

Civil rights v. social rights* nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali?

di Graziella Romeo*

Sommario: 1. Introduzione: *civil rights v. social rights*. – 2. La questione della giustiziabilità dei diritti sociali. – 3. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritti a contenuto sociale. – 3.1. I diritti di prestazione: il parametro dell'art. 1, Protocollo 1. – 3.2. I diritti del lavoratore: il parametro dell'art. 11. – 4. Tipi di sindacato sui diritti a contenuto sociale nella giurisprudenza della Corte EDU. – 5. Considerazioni conclusive: CEDU, universalismo e diritti sociali.

1. Introduzione: civil rights v. social rights

Nonostante non rappresentino un tema nuovo per il costituzionalismo contemporaneo – il quale si giova, anzi, di tradizioni di pensiero risalenti¹ – i diritti sociali soffrono da sempre una sorta di crisi di “legittimazione costituzionale”². Ciò avviene per almeno due ordini di ragioni. La prima è la tendenziale prevalenza di ricostruzioni concettuali affini al costituzionalismo liberale classico, il quale identifica il nucleo essenziale dei diritti costituzionalmente protetti con le libertà negative³. La seconda ragione poggia su un argomento di tipo pragmatico: i vincoli di bilancio pubblico che, gravando sul legislatore, impongono la limitazione del numero e dell'entità delle prestazioni di cui lo Stato può ragionevolmente farsi carico. Talvolta, le argomentazioni di questo tipo sono presentate come prove del carattere “condizionato”⁴ e, in ultima analisi, legislativo dei diritti sociali⁵. L'esistenza di vincoli di bilancio (contingenti e, almeno in una certa misura, disponibili), anche in virtù di un'eccessiva enfasi sulla discrezionalità politica in materia finanziaria, si traduce insomma in una differenza non di *struttura*, ma di *natura* (non costituzionale) del diritto sociale.

* Assegnista di ricerca, IUS/09 Università degli studi dell'Insubria. Dottore di ricerca in diritto costituzionale, Università degli studi di Milano.

*In L. Mezzetti, A. Morrone, (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Atti del convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 487 ss.

¹ Il riferimento è soprattutto alla filosofia solidarista francese e alla dottrina tedesca in materia di finalità sociali dello Stato, su cui si rinvia per una compiuta ricostruzione a P. Costa, *Alle origini dei diritti sociali: «Arbeitender Staat» e tradizione solidaristica*, in G. Gozzi (a cura di), *Democrazia, diritti, costituzione*, Bologna, il Mulino, 1997, 278.

² V. B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, Milano, Giuffrè, 2001, 1.

³ V. il classico I. Berlin, *Two Concepts of Liberty*, in *Four Essays on Liberty*, Oxford, Oxford U.P., 1969, trad. it. Milano, Feltrinelli, 1989.

⁴ Sul punto cfr. A. Baldassarre, *Diritti sociali*, voce in *Enc. Giur.*, vol. XI, 1989, p. 30-31: l'A. riferisce il carattere condizionato di alcuni diritti sociali non alla necessità dell'*interpositio legislatoris* quale condizione di esistenza del diritto, ma alla necessità che si verifichi il presupposto di fatto condizionante (strutture organizzative e istituzioni indispensabili all'erogazione delle prestazioni garantite), il quale «non tocca la garanzia di quei diritti quanto al *se* e al *quid*» (p. 31). Del resto, nell'ordinamento italiano tale garanzia è presente direttamente nella Costituzione.

⁵ V. a tal proposito K.D. Ewing, *Social Rights and Constitutional Law*, in *Pub.L.*, 1999, 104 ss., spec. 110 e A. Eide, *Realization of Social and Economic Rights and the Minimum Threshold Approach*, in 10 *HRLJ*, 1989, 35 ss, spec. 39 ss.

Sul piano internazionale, il Consiglio d'Europa nel momento in cui stende la Convenzione europea dei diritti dell'uomo sembra condividere l'impostazione concettuale del costituzionalismo liberale⁶: da un lato, include nel testo le sole libertà negative, codificando separatamente i diritti sociali undici anni più tardi, nella Carta sociale europea⁷; dall'altro decide di dotare questi ultimi di meccanismi di protezione più blandi, in quanto di carattere non giurisdizionale (v. *infra*)⁸.

Inserita in questo contesto, la questione relativa alla protezione dei diritti di seconda generazione in ambito Cedu parrebbe essere superflua e, anzi, caratterizzata da una sorta di "strabismo": è noto che non esiste una Corte competente a conoscere e sanzionare le violazioni dei diritti proclamati nella Carta sociale europea; perché dunque cercare una giurisprudenza sensibile a questo tipo di posizioni giuridiche nell'ambito di un ordinamento che decide a priori di lasciarle fuori dalla sua sfera di competenza?⁹

⁶ Osserva B. Pezzini (*La decisione sui diritti sociali*, cit., 157-158) come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo riproponga «sul piano internazionale, una visione in qualche modo arcaica dei diritti fondamentali, quale quella ... riduzionista ed ideologicamente liberista del costituzionalismo delle origini, che contrappone al nocciolo duro dei diritti di prima generazione il *corpus* separato dei diritti di seconda generazione».

⁷ Adottata a Torino il 18 ottobre 1961, successivamente modificata a Strasburgo il 3 maggio 1996 ed entrata in vigore nel 1999. Di recente "rilancio" della Carta e di valorizzazione del suo ruolo politico parla F. Olivieri, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali. La lunga marcia verso l'effettività*, in *Rivista di diritto della sicurezza sociale*, 2008, 509 ss.

⁸ L' unica (e rilevante) eccezione alla regola della codificazione separata dei diritti di prima e di seconda generazione è rappresentata dal diritto all'educazione riconosciuto all'art. 2 del Protocollo addizionale alla Convenzione, firmato a Parigi nel 1952. La sua inclusione non sembra una scelta arbitraria. Per un verso, il diritto all'istruzione presenta un legame concettuale con il principio democratico, dal momento che la sua realizzazione costituisce un presupposto per l'esercizio effettivo e consapevole dei diritti di partecipazione politica; ed in questo senso lascia supporre la collocazione sistematica dell'art. 2, tra il diritto di proprietà (art. 1) e il diritto a libere elezioni (art. 3). Per l'altro, il diritto all'istruzione più di ogni altro diritto sociale richiama il principio di eguaglianza nella sua accezione di *Chancengleichheit*, di eguaglianza delle chance di partenza (su cui v. A. Baldassare, *Diritti sociali*, voce in *Enc. Giur.*, vol. XI, 1989: l'A. vede nell'adesione a questa interpretazione la possibile conciliazione del conflitto ideologico tra libertà ed eguaglianza. Più in dettaglio, egli osserva che la prima dovrebbe essere intesa non come libertà negativa, ma come espressione di una «legalità sociale», ovvero dovrebbe qualificare non l'individuo come singolo, ma l'uomo inserito nel contesto delle sue relazioni sociali. Allo stesso modo l'eguaglianza, lungi dall'essere concepita in senso estremo, deve essere interpretata appunto come *Chancengleichheit*). Questa interpretazione pone il principio di eguaglianza al riparo da possibili letture egualitariste, posto che la *Chancengleichheit* non è immediatamente traducibile nel principio della distribuzione dei benefici sociali secondo i bisogni di ciascuno. Da questo punto di vista, il Protocollo addizionale adotta una prospettiva coerente con l'impostazione di fondo della Convenzione. La stessa formulazione dell'art. 2 sembra privilegiare le componenti di libertà negativa del diritto all'educazione («Lo Stato nell'esercizio delle funzioni che assume nel campo dell'educazione e dell'insegnamento, deve rispettare il diritto dei genitori di provvedere a tale educazione e a tale insegnamento secondo le loro convinzioni religiose e filosofiche.») senza imporre obblighi specifici in capo agli Stati.

⁹ Alcuni autori sottolineano come il consenso che ha accompagnato la stesura della Convenzione europea dei diritti dell'uomo si sia fondato anche sulla condizione che non fossero inclusi nel testo i diritti sociali. V., per esempio, T. Novitz, *Protection of Workers under Regional Human Rights Systems: An Assessment of Enduring and Divergent Practices*, in B. Hepple (cur.), *Social and labour rights in a global context: international and comparative perspectives*, Cambridge, Cambridge U.P., 2002, 439. Cfr. European Convention on Human Rights, *Travaux Préparatoires*, Strasbourg, Council of Europe 1949-1950, vol. I.

Innanzitutto perché la rigida distinzione dei diritti in “categorie” non appartiene alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Sin dalle sue prime pronunce essa ha accolto un’interpretazione del termine *civil rights* fondata sul contenuto e sugli effetti del diritto, piuttosto che sulla sua ascrizione formale ad un determinato tipo. I diritti civili rappresentano – in seno all’ordinamento istituito dalla Cedu – una categoria tendenzialmente autonoma rispetto a quella elaborata dalle tradizioni giuridiche dei Paesi membri¹⁰. Il risultato è che la Corte afferma la propria giurisdizione in relazione al sindacato sulla violazione di posizioni giuridiche *a contenuto sociale*, purché naturalmente queste siano riconducibili ai diritti positivamente sanciti dalla Convenzione. In altri termini, la Corte EDU, pur non giungendo all’enucleazione di diritti nuovi, non rifiuta di assumere un’interpretazione ampia del proprio parametro, riconducendovi pretese individuali che negli ordinamenti nazionali sono solite formare il contenuto specifico dei diritti definiti sociali.

Al contempo, i giudici europei respingono interpretazioni rigidamente autoreferenziali dei diritti tutelati dalla Convenzione: il testo non è dunque autosufficiente e il contenuto dell’espressione diritti civili viene, almeno in una certa misura, determinato *per relationem* alle legislazioni nazionali degli Stati contraenti¹¹. Di conseguenza, le pretese in cui si sostanziano i diritti sociali ricevono tutela presso i giudici di Strasburgo nel momento in cui esse appartengano ad un *tipo* – non necessariamente coincidente con la categoria dei diritti sociali *tout court* – che è generalmente assistito da garanzie giurisdizionali nell’ordinamento nazionale di riferimento.

Sicché sarebbe un errore sottovalutare il ruolo della Corte europea in materia di protezione di diritti *a contenuto sociale*, specialmente in un contesto – quello internazionale – in cui queste posizioni giuridiche sono generalmente assistite da meccanismi di garanzia non del tutto soddisfacenti.

2. La questione della giustiziabilità dei diritti sociali

La dottrina costituzionalistica e internazionalista ha più volte posto in rilievo il contributo del diritto internazionale alla teoria dei diritti. Non vi è studio in questa materia che possa prescindere dall’imponente *corpus* normativo del diritto internazionale dei diritti umani, su scala sia globale che regionale. Il dato giuridico-positivo è arricchito poi dalla giurisprudenza delle Corti competenti che, anche in virtù del circolo ermeneutico tra i diversi ordinamenti, lo rende strumento di integrazione del parametro costituzionale interno o di arricchimento dei cataloghi.

¹⁰ Cfr. *König c. Germania*, sent. del 28 giugno 1978, serie A n. 27; *Ringeisen c. Austria* sent. del 16 luglio 1971, serie A, n. 12, p. 45, p.to 110 e *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, sent. del 29 maggio 1986, serie A, n. 99, p. 8. Sul p.to v. anche I. Hare, *Social rights as fundamental human rights*, in B. Hepple (cur.), *Social and labour rights in a global context: international and comparative perspectives*, cit., 176.

¹¹ Cfr. *König c. Germania*, cit., p.to 89 e *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, cit., p.to 27-29.

I diritti sociali sono stati interessati dall'internazionalizzazione dei diritti in misura modesta, non in ragione dell'assenza di apposite previsioni normative, le quali sono invece numerose, dettagliate e risalenti nel tempo. La "marginalizzazione" internazionale dei diritti sociali è piuttosto da ricondurre al limitato grado della loro giustiziabilità. Se si esclude l'ordinamento dell'Unione europea – il quale merita considerazioni del tutto distinte – essi non sono assistiti da strumenti di tutela di tipo giurisdizionale¹², con conseguente assenza di una giurisprudenza di Corti sovranazionali in questa materia.

A sua volta, l'esclusione della giustiziabilità dei diritti di seconda generazione è legata alla cautela con cui gli Stati accolgono obblighi internazionali suscettibili di tradursi in impegni di risorse economico-finanziarie. Basti pensare ai meccanismi di tutela contemplati dal Patto delle Nazioni Unite per i diritti economici, sociali e culturali del 1966 ed al suo tutt'altro che frequente richiamo da parte dei giudici nazionali.

Nell'ambito del Consiglio d'Europa la situazione non è diversa. La Carta sociale europea impegna ciascuno Stato firmatario a perseguire con ogni mezzo utile gli obiettivi dichiarati nella parte I¹³ e corrispondenti a trentuno posizioni giuridiche soggettive. Tuttavia, precisa subito dopo che la ratifica non vincola ad assolvere a tutti gli obblighi previsti: ogni Stato ha la facoltà di scegliere a quali disposizioni vincolarsi, pur essendo obbligato ad includere almeno sei delle nove costituenti il "nocciolo duro" del catalogo enunciato nella parte II della Carta, in cui è specificato il contenuto dei diritti e degli obblighi posti in capo agli Stati aderenti¹⁴.

¹² V. A. Pace, *Problemativa delle libertà costituzionali*, Padova, 2003, 8. Secondo un'impostazione che in dottrina è stata definita giuspositivismo illuminato, per dirsi esistente un diritto deve essere effettivo. In altri termini, «un diritto sicuramente esiste se sono chiari: a) il soggetto (anche collettivo) che ne beneficia e che quindi può "azionare" la relativa tutela connessa alla situazione giuridica attiva; b) il soggetto (anche collettivo) che ne ha il corrispettivo dovere; c) la natura del dovere stesso; d) le sanzioni da applicare nell'ipotesi di violazione dei doveri; e) gli organi chiamati ad accertare la violazione ed applicare giuridicamente le sanzioni; f) i mezzi, anche finanziari, per far fronte al diritto stesso» (A. Spadaro, *Una vecchia storia: togliere ai ricchi per dare ai poveri? (Cenni per una teoria della globalizzazione non dei "diritti" ma dei "doveri")*), in C. Amato, G. Ponzanelli, *Global law v. local law*, Torino, Giappichelli, 2006, 286. In questa prospettiva, la questione della giustiziabilità si lega a quella della stessa giuridicità delle posizioni giuridiche proclamate a livello internazionale. L'effettività, in altri termini, si pone come condizione di giuridicità dei diritti. V. Id., *Sulla giuridicità della Carta europea dei diritti: c'è ma (per molti) non si vede*, in G.F. Ferrari (a cura di), *I diritti fondamentali dopo la Carta di Nizza*, Milano, Giuffrè, 2000, 257 ss.

¹³ La struttura della Carta è assai peculiare. Nella parte I, sono enunciati i singoli diritti soggettivi, declinati in 31 posizioni; nella parte II sono specificati il contenuto dei diritti e gli obblighi posti in capo agli Stati firmatari per la loro tutela; nella parte III è configurato il vincolo giuridico, a contenuto variabile e disponibile, che grava sulle parti contenti.

¹⁴ Si tratta, in dettaglio, del diritto al lavoro, alla libertà sindacale, alla contrattazione collettiva, alla tutela per bambini e adolescenti, alla sicurezza sociale, all'assistenza sociale e medica, alla tutela sociale ed economica della famiglia, del diritto del lavoratore migrante e della sua famiglia alla protezione e all'assistenza e, in ultimo, del diritto alle pari opportunità in materia di lavoro e professione senza discriminazioni basate sul sesso. È, invece, quantitativo il criterio che si pone alla base della seconda facoltà riconosciuta dalla Carta alle parti contraenti. Esse, infatti, devono considerarsi vincolate da un

Il sistema di controllo sul rispetto degli obblighi sanciti nel documento è di tipo indiretto. La Carta non offre alcuna tutela giudiziaria delle posizioni giuridiche, pur chiarendo nella parte I che «le parti riconoscono come obiettivo di una politica che perseguiranno con tutti i mezzi utili, a livello nazionale e internazionale, la realizzazione di condizioni atte a garantire l'esercizio effettivo dei diritti e principi [proclamati]».

Al fine di assicurare l'adempimento degli impegni assunti dalle Parti contraenti, è prevista – solo per gli Stati che hanno aderito alla Carta rivista nel 1966 – l'attivazione di un controllo sotto forma di reclami collettivi, presentati dalle organizzazioni nazionali e internazionali sindacali e datoriali e dalle organizzazioni non governative accreditate. La procedura è istruita e decisa dal Comitato Europeo per i Diritti Sociali. Qualora sia accertata una violazione delle disposizioni della Carta, il Comitato dei ministri del Consiglio d'Europa adotta una raccomandazione di carattere non vincolate indirizzata allo Stato responsabile¹⁵.

Il meccanismo di protezione dei diritti sociali così congegnato non deve essere necessariamente interpretato come un limite assoluto della Carta. Secondo parte della dottrina, il monitoraggio sull'attuazione degli impegni internazionali starebbe a dimostrare come «tra il livello della normazione superiore ed il livello della normazione derivata vi è una stretta integrazione che non è possibile scindere»¹⁶. Di più, la struttura del controllo fornirebbe un ulteriore elemento per smentire la tesi del carattere “legislativamente condizionato” dei diritti sociali¹⁷. Infatti, il legislatore nazionale nel determinare il contenuto della disposizione di diritto interno¹⁸ sarebbe indirizzato non

numero supplementare di articoli o di paragrafi numerati della parte II della Carta, a condizione che il loro numero totale non sia inferiore a sedici articoli o a sessantatre paragrafi. Cfr. B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 159. V. anche le osservazioni di F. Olivieri, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, cit., 520 ss., il quale parla di «mancato universalismo dei contenuti e dei titolari». L'articolazione del catalogo, dunque, si snoda su due livelli: l'enunciazione dei diritti e, separatamente, la specificazione degli obblighi, evidenziando in tal modo la struttura propria dei diritti sociali. Infatti, da un lato essi attribuiscono la titolarità di una pretesa soggettiva al singolo; dall'altro, impongono ai poteri pubblici il dovere di porre in essere azioni e comportamenti corrispondenti.

¹⁵ Il Comitato ha ritenuto inadempiente l'Italia con riguardo alla tutela del lavoro minorile, in ragione del mancato riconoscimento dei congedi retribuiti di allattamento in favore delle lavoratrici domestiche e a domicilio. Sulle decisioni del Comitato v. anche F. Olivieri, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, cit., 529 ss.

¹⁶ Come osserva B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 162 «la dimensione di una protezione giuridica, quindi, si manifesta in reazione ad azioni anche dettagliatamente considerate, ma non si radica in capo al titolare della pretesa, restando scissa e separata dal soggetto individuale». V. anche F. Olivieri, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, cit., 509 e P. Alston, *Assessing the Strengths and Weakness of the European Social Charter's Supervisory System*, in G. de Búrca, B. de Witte (eds.), *Social rights in Europe*, Oxford, Oxford U.P., 2005, 45 ss.

¹⁷ V. B. Pezzini, *La decisione sui diritti sociali*, cit., 162.

¹⁸ L'art. I della parte IV prevede che, fatti salvi i mezzi di attuazione enunciati negli articoli precedenti, le disposizioni pertinenti degli articoli da 1 a 31 della parte II della Carta in esame debbano essere garantite

più solo dai principi costituzionali, ma anche dalla fonte internazionale, proprio grazie all'esistenza di una tutela *multilevel*¹⁹.

L'integrazione del parametro avrebbe poi conseguenze anche sul piano della tutela giurisdizionale, offrendo un ulteriore aggancio testuale ai giudici nazionali. Da questa prospettiva, la giustiziabilità sarebbe assicurata per così dire indirettamente²⁰.

Del resto, la stessa Corte di giustizia opera un richiamo alle disposizioni della Carta quando intende sottolineare l'esistenza di un consenso tra gli Stati europei in relazione alla tutela di un diritto a contenuto sociale, il quale riceva comunque una forma di protezione anche da parte delle norme comunitarie²¹. Il riferimento è dunque meramente rafforzativo nell'ambito di una pronuncia che poggia su argomentazioni fondate su un diverso parametro.

La Carta è richiamata dai giudici di Lussemburgo anche quando è una fonte originaria dell'Unione europea a contenere un rinvio espresso ad essa, come nel caso dell'art. 136, c. 1, TCE (ora art. 151 TFUE). I diritti proclamati dalla Carta rappresentano un limite generale per l'esercizio dei poteri da parte delle istituzioni europee in materia di politica sociale, tuttavia non sono tradotti in posizioni giuridiche azionabili in giudizio nel

da: a) la legislazione o la regolamentazione; b) le convenzioni stipulate tra datori di lavoro o organizzazioni di datori di lavoro e organizzazioni di lavoratori; c) una combinazione di questi due metodi; d) altri mezzi appropriati.

¹⁹V. *ex multis* A. Ruggeri, *La tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, tra esperienze di normazione e teorie costituzionali*, in *Politica del diritto*, 2007, 317 ss. Si esprime in senso molto critico nei confronti del costituzionalismo multilivello M. Luciani, *Costituzionalismo irenico e costituzionalismo polemico*, in *Giur. cost.*, 2006, 1661. L'A. contesta soprattutto l'eccessiva esaltazione dell'opera delle Corti, che a suo avviso «esprime l'antico pregiudizio antiparlamentare e antilegislativo radicato in tanta parte della cultura giuridica europea». In altri termini, i sostenitori del *multilevel constitutionalism* ridurrebbero i diritti all'oggetto di un accertamento giudiziale, sottraendolo alle istanze decisionali democratiche.

²⁰Peraltro, talvolta la giurisprudenza nazionale ricorre alla Carta sociale, sebbene prevalentemente attraverso richiami *ad abundantiam*. Il riferimento, in altri termini, è aggiuntivo e "rinforzante" la motivazione della sentenza, la quale è basata su argomenti di diritto interno, ordinario o costituzionale, ovvero di diritto internazionale. Assai più rare sono le pronunce in cui una Corte costituzionale ha proceduto ad interpretazione conforme della Carta, cfr., con riferimento all'ordinamento italiano, l'ord. Corte cost. n. 4/2000, relativa all'ammissibilità del *referendum* abrogativo sull'art. 18, l. n. 300/1970 in materia di licenziamenti. Per un approfondimento di questa prospettiva v. F. Olivieri, *La Carta sociale europea tra enunciazione dei diritti, meccanismi di controllo e applicazione nelle Corti nazionali*, cit., 528. Più in generale, sul ricorso alla Carta sociale nella giurisprudenza delle Corti dei Paesi dell'Unione, v. G. Gori, *Domestic enforcement of the European Social Charter: the way forward*, in G. de Búrca, B. de Witte (Eds), *Social rights in Europe*, cit., 69 ss.

²¹ Cfr. *Laval un Partneri Ltd c. Svenska*, sent. del 18 dicembre 2007, causa C-341/05, p.to 90 e *Commissione c. Germania*, sent. del 15 luglio 2007, causa C-271/08, p.to 37. Nel caso *BECTU c. Secretary of State of Trade and Industry*, sent. 26 giugno 2001, causa C-173/99, il richiamo è operato dall'Avvocato generale; la Corte accoglie la prospettiva dell'Avv. gen., ma "dimentica" il riferimento alla Carta sociale, preferendo richiamare soltanto la Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.

conteso dell'Unione europea: sono, secondo il linguaggio dell'art. citato, «tenuti presenti» dall'Unione e dagli Stati membri²².

In ogni caso, gli eventuali richiami testimoniano al più la vitalità di un documento i cui contenuti normativi non godono di adeguati meccanismi di garanzia. Infatti, i riferimenti incidentali sono funzionali alla tutela di posizioni giuridiche soggettive spesso solo parzialmente coincidenti con quelle tutelate dalla Carta e, soprattutto, inscritte in un ordinamento diverso, che persegue obiettivi ed impone bilanciamenti di interessi coerenti con le proprie finalità generali. Il dato giuridico-positivo è dunque “preso in prestito” e considerato in misura sostanzialmente autonoma rispetto al contesto in cui è originariamente inserito. In altri termini, il diritto tutelato, anche grazie al riferimento alla Carta sociale operato dalla Corte di fronte alla quale è lamentata la violazione, è pur sempre diverso dal *tipo* descritto nella medesima Carta.

3. La giurisprudenza della Corte EDU in materia di diritti a contenuto sociale

La Corte EDU investita di una questione relativa alla violazione di un diritto a contenuto sociale deve, dunque, superare un doppio pregiudizio: il primo concerne la sua presunta incompetenza; il secondo la generale assenza di giustiziabilità dei diritti sociali.

La *vindicatio potestatis* poggia, com'è stato rilevato in apertura, su un'interpretazione estensiva dell'espressione *civil rights* contenuta nell'art. 6, c. 1, Cedu. I giudici di Strasburgo non forniscono una definizione astratta del concetto, verificando invece la natura del diritto in questione sulla base di “fattori caratterizzanti”, rilevati nell'ordinamento nazionale in cui avviene la violazione contestata. Così, la Corte giunge a definire diritto civile una prestazione assistenziale (“assegno di malattia”), poiché nel Paese di riferimento questa era corrisposta nell'ambito di un sistema misto pubblico-privato, di cui la componente privatistica è ritenuta prevalente. In altri termini, il diritto è civile poiché la sua struttura non è assimilabile a quella tipica del diritto di prestazione, in cui gravato dall'obbligazione corrispettiva è sempre lo Stato. La natura “privata” della relazione che giustifica la corresponsione dell'assegno risulta in questa prospettiva determinante, anche in presenza di una legislazione nazionale che considera di carattere pubblicistico la posizione giuridica in questione.

Impiegando il parametro dell'art. 6, c. 1, la Corte giunge a condannare la privazione, in assenza di equo processo, di una provvidenza socio-assistenziale precedentemente dispensata. In altri termini, ad essere in questione è la legittimità del procedimento all'esito del quale la titolarità del diritto legislativo e di natura sostanzialmente sociale, inizialmente assicurato, cessa di essere riconosciuta. Il sindacato, insomma, si attesta ad

²² Cfr. *Inps c. Bruno e Pettini*, sent. del 10 giugno 2010, causa C-395/08 e *Chacón Navas*, sent. dell' 11 luglio 2006, causa C-13/05, in cui il riferimento alla Carta è dovuto esclusivamente al richiamo contenuto nell'art. 136, c. 1 TCE, ora divenuto art. 151 del TFUE.

un profilo che potrebbe essere definito di *due process* in senso procedurale: la dilatazione della categoria dei *civil rights* non ha, da questa prospettiva, effetti dirimpenti poiché i giudici di Strasburgo non valutano l'*an* o il *quantum* della provvidenza e non impongono un obbligo di prestazione nuovo in capo allo Stato²³.

Ad ogni modo, l'accoglimento di una concezione estensiva dei diritti civili rappresenta soltanto il primo elemento di una costruzione interpretativa che ha consentito l'elaborazione di una vera e propria giurisprudenza in materia di diritti sociali da parte della Corte di Strasburgo (v. *infra*).

3.1. I diritti di prestazione: il parametro dell'art. 1, Protocollo 1

Sul versante dei diritti a prestazioni socio-assistenziali e previdenziali, il parametro fondamentale è rappresentato dall'art. 1 del Protocollo 1 – il quale assicura a ciascuno il diritto a non essere privato arbitrariamente dei propri beni –, interpretato in combinato disposto con l'art. 14 Cedu²⁴. Sin da subito, la Corte EDU ha esteso la portata delle situazioni giuridiche protette dall'art. 1 ben oltre i diritti reali, ricomprendendo nella lettera della disposizione («Ogni persona fisica e giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni») tutti i diritti e gli interessi di natura economica, cosiddetti *pecuniary rights*, in varia misura assimilabili alla proprietà dei beni materiali²⁵.

Ebbene, seguendo questo itinerario argomentativo, i giudici europei hanno incluso i diritti di prestazione che originano dal versamento di un contributo tra i diritti patrimoniali tutelati ex art. 1. Così, ad esempio, nella sentenza *Gaygusuz*²⁶ la Corte ha chiarito che «the entitlement to a social benefit is linked to the payment of contributions, and when such contributions have been made, an award cannot be denied to the person concerned». Essa ha ricostruito il rapporto tra il soggetto e lo Stato nei

²³ Cfr. *Salesi c. Italia*, sent. del 26 febbraio 1993 e *Schuler-Zraggen v. Switzerland*, sent. del 24 giugno 1993.

²⁴ Sebbene talvolta la Corte sia giunta a riconoscere il diritto alla prestazione sociale, in specie l'assegno per congedo parentale, sulla base di un parametro differente, quale l'art. 8 che – proteggendo la vita privata – preside anche alla tutela del diritto ad una vita familiare serena e dignitosa; v. Corte EDU sent. *Petrovic v. Austria*, del 27 marzo 1998, p.ti 33-36.

²⁵ Rientrano nella nozione di diritto di proprietà ex art. 1, secondo la Corte, anche i diritti di credito; la clientela (cfr. *Van Marle e a.*, sent. del 26 giugno 1986, serie A, n. 101); la licenza per la vendita di bevande alcoliche (cfr. caso *Tre Traktörer AB c. Svezia*, sent. 7 luglio 1989, serie A, n. 159). Su questi aspetti v. R. Fasino, *Il diritto al rispetto dei beni nella giurisprudenza della Corte e della Commissione: 1986-1988*, in G. Gerin (cur.), *Il diritto di proprietà nel quadro della Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, pubblicazioni Institut International d'Etudes des Droits de l'Homme, Padova, CEDAM, 1989, 62-63; nello stesso volume cfr. anche V. Berger, *La Jurisprudence de la Cour Européenne des droits de l'homme relative à l'article 1 du Protocole N. 1*, 45 ss.

²⁶ Cfr. sent. *Gaygusuz v. Austria*, del 31 agosto 1996, p.ti 36-37 e 41. V. anche, in relazione all'orientamento interpretativo in questione, sent. *Azinas v. Cipro* del 20 giugno 2002, p.to 28. In quest'ultima pronuncia i giudici di Strasburgo riconoscono, comunque, l'assenza di un diritto alla sicurezza sociale propriamente detto, garantito dalla CEDU. V. G. Bascherini, *Immigrazione e diritti fondamentali. L'esperienza italiana tra storia costituzionale e prospettive europee*, Napoli, Jovene, 2007, 300 e 341.

termini di un sinallagma contrattuale, ricorrendo evidentemente ad una finzione, sia per il mancato convergere di volontà, sia per la possibilità teorica di modificazioni unilaterali di tale “contratto” attraverso l’esercizio della funzione legislativa. Tale argomentazione è a maggior ragione impiegata in relazione al diritto alla pensione nell’ambito di un sistema di tipo contributivo²⁷.

Sennonché, in anni più recenti, la Corte ha inserito tra i *pecuniary rights* anche quei diritti il cui riconoscimento non è in alcun modo subordinato al versamento di quote contributive. Nella sentenza *Koua Poirrez* – ove era in questione il riconoscimento di un’indennità di invalidità civile in favore di un cittadino della Costa d’Avorio, adottato da una famiglia francese – i giudici hanno concluso nel senso della violazione da parte dello Stato dell’art. 1, interpretato ancora in combinato disposto con l’art. 14 Cedu, sebbene la prestazione assistenziale dedotta in giudizio non derivasse dal pagamento contribuzioni (previdenziali o assicurative) nel sistema nazionale di riferimento. In questo caso, la Corte capovolge il percorso logico seguito in *Gaygusuz* e non ritiene che la doverosità della prestazione sociale dipenda dal versamento di una qualche forma di contributo. Al contrario, privilegia un’interpretazione sostanziale dell’art. 1²⁸, includendovi un interesse economico del tutto potenziale, un’aspettativa non collegata alla maturazione di un diritto a seguito del versamento di quote contributive.

Il percorso argomentativo della Corte non appare del tutto chiaro e, infatti, su questo tema il dialogo tra giudici nazionali ed europei si è risolto in un “doppio monologo”²⁹. Questi ultimi considerano economici quei diritti caratterizzati dall’incorporare una prestazione pecuniaria o, più in generale, a contenuto economico; diversamente, i giudici nazionali interpretano l’art. 1 valorizzandone il contenuto di diritto di proprietà sui beni reali. In questa prospettiva, se l’inclusione delle prestazioni contributive può essere giustificata in ragione del fatto che esse hanno come presupposto un esborso che il richiedente ha effettuato in un momento precedente e al fine di maturare il diritto a quella data prestazione, la stessa conclusione non convince con riferimento alle provvidenze di tipo non contributivo. In questa prospettiva, non v’è un diritto di proprietà da tutelare, quanto piuttosto posizioni e interessi di altra natura, ben difficilmente qualificabili come “economici”³⁰.

²⁷ Cfr. *Azinas v. Cyprus*, sent. del 28 aprile 2002, app. no. 56679/00.

²⁸ V. *Koua Poirrez v. France*, sent. del 30 settembre 2003, p.to 42. Sul punto cfr. G. Turatto, *Riflessioni sulla concezione della cittadinanza che non rispetta i diritti fondamentali garantiti ad ogni persona*, in *Rivista giuridica del lavoro*, 2004, 677 ss.

²⁹ V., in una prospettiva più generale, G.F. Ferrari, *Rapporti tra giudici costituzionali d’Europa e Corti europee: dialogo o duplice monologo?*, in G.F. Ferrari (cur.), *Corti nazionali e Corti europee*, Napoli, 2006, VII ss.

³⁰ È significativo in tal senso che proprio la pronuncia *Koua Poirrez* sia stata citata, durante il discorso inaugurale dell’anno giudiziario 2004, dal presidente della Corte EDU come esempio di complementarietà dei diversi livelli di tutela dei diritti fondamentali in Europa. In questa occasione, il presidente ha altresì criticato i giudici nazionali per non aver applicato direttamente le norme della

A ben vedere, la Corte tende ad estendere al massimo livello l'ambito materiale dei diritti garantiti dalla Convenzione e dai Protocolli³¹ nelle pronunce in cui il parametro dell'art. 1, Protocollo 1, è letto in combinato disposto con l'art. 14, ovvero quando il mancato riconoscimento o la privazione della prestazione è il risultato di un comportamento discriminatorio da parte dell'amministrazione pubblica nazionale.

Tale orientamento è evidente nella recente sentenza *Andrejeva v. Latvia*. Da un lato, la Corte specifica che l'art. 1 non conferisce la titolarità di un diritto a prestazioni assistenziali o previdenziali, né tantomeno impone l'istituzione di un sistema di sicurezza sociale a struttura contributiva o a fiscalità generale. Dall'altro, chiarisce che qualora nello Stato membro esistano siffatti sistemi, essi generano un interesse economico *ex art. 1, Protocollo 1*, in tutti coloro che soddisfano i requisiti generali per accedervi. Naturalmente, gli Stati godono di un certo margine di discrezionalità nello stabilire differenze di trattamento con riguardo al godimento di tali situazioni giuridiche soggettive; tuttavia, queste devono essere fondate su «objective and reasonable justification»³².

Il *reasoning* delle pronunce non affronta apertamente il tema dell'eventuale riconoscimento dei diritti sociali nell'ambito dell'ordinamento Cedu: la loro tutela resta subordinata all'esistenza di previsioni legislative nell'ordinamento nazionale in cui è rilevata la violazione della norma che impone l'eguaglianza nel godimento dei diritti garantiti dalla Convenzione. Anzi, la valorizzazione del principio di ragionevolezza *ex art. 14 Cedu* fa premio sull'aderenza al parametro su cui la decisione è fondata (il diritto di proprietà). I giudici di Strasburgo, insomma, ampliano il significato dell'art. 1 al fine di intercettare anche quelle violazioni dell'art. 14 che altrimenti resterebbero immuni da un'eventuale pronuncia di incompatibilità.

3.2. I diritti del lavoratore: il parametro dell'art. 11

Nelle sentenze in cui la violazione delle disposizioni convenzionali è dichiarata *ex art. 1, Protocollo 1, e art. 14 Cedu*, la tutela di posizioni giuridiche a contenuto sociale è il risultato di un percorso logico-argomentativo che non assume a proprio oggetto il riconoscimento in astratto della titolarità della pretesa nei confronti dello Stato, secondo lo schema dei diritti di prestazione. La disposizione convenzionale impugnata è irrilevante rispetto alla scelta discrezionale del potere pubblico di assicurare o meno la prestazione, potendo soltanto intervenire a sanzionare l'irragionevole esclusione del ricorrente dal godimento del beneficio riconosciuto alla generalità dei soggetti.

CEDU, evitando al richiedente di attendere 13 anni, il tempo risultato necessario per esaurire tutti i ricorsi interni ed esperire quello di fronte alla Corte di Strasburgo, per ottenere il riconoscimento di un proprio diritto. V. P. Panunzio, *I diritti fondamentali e le Corti in Europa*, Napoli, Jovene, 2005, 95 ss.

³¹ V. *Andrejeva v. Latvia*, sent. 18 febbraio 2009, p.ti 74-77.

³² Cfr. *Gaygusuz*, p.to 42. Sul punto cfr. anche la sent. *Willis v. United Kingdom*, dell'11 settembre 2002, p.to 39.

In altre ipotesi, quando ad essere invocato è un parametro diverso, il sindacato è più penetrante. La giurisprudenza in materia di art. 11 Cedu offre diversi argomenti in questo senso³³.

Nella pronuncia *Demir and Baykara v. Turkey*³⁴, la Corte di Strasburgo specifica il contenuto della libertà di formare unioni sindacali, enunciata nella disposizione citata, e sostiene che essa comprende anche il diritto alla contrattazione collettiva. Il datore di lavoro – nel caso di specie rappresentato da un Consiglio municipale – che non riconosca il contratto collettivo concluso dal sindacato viola l'art. 11 Cedu poiché impedisce di fatto l'effettivo esercizio della libertà di associazione sindacale³⁵. La funzione essenziale delle unioni di categoria, infatti, è la tutela concreta dei diritti del lavoratore. Dunque, l'articolo in parola impone allo Stato un dovere di astensione da qualsiasi misura restrittiva, a meno che questa non risulti necessaria alla garanzia di altri interessi protetti in una società democratica.

La lente con cui la Corte guarda al diritto alla contrattazione collettiva è però quella della libertà negativa: la sua riconduzione nell'ambito materiale dell'art. 11 non comporta la contestuale affermazione di un obbligo positivo di apprestare un sistema di contrattazione collettiva con effetti vincolanti per le parti. In altri termini, la libertà di associazione sindacale implica come *inherent right* il diritto di perseguire gli scopi propri della formazione sociale senza soffrire interferenze da parte dei pubblici poteri. In questo contesto, il *collective bargaining* costituisce soltanto una modalità di realizzazione dei fini dell'unione sindacale.

D'altra parte, l'assoluta preminenza del profilo di libertà negativa della posizione giuridica tutelata dalla Corte è testimoniata in modo netto dalla circostanza che autore della violazione dell'art. 11 e, quindi, destinatario dell'obbligo di riconoscere la contrattazione collettiva è una pubblica amministrazione. In altri termini, la norma della Convenzione non possiede effetti orizzontali; di conseguenza, il bene giuridico tutelato non è, né potrebbe essere, la contrattazione collettiva, quale strumento nella mani dell'associazione sindacale. Al contrario, esso consiste nella possibilità per quest'ultima di imporsi in virtù della propria forza alla controparte datoriale, senza interferenze da parte dell'ordinamento, comprese quelle di carattere indiretto, derivanti dal partecipare

³³ Da una prospettiva più generale, sull'attivismo giudiziale che negli ultimi anni caratterizza i diritti connessi alla tutela del lavoro v. B. Hepple (Ed.), *Social and labour rights in a global context: international and comparative perspectives*, Cambridge, Cambridge U.P., 2002 e, anche, i diversi reports nazionali raccolti in C. Fenwick, T. Novitz, *Human Rights at work*, Hart, Oxford and Portland (OR), 2010. Per quanto concerne il sistema Cedu v. in particolare il saggio di T. Novitz, *Protection of Workers under Regional Human Rights Systems: An Assessment of Enduring and Divergent Practices*, cit. 409 ss.

³⁴ Sent. 12 novembre 2008. Su cui v. K.D. Ewing, J. Hendy, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, 39 *Industrial L.J.*, 2010, 1 ss.

³⁵ La Corte del resto ha chiarito sin dalla pronuncia *Söring*, sent. del 7 luglio 1989, serie A, n. 161, p. 34 che «the object and purpose of the Convention as an instrument for the protection of individual human being require that its provisions be interpreted and applied so as to make its safeguards practical and effective».

il Consiglio municipale all'insieme dei pubblici poteri. Tuttavia, la tutela apprestata alla parità delle parti collettive nel pubblico impiego non può essere considerata priva di conseguenze sul complesso sistema delle relazioni sindacali e sulla protezione accordata per suo tramite alla generalità dei prestatori di lavoro.

La giurisprudenza di Strasburgo in materia di art. 11³⁶ attrae quindi nella categoria dei *civil rights* un diritto sociale per eccellenza, attraverso la valorizzazione della sua componente di libertà negativa³⁷. Il risultato è rappresentato dall'arricchimento del contenuto della libertà di associazione sindacale attraverso la protezione di una posizione giuridica che, però, solo con qualche forzatura può essere assimilata alla struttura delle libertà negative, posto che la semplice astensione dello Stato non produce di per sé l'effetto di assicurarne il godimento.

La Corte giunge a questa conclusione affiancando al proprio parametro le altre fonti del diritto internazionale dei diritti umani³⁸: le Convenzioni dell'ILO³⁹, il Patto per i diritti economici, sociali e culturali del 1966 e, soprattutto, la Carta sociale europea. Anzi, proprio quest'ultimo strumento testimonia, per i giudici di Strasburgo, l'esistenza di un impegno degli Stati aderenti al Consiglio d'Europa nella protezione dei diritti del lavoratore. Così, nella sentenza *Demir and Baykara v. Turkey*, la Corte sostiene che non le è precluso di interpretare le disposizioni della Convenzione tenendo in considerazione tale «general wish»⁴⁰ espresso dalle Alte Parti contraenti e, peraltro, confermato dalla volontà di rafforzare i meccanismi di tutela della Carta.

Il riferimento al documento che sancisce i diritti sociali non appare un mero richiamo *ad abuntatiam*⁴¹. La Corte sembra ricorrervi piuttosto al fine di giungere ad un

³⁶ Cfr. anche *Wilson, National Union of Journalists and others v. UK*, sent. del 2 luglio 2002 e *Sørensen and Rasmussen v. Denmark*, sent. dell'11 gennaio 2006.

³⁷ In dottrina vi è chi ha sostenuto che la valorizzazione delle potenzialità di tutela dei diritti di prima generazione da parte delle Corti renderebbe addirittura superflua la categoria dei diritti di seconda generazione: «first generation bills of rights can ... provide as much protection for the social and economic spheres of people's lives as they have for their political and civil liberties», v. D. Beatty, *The last generations: when rights lose their meaning*, in D.M. Beatty (cur.), *Human Rights and Judicial Review*, cit. p. 326.

³⁸ Su questo aspetto vedi G. Bronzini, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della Cedu: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, 978 ss. L'A. sottolinea come l'individuazione dello jus cogens internazionale da parte della Corte avvenga sulla base di criteri che prescindono dal valore giuridico delle fonti richiamate, nonché dall'accertamento preliminare sull'avvenuta ratifica da parte dello singolo Stato in cui è lamentata la violazione.

³⁹ Su cui v. C. Di Turi, *Il ruolo dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro nella promozione e nella garanzia dei diritti umani in campo economico e sociale*, in *Jus*, 2008, 467 ss.

⁴⁰ Cfr. *Demir and Baykara v. Turkey*, cit. p.to 84. Il Governo turco aveva evidenziato l'assenza di un supporto politico da parte degli Stati membri del Consiglio d'Europa nel contesto dei lavori dello Steering Committee of Human Rights in relazione alla stipulazione di un protocollo addizionale in materia di diritti economici e sociali. La Corte risponde che «this attitude was accompanied by a wish to strengthen the mechanism of the Social Charter». Questa circostanza testimonia «the existence of a consensus among Contracting States to promote economic and social rights».

⁴¹ Nelle sentenze della Corte, ad ogni modo, il richiamo è spesso anche meramente rafforzativo; cfr. in questo senso *Gustafsson v. Sweden*, sent. del 24 aprile 1996 e, più di recente, *Damilenkov and others v. Russia*, sent. del 30 luglio 2009.

ravvicinamento tra il proprio parametro e quello della Carta sociale. Anzi, l'interpretazione del primo è orientata dalle disposizioni pertinenti del secondo. Questa operazione non somiglia affatto al richiamo di un parametro sostanziale, alla stregua di quanto avvenuto nella giurisprudenza della Corte di giustizia precedente al Trattato di Lisbona con riferimento alle disposizioni della Carta di Nizza⁴². L'integrazione del parametro convenzionale, infatti, è sempre fondata sulla convergenza tra il dato testuale della Cedu e le disposizioni dell'altra fonte internazionale citata. La posizione giuridica a contenuto sociale, in altri termini, è ritenuta implicita nel diritto protetto dalla Convenzione; la Carta del 1961 non fa altro se non consentirne l'emersione. In altri termini, è il testo della Cedu a indirizzare l'operazione ermeneutica: l'arricchimento del contenuto delle norme convenzionali alla luce della Carta sociale avviene nell'ambito materiale tracciato dalle stesse e, inoltre, senza alterare la struttura propria delle libertà negative. Così, il diritto alla contrattazione collettiva è una specificazione della libertà di associazione sindacale di cui all'art. 11 Cedu, nel senso di rappresentare una componente essenziale di quest'ultima, dal momento che la conclusione di accordi a tutela della posizione del lavoratore è evidentemente uno degli scopi primari del sindacato. Il dovere cui lo Stato membro è chiamato resta quello di astensione e di non-interferenza anche se gli effetti prodotti dall'esercizio di quel diritto determinano precise conseguenze sul piano dei rapporti economici e sociali nell'ambito degli ordinamenti nazionali.

I giudici di Strasburgo insomma manifestano l'adesione al parametro convenzionale anche quando introducono nel micro-ordinamento Cedu una finalità – quella di tutelare le aspettative di carattere economico e sociale – che gli era originariamente estranea.

4. Tipi di sindacato sui diritti a contenuto sociale nella giurisprudenza della Corte EDU

Come si è cercato di mettere in luce, la giurisprudenza relativa ai diritti a contenuto sociale si svolge prevalentemente in tre direzioni: la prima è quella del sindacato sul rispetto degli obblighi convenzionali *ex* art. 6, c. 1; la seconda è quella che assume come parametro l'art. 1, Protocollo 1, in combinato disposto con l'art. 14 Cedu; la terza è quella fondata sull'art. 11. Tali filoni giurisprudenziali non sono indipendenti tra di loro, al contrario le decisioni della Corte mostrano una sorta di coerenza interna, anche se il contenuto delle situazioni giuridiche di volta in volta oggetto di giudizio può essere molto differente.

Più in dettaglio, l'abbandono di una concezione rigidamente formale dell'espressione *civil rights*, veicolato dalle decisioni *ex* art. 6, c. 1, ha permesso ai giudici di Strasburgo di affermare la propria competenza a conoscere della violazione di diritti a contenuto sostanzialmente sociale, pur sussunti sotto il cappello di una disposizione della

⁴² Su questi aspetti v. M. Weiss, *The politics of the EU Charter of Fundamental Rights*, in B. Hepple (Ed.), *Social and labour rights in a global context*, cit. 73 ss.

Convenzione. La possibilità di assimilare le prestazioni socio-assistenziali e previdenziali ai diritti economici di cui all'art. 1 del Protocollo 1 non dipende soltanto da un'interpretazione estensiva dei *property rights*, la quale sarebbe di per sé incapace ad attrarre nell'orbita della Cedu posizioni giuridiche strutturalmente diverse da quelle tutelate nell'articolato e nei protocolli addizionali. Al contrario, è la rinuncia ad una classificazione formale dei diritti protetti dalla Convenzione che consente alla Corte di assorbire talune "libertà positive" nell'ambito materiale dell'art. 1, Protocollo 1.

Alla stessa logica rispondono le decisioni *ex art. 11* Cedu, attraverso le quali i diritti del lavoratore sono considerati alla stregua di contenuti impliciti della libertà di formare associazioni sindacali. Ancora una volta, la contrapposizione tra diritti di prima e di seconda generazione è smentita dal Collegio.

La congruenza complessiva delle decisioni della Corte nella materia in questione è accompagnata da una diversità nei criteri sulla base dei quali è condotto il sindacato sulla violazione delle disposizioni della Convenzione.

In via generale, il metodo di scrutinio utilizzato dai giudici europei in materia di diritti a contenuto sociale si attesta al profilo della legittimità dell'operato dei pubblici poteri in termini di ragionevolezza intrinseca della legge ovvero, e assai più frequentemente, dell'atto dell'amministrazione pubblica avverso cui è presentato il ricorso⁴³.

Nelle pronunce *ex art. 6, c. 1, CEDU* e art. 1, Protocollo 1, interpretato in combinato disposto con l'art. 14 Cedu⁴⁴, il sindacato non attiene mai al *merito* della decisione sull'attribuzione della titolarità dei diritti sociali, la quale spetta allo Stato in assenza di obblighi convenzionali specifici. Tuttavia, una volta che tale decisione sia stata assunta, le autorità nazionali non possono escludere alcuno dal godimento in assenza di un equo processo, né possono discriminare irragionevolmente tra i potenziali beneficiari. Il sindacato, in buona sostanza, sembra replicare, ampliandolo, quello schema talvolta seguito dalla Corte suprema americana in materia di prestazioni pubbliche, fondato sulla clausola del *due process*, inteso in senso procedurale⁴⁵.

Secondo parte della dottrina, questa forma di sindacato debole⁴⁶ dimostrerebbe come i diritti sociali siano considerati dalla Corte di Strasburgo alla stregua di *claim rights*⁴⁷,

⁴³ Su questo profilo v. da una prospettiva comparata e in relazione principalmente alle esperienze di Paesi di *common law* M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, Princeton, Princeton U.P. 2008.

⁴⁴ Quest'ultimo, sebbene non abbia rilevanza autonoma, nel senso di non rappresentare un diritto soggettivo all'eguaglianza, può essere invocato senza che ciò presupponga la violazione di un diritto tutelato dalla Convenzione, cfr. *Marckx v. Belgium*, sent. del 24 aprile 1979, p.to 32 e *Van der Musselle v. Belgium*, sent. del 27 ottobre 1983, p.to 43. Così, non vi sarebbe violazione dell'articolo che conferisce il diritto in presenza di una norma limitativa, se tale limitazione non trovasse applicazione in modo discriminatorio.

⁴⁵ Cfr., per la giurisprudenza americana, *Goldberg v. Kelly*, 397 U.S. 254 (1970).

⁴⁶ Su questi aspetti cfr. ancora M. Tushnet, *Weak Courts, Strong Rights*, cit., 196 ss.

⁴⁷ L'espressione *claim rights* sta a sottolineare il carattere di diritto imperfetto, di pretesa «justified», ma «not valid», ovvero rispetto alla quale non è possibile individuare con precisione una posizione correlativa di obbligo da parte di un altro soggetto v. N. McCormick, *Rights, Claims and Remedies*, in *Law and Philosophy*, 1979, 337 ss. e J. Feinberg, *the Nature and Value of Rights*, in *The J. of Value*

ovvero di posizioni giuridiche di rango legislativo, in nessun caso annoverate nella schiera dei “diritti perfetti”. Diversamente, lo scrutinio sarebbe stato informato ad un criterio di maggior severità, invece che modellato «on traditional administrative law grounds»⁴⁸.

Il rilievo è solo parzialmente condivisibile. È senz’altro vero che nelle pronunce di questo tipo ad essere tutelato non è il diritto sociale in sé, ma piuttosto l’interesse alla correttezza del procedimento con cui il beneficio è revocato o, in ogni caso, non riconosciuto. Tuttavia, la Corte non potrebbe agire diversamente. Essa, conformemente alla propria natura di giudice sovranazionale, non è libera di integrare il proprio parametro, prendendo in considerazione esigenze di tutela non espressamente ricavabili dal testo della Convenzione. Quest’ultima è pur sempre un trattato internazionale che raccoglie l’accordo delle Parti contraenti attorno a determinati obiettivi⁴⁹. Tanto è vero che la considerazione di finalità ulteriori rispetto a quelle ad essa proprie deve essere giustificata attraverso il circostanziato richiamo di una fonte istituita sempre nell’ambito del Consiglio d’Europa (v. *supra*).

Piuttosto, lo sforzo ermeneutico teso ad estendere la categoria dei *civil rights* a talune pretese di carattere sociale fornisce qualche argomento a sostegno della tesi dell’attivismo della Corte, la quale sembra così compensare, invero parzialmente, il difetto di giustiziabilità della Carta sociale europea.

Le decisioni fondate *ex art. 11* confortano ulteriormente questa ricostruzione. La limitazione di queste posizioni giuridiche, infatti, è soggetta ad una forma di scrutinio stretto⁵⁰: le eventuali restrizioni devono rispettare la duplice condizione dell’essere da un lato volte al soddisfacimento di interessi qualificati e, dall’altro, necessarie in seno ad una società democratica. In questa ipotesi, gli effetti del riconoscimento, per “attrazione” nell’ambito materiale dell’art. 11, di un diritto a contenuto sociale risultano essere ben più pregnanti.

5. Considerazioni conclusive: Cedu, universalismo e diritti sociali

I rari contributi dottrinali sulla giurisprudenza Cedu in materia di diritti sociali oscillano tra la valorizzazione dell’attivismo giudiziale⁵¹ di una Corte che non lesina interventi su

Inquiry, 1970, 243 ss. I. Hare (*Social rights as fundamental human rights*, cit., 176) impiega questa stessa classificazione, sostenendo che la Corte EDU considera i diritti alla stregua di «legitimate object of State policy».

⁴⁸ Questo argomento è sostenuto in dottrina da I. Hare, *Social rights as fundamental human rights*, cit. 187 ss.

⁴⁹ Sul valore costituzionale della Convenzione europea dei diritti dell’uomo v. R. Bernhardt, *Human Rights and Judicial Review: the European Court of Human Rights*, in D.M. Beatty (ed.), *Human Rights and Judicial Review*, The Hague, Kluwer, 1998, 302 ss.

⁵⁰ Secondo il linguaggio impiegato dalla Corte suprema americana a partire dalla ben conosciuta footnote 4 di *U.S. v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144 (1938).

⁵¹ In una prospettiva più generale, sulle implicazioni dell’attivismo giudiziale v. R. Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Courts*, in *Annu. Rev. Polit. Sci.*, 2008, 94 ss.

un tema negletto sul piano sovranazionale e il ridimensionamento di decisioni che non farebbero altro che confermare i diritti di seconda generazione come «poor cousins of the rights movement»⁵².

La questione, presentata in questi termini, risulta fuorviante: entrambe le prospettive paiono dimenticare che il parametro fondamentale dei giudici di Strasburgo rimane la Convenzione. Non c'è pronuncia relativa alle aspettative di carattere sociale che possa prescindere da una valutazione sulla assimilabilità tra tali posizioni giuridiche e quelle protette dal parametro invocato in giudizio. La *vindicatio potestatis* in materia di *social claims* non si traduce, infatti, nel radicamento di una competenza nuova⁵³ presso la Corte di Strasburgo.

Sicché considerare il contributo della Corte nei soli termini del successo o dell'insuccesso nella tutela effettiva dei diritti sociali è solo parzialmente utile.

Talune pretese che negli ordinamenti nazionali costituiscono il contenuto tipico dei diritti sociali, infatti, sono qualificate come diritti fondamentali dai giudici di Strasburgo. Altre, invece, difettano di tale carattere poiché non assimilabili alle posizioni giuridiche tutelate dalla Convenzione. In altri termini, l'inclusione nella classe dei *civil rights* è selettiva e dipende anche dallo *status* goduto da quella particolare pretesa nell'ambito dell'ordinamento nazionale di riferimento. Il diritto sociale di natura legislativa ben difficilmente acquista la patente della fundamentalità nell'ambito dell'ordinamento Cedu, con conseguente scrutinio modellato sul *due process of law*.

Peraltro, ciò non esclude che in presenza di circostanze determinate, il risultato pratico sia quello di ampliare la sfera dei beneficiari di un diritto di prestazione al punto tale da caratterizzarlo nei termini di diritto universale. Ciò avviene quando la Corte sanziona la negazione di una provvidenza sociale – assimilata ai beni economici tutelati *ex art. 1, Protocollo 1* – a seguito di un comportamento irragionevolmente discriminatorio posto in essere dai poteri pubblici. In questa ipotesi, i giudici di Strasburgo sono giunti a ritenere doverosa la prestazione in favore dello straniero escluso dal godimento in ragione del mancato possesso della cittadinanza⁵⁴, seguendo un percorso argomentativo vicino a quello impiegato da alcune Corti costituzionali⁵⁵.

⁵² I. Hare, *Social rights as fundamental human rights*, cit. 153.

⁵³ *Feldbrugge c. Paesi Bassi*, cit., *Joint Dissenting Opinion of Judges Ryssdal, Bindschedler-Robert, Lagergren, Matscher, Sir Vincent Evans, Bernhardt and Gersing*, p.to 24.

⁵⁴ Il sindacato sulla base dell'art. 14 Cedu. Del resto, sebbene l'art. 14 non abbia rilevanza autonoma, nel senso di non rappresentare un diritto soggettivo all'eguaglianza, non abbisogna della violazione di un diritto tutelato dalla convenzione per essere invocato.

⁵⁵ Cfr. ad esempio la sent. *Gaygusuz*, cit., p.to 50 con le sentenze n. 432/2005 e 306/2008 della Corte costituzionale italiana, con cui la Consulta ritiene viziata da irragionevolezza intrinseca la legge che esclude dalