un diritto dei lavoratori per giustificare (in linea di principio) restrizioni all'esercizio della libertà d'impresa, richiamando la Carta dei diritti ancor prima che il Trattato di Lisbona la assumesse tra le fonti primarie del diritto dell'UE³⁹.

Le due sentenze sono talmente note che non è necessario soffermarsi sul loro contenuto. Basti qui evidenziare come il riferimento al diritto "fondamentale" di sciopero (riconosciuto dall'art.28 della Carta) nell'iter logico seguito dalla Corte costituisca il presupposto per permetterle di operare il giudizio di bilanciamento con la libertà economica (di stabilimento nella sentenza *Viking* e di prestazione di servizi nella sentenza *Laval*). In altre parole, il diritto di sciopero viene riconosciuto sul piano dell'ordinamento dell'UE in quanto ciò è necessario per contrapporlo ad una libertà economica fondamentale e, di conseguenza, limitarlo.

Per altro, nelle sentenze *Viking* e *Laval*, la Carta dei diritti viene richiamata, insieme ad altre fonti di diritto internazionale, nell'ambito di una controversia sindacale, cioè tra soggetti "privati". La Corte in questo caso non ha cioè indugiato a riconoscere l'efficacia orizzontale dell'art.28 della Carta, nonostante questa non avesse ancora acquisito valore giuridico; ciò però, non perché la norma in sé abbia una tale "efficacia", ma come mero riflesso dell'efficacia orizzontale delle disposizioni del TFUE che riconoscono le libertà economiche. In altre parole, per i supremi giudici europei i diritti dei lavoratori sono invocabili in una controversia tra privati solo in risposta ad un'azione in giudizio del datore di lavoro; cioè solo in funzione "difensiva". Il che è la logica conseguenza dell'essere i datori, e non i lavoratori, titolari di un diritto fondamentale pienamente "azionabile", cioè tutelato sia nei confronti dei poteri pubblici sia nei confronti di soggetti privati.

Da quanto detto si ricava come il riconoscimento di un diritto fondamentale nell'ordinamento dell'UE non preservi il livello di protezione che a tale diritto è assicurato negli ordinamenti nazionali, perché non comporta l' "immunità" dai vincoli posti dal diritto dell'UE. Lo conferma *a contrario* proprio il caso *Albany*, nel quale, per riconoscere l'immunità del contratto collettivo dalle regole della concorrenza, la Corte non ha utilizzato il "linguaggio" dei diritti. Piuttosto, il

³⁸ Corte giust. C-67/96, *Albany*.

³⁹ Corte giust. C-438/05, *Viking* e C-341/05, *Laval*

riconoscimento del diritto fondamentale apre ad una valutazione di bilanciamento con altri valori tutelati dall'ordinamento dell'UE, che (ovviamente) non è scontato si concluda con la salvaguardia del diritto stesso. Il grado di tutela riconosciuto ai lavoratori titolari del diritto fondamentale dipende dal modo con cui viene declinato il meta-principio di proporzionalità: la tutela del diritto fondamentale cioè è ammessa se non incide in maniera “sproporzionata” sulle dinamiche del mercato interno⁴⁰. Così, nei casi *Viking* e *Laval*, il diritto di sciopero, pur legalmente esercitato in base al diritto nazionale, ha potuto essere sottoposto ad una valutazione tesa ad accertarne la legittimità alla luce delle finalità con esso perseguite e degli effetti prodotti sulla controparte⁴¹.

E' vero che la Corte di giustizia nella sua giurisprudenza non considera “bilanciabile” con le libertà economiche qualsiasi diritto, né utilizza sempre allo stesso modo il test di proporzionalità per operare il giudizio di bilanciamento. Nelle sentenze *Omega*⁴² e *Dynamic Medien*⁴³, ad esempio, l'esigenza di tutelare la “dignità umana” ed i diritti dei “minori” ha portato i giudici europei a giustificare l'imposizione di limiti all'esercizio delle libertà economiche⁴⁴; e nel caso *Schmidberger*⁴⁵ la libertà di manifestare di un gruppo di ambientalisti è prevalsa su quella di circolazione delle merci. E proprio questi casi sono spesso richiamati da quanti sostengono che un “altro bilanciamento è possibile” nell'ordinamento dell'UE e che la Corte, mostrando di non avere un approccio univoco in merito, potrebbe rivedere la “dottrina *Laval*” in futuro⁴⁶.

A parere di chi scrive, i casi richiamati non segnalano però contraddizioni e contrasti interni alla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo, ma confermano piuttosto che ai diritti fondamentali è attribuito un diverso statuto giuridico a seconda della loro natura; e confermano che nella giurisprudenza della Corte di giustizia quelli sociali si collocano su un piano di “minorità” rispetto a quelli civili. Non si può infatti ignorare come tutte le sentenze in questione non riguardassero diritti dei lavoratori. Nel caso *Omega*, come detto, in gioco c'era addirittura il valore della “*dignità della persona*”⁴⁷, posto a base della Costituzione tedesca e sancito dall'art.1 della Carta dei diritti. E ciò spiega il diverso esito del giudizio di bilanciamento con le libertà di mercato.

⁴⁰ Sul principio di proporzionalità nella giurisprudenza della Corte, per tutti, Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006

⁴¹ Ciò ha portato nella sentenza *Viking* a subordinare la legittimità dello sciopero al principio dell'*extrema ratio*, nella sentenza *Laval* a considerarlo illegittimo in quanto finalizzato a garantire condizioni di lavoro superiori agli standard minimi fissati dalla direttiva 96/71 relativa al distacco dei lavoratori.

⁴² Corte giust., C-36/02, *Omega*

⁴³ Corte giust. C-244/06, *Dynamic Medien*

⁴⁴ La diversa impostazione seguita dalla Corte nei due casi richiamati rispetto alle sentenze *Viking* e *Laval* è evidenziata da Lo Faro, *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, RDPE, 2010, 419 ss.

⁴⁵ Corte giust. C-112/00, *Schmidberger*

⁴⁶ Tra questi vi rientra anche l'AG Trstenjak, che nelle sue conclusioni al caso C-271/08, *Commissione c. Germania* contrappone i diversi approcci della Corte di giustizia.

⁴⁷ Il caso *Omega* riguardava la compatibilità con le regole della concorrenza di un provvedimento di divieto di praticare in un locale un gioco di omicidio simulato con pistole laser

5. Le altre fonti di diritto internazionale: loro rilevanza nell'ordinamento dell'UE

Le sentenze *Viking* e *Laval* hanno portato alla luce il problema del rapporto tra l'ordinamento dell'UE e le fonti internazionali del lavoro, aprendo inediti scenari di confronto e dialogo tra la Corte di giustizia e gli organismi internazionali deputati a vigilare sul rispetto dei diritti fondamentali dei lavoratori. Il problema riguarda in primo luogo le Convenzioni OIL e, sul piano regionale, la Carta Sociale europea, riveduta nel 1996 (CSE).

Sia il Comitato di esperti per l'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni dell'OIL (Ceacr) che il Comitato europeo dei diritti sociali (CEDS) si sono espressi in merito alla legge che ha adeguato l'ordinamento svedese alla sentenza *Laval* (c.d. *Lex Laval*⁴⁸). Pur non entrando nel merito del giudizio della Corte di giustizia⁴⁹, entrambi gli organismi hanno giudicato la legge svedese in contrasto con gli standard internazionali in materia di sciopero⁵⁰. Se il Ceacr ha sottolineato come la Convenzione OIL n. 87/48 prescriva agli Stati aderenti di garantire il diritto di sciopero e di rappresentanza dei lavoratori stranieri distaccati sul loro territorio, il CEDS ha colto una violazione degli art.6.4 (diritto di sciopero) e 19 (tutela dei lavoratori migranti) della CSE negli ostacoli posti dalla *Lex Laval* alla possibilità di garantire attraverso l'azione sindacale la parità di trattamento tra lavoratori distaccati e nazionali.

Si configura dunque un potenziale contrasto tra i *dicta* della Corte di giustizia e le decisioni dei Comitati di esperti in materia di sciopero, che però non necessariamente è destinato a sfociare in una revisione degli orientamenti della prima. Né il comitato OIL né il CEDS sono infatti organi giurisdizionali (essendo composti appunto da "esperti" e non da "giudici"); non a caso i giudici di Lussemburgo nelle sentenze *Viking* e *Laval* si sono limitati a richiamare la convenzione OIL n. 87/48 e la Carta Sociale, ma non la giurisprudenza dei rispettivi organismi di sorveglianza⁵¹. E non contribuisce a modificare il quadro esistente l'offensiva in atto della componente datoriale dell'OIL contro il diritto di sciopero, fondata proprio sulla messa in discussione della consolidata

⁴⁸ Si tratta della legge 228/2010 entrata in vigore il 15 aprile 2010

⁴⁹ Sia il Ceacr (International Labour Conference, 102nd Session, 2013, *Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations*, Part II, pp. 176-180) sia il CEDS (*Swedish Trade Union Confederation (LO) and Swedish Confederation of Professional Employees (TCO) v. Sweden*, ricorso 85/2012, decisione nel merito del 3 luglio 2013) ribadiscono come non rientri nelle loro competenze esprimersi sulla giurisprudenza della Corte di giustizia né in generale sui vincoli posti dal diritto dell'UE, ma soltanto sul rispetto degli standard internazionali da parte degli Stati aderenti.

⁵⁰ Il Ceacr dell'OIL si è espresso anche in merito agli effetti della sentenza *Viking* in una controversia tra British Airways e il sindacato del personale di volo inglese (Balpa), esprimendo preoccupazione per gli effetti che la sentenza della Corte può produrre negli ordinamenti nazionali (*Report of the Committee of Experts on the Application of Conventions and Recommendations (2010)*, ilolox nr 062010GBR087)

⁵¹ Corte giust. C-438/05 *Viking*, punto 43 e C-341/05, *Laval*, punto 90. Evidenzia questo profilo delle sentenze, Rocca, *Posting of Workers and Collective Labour Law*, PhD Thesis, Louvain-la-Neuve, 2014.

giurisprudenza dei comitati di esperti⁵²; un'offensiva che rischia di disarticolare l'intero sistema di monitoraggio che fino ad oggi ha permesso la definizione degli standard internazionali del lavoro. Ben altro peso "giuridico" rispetto alle fonti internazionali del lavoro è attribuito dal diritto dell'UE alla CEDU. La Carta dei diritti vi fa infatti riferimento per identificare il livello di protezione da garantire ai diritti fondamentali nell'ordinamento dell'UE (art.53) e l'art.6.3 TUE la richiama esplicitamente per precisare che i diritti fondamentali che essa riconosce "*fanno parte del diritto dell'UE in quanto principi generali*". Da ciò consegue che la Corte di giustizia non possa ignorare la CEDU né prescindere dalla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, quale organo giurisdizionale competente ad interpretarla. La Corte di Strasburgo, d'altra parte, potrebbe addirittura diventare il giudice di ultima istanza per valutare il rispetto dei diritti fondamentali nell'ordinamento euro-unitario, se si compie il processo di adesione dell'UE alla CEDU previsto dall'art.6.2 TUE.

La CEDU come noto si occupa di diritti civili e politici, ma la Corte di Strasburgo ha riconosciuto come diritti dell'uomo anche alcuni diritti dei lavoratori ritenuti espressione di diritti civili. Questo è avvenuto proprio con riferimento al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva, considerati parte della libertà di associazione sancita dall'art.11 CEDU nelle note sentenze "turche" *Demir e Baykara* ed *Enerij Yapi*⁵³. Le sentenze sono importanti anche (e soprattutto) sul piano metodologico, perché a questa conclusione la Corte è arrivata in forza di un'interpretazione evolutiva del diritto internazionale che l'ha portata a leggere l'art.11 CEDU alla luce delle fonti dell'OIL e della CSE, come interpretate dai rispettivi organismi di controllo. Grazie a questa giurisprudenza, le fonti di diritto internazionale del lavoro sembrano dunque acquisire "indirettamente" valore vincolante nell'ordinamento dell'UE, in quanto rilevanti per interpretare la CEDU. Per questo motivo parte della dottrina ritiene che le sentenze "turche", configurando un contrasto tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte di Strasburgo in materia di diritto di sciopero, possano indurre i giudici di Lussemburgo a modificare il proprio approccio⁵⁴. A parere di chi scrive questo scenario non è però prospettabile, perché non tiene conto della natura affatto peculiare dei casi oggetto della giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In particolare, nella

⁵² La componente datoriale in occasione della 102esima Sessione della Conferenza Internazionale del Lavoro (2013) ha contestato la consolidata posizione del Ceacr e del Comitato di esperti sulla libertà di associazione (CFA) che deduce il riconoscimento del diritto di sciopero dalla Convenzione 87/48 relativa alla libertà di associazione sindacale; ciò in ragione della supposta assenza di competenza dei comitati ad interpretare convenzioni OIL (competenza che spetterebbe solo al Comitato sull'applicazione degli standard ed alla Conferenza). Questa intransigente posizione della componente datoriale ha aperto una crisi del sistema di monitoraggio dell'OIL ancora in atto.

⁵³ C. eur. dir. uomo, 12.11.2008, *Demir e Baykara c. Turchia* (relativa al diritto alla contrattazione collettiva) e C. eur. dir. uomo, 21.4.2009, *Enerij Japi- Yol Sen c. Turchia* (relativa al diritto di sciopero)

⁵⁴ In questo senso, tra gli altri, Ewing- Hendy, *The Dramatic Implication of Demir and Baykara*, ILJ, 2010 e De Stefano *La protezione internazionale ed europea del diritto alla contrattazione collettiva e del diritto di sciopero e la tutela dei diritti dei lavoratori come diritti umani nella dialettica tra corti e organi di supervisione sovranazionali*, GDLRI, 2014/3.

sentenza *Enerji Yapi* la Corte dei diritti ha considerato lesiva dell'art.11 CEDU la possibilità-ammessa nell'ordinamento turco- di vietare l'esercizio del diritto di sciopero per intere categorie di dipendenti pubblici. Non è possibile dunque ricavare da tale sentenza indicazioni in merito al diverso problema affrontato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Viking* e *Laval*. E d'altra parte, neppure è sostenibile che la giurisprudenza dei comitati di esperti dell'OIL e della Carta Sociale Europea vincoli il giudizio dei giudici di Strasburgo; lo conferma la recente sentenza *RMT*⁵⁵, nella quale il divieto posto agli scioperi di solidarietà dalla legislazione britannica è stato considerato compatibile con l'art.11 CEDU, nonostante quella stessa legislazione sia stata più volte censurata dall'OIL. Proprio in questa sentenza la Corte europea ha chiarito poi che gli Stati godono di un'ampia discrezionalità nel regolare l'esercizio dello sciopero e che l'art.11 ne ammette limitazioni anche per tutelare interessi economici delle imprese e più in generale per perseguire obiettivi di politica economica⁵⁶.

Tutto ciò porta a concludere che il problema del rapporto tra il diritto dell'UE e le altre fonti di diritto internazionale resta aperto e che queste ultime non forniscono ad oggi solide basi giuridiche per rafforzare lo statuto dei diritti fondamentali dei lavoratori nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Certamente alla CEDU ed alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo è attribuito un rilievo giuridico che non spetta alle convenzioni internazionali di diritto del lavoro (ivi compresa la CSE), ed ancor meno alle decisioni dei rispettivi organismi deputati a monitorarne l'applicazione. Solo la prima è un riferimento ineludibile per la Corte di giustizia nel determinare il contenuto ed il livello di tutela dei diritti fondamentali. Ma la CEDU, da una parte offre protezione ai diritti dei lavoratori solo se configurabili (anche) come espressione di diritti civili, dall'altra ammette limitazioni al loro esercizio che non smentiscono quelle configurate dalla Corte di giustizia nella sua giurisprudenza sul mercato interno.

6. Conclusioni

L'analisi della giurisprudenza della Corte di giustizia riconduce al paradosso da cui si è preso le mosse all'inizio di questo scritto. Lo statuto giuridico dei diritti "fondamentali" dei lavoratori nell'UE resta debole, nonostante i progressi che sono stati compiuti negli ultimi anni sul piano del loro riconoscimento "formale". La causa di ciò è da cogliere nell'asimmetria che ancora caratterizza l'ordinamento dell'UE tra dimensione economica e dimensione sociale: la prima fondata su norme direttamente azionabili e derogabili solo eccezionalmente; la seconda fondata su norme non

⁵⁵ C. eur. dir. uomo, 8.4.2014, *National Trade Union of Rail, Maritime and Transport Workers c. Regno Unito*

⁵⁶ Ciò, d'altra parte, era già deducibile dalla precedente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sull'art.11 CEDU, in merito alla quale si rinvia a Dorssemont, *The Right to Take Collective Action under Article 11 ECHR*, in Dorssemont-Lörcher- Schömann (eds.), *The European Convention on Human Rights and the Employment Relation*, Oxford-Portland, 2013.

direttamente azionabili che per acquisire rilievo giuridico necessitano di essere attuate dal legislatore europeo o nazionale. Questa asimmetria spiega come mai i diritti dei lavoratori, anche quando sono attratti nella competenza giurisdizionale della Corte di giustizia, non sono comunque invocabili nei confronti del datore di lavoro; e spiega altresì come mai la qualificazione di un diritto dei lavoratori come “fondamentale” può essere funzionale non ad un ampliamento del suo statuto protettivo, ma, al contrario, ad una limitazione che ne renda l’esercizio compatibile con il corretto funzionamento del mercato.

Il sopravvenire della crisi economico-finanziaria ha ampliato a dismisura l’ambito di influenza delle istituzioni politiche dell’UE (da sole o in concorso con la BCE ed il FMI) su settori del diritto del lavoro e del welfare degli Stati membri esclusi dalle competenze legislative dell’Unione. Il che ha ulteriormente messo in luce la fragilità del sistema di tutela dei diritti fondamentali nell’impianto istituzionale dell’UE, dal momento che i giudici europei non possono esprimersi in merito all’impatto che le riforme del mercato del lavoro promosse dalla nuova governance economica stanno producendo sul livello di tutela dei diritti fondamentali dei lavoratori.

Per rendere davvero la Corte di giustizia il giudice dei diritti (anche) dei lavoratori e per dare così sostanza ai diritti scritti nel titolo IV della Carta, è evidentemente necessario riformare gli assetti istituzionali esistenti: il che chiama in causa gli organi politici dell’UE ed i governi degli Stati membri che ne determinano gli orientamenti. Nel quadro degli assetti esistenti è comunque auspicabile (e possibile) che la Corte abbandoni l’approccio che fino ad oggi l’ha portata a negare l’efficacia diretta orizzontale dei diritti fondamentali dei lavoratori, impedendo la loro piena giustiziabilità. Non si tratterebbe certo di una forzatura della lettera della Carta, ma piuttosto di una valorizzazione di quel principio di “indivisibilità” dei diritti sancito dalla Carta stessa. Ciò per altro permetterebbe di attenuare in parte gli irragionevoli effetti prodotti dalla mancata efficacia diretta delle direttive, che se non correttamente attuate possono essere invocate in giudizio solo dai lavoratori pubblici e non da quelli privati.

E’ anche auspicabile che la Corte di giustizia riconfiguri il rapporto tra libertà economiche e diritti dei lavoratori (in particolare quelli collettivi), in maniera più sintonica con le tradizioni nazionali e con le fonti internazionali del lavoro. Ma per far questo non è necessario invocare i diritti fondamentali, anche perché, come visto, ciò prelude sempre ad un loro “bilanciamento” con le libertà di mercato e dunque ad una loro limitazione. Piuttosto occorre ripensare lo statuto giuridico delle libertà di mercato, rafforzato dalla Corte di giustizia ben oltre i limiti deducibili dalle norme di diritto primario che le riconoscono. In particolare, è l’attribuzione a tali norme di una piena efficacia diretta orizzontale ad averle rese uno strumento utilizzabile nelle controversie sindacali, giustificando il bilanciamento con i diritti collettivi dei lavoratori. Più che rafforzare lo statuto dei

diritti fondamentali dei lavoratori, sarebbe necessario allora depotenziare quello delle libertà economiche, negando alle imprese la possibilità di invocarle per limitare l'autonomia collettiva della controparte contrattuale e considerando le norme del Trattato che le tutelano come rivolte esclusivamente agli Stati ed ai poteri pubblici⁵⁷.

Un simile cambiamento della giurisprudenza della Corte di giustizia aprirebbe maggiori spazi per l'esercizio dell'azione sindacale nell'ordinamento dell'UE, ma evidentemente non sarebbe sufficiente per preservare il Modello Sociale Europeo dagli effetti destrutturanti delle politiche di austerità. La giurisprudenza della Corte di giustizia mostra chiaramente come per garantire una tutela effettiva dei diritti dei lavoratori il loro formale riconoscimento non basta. Serve un cambiamento delle politiche economiche europee, associato ad un rafforzamento del ruolo e del coinvolgimento degli attori sociali, sempre più chiamati a ripensare la logica della loro azione collettiva adottando una prospettiva transnazionale imposta dal contesto di un mercato aperto e in libera concorrenza.

⁵⁷ Su questa prospettiva, cfr. ampiamente Orlandini- Dorssemont, *Market rules and the right to strike: a different approach*, in Rigaux- Buelens- Latine (eds.), *From Labour Law to Social Competition Law?*, Cambridge- Antwerp- Portland, 2013, dove si suggerisce di ammettere l'utilizzo delle libertà economiche fondamentali in controversie tra soggetti privati solo per preservarle da azioni e comportamenti di natura discriminatoria (in sintonia con i principi accolti nella sentenza *Kücükdeveci*).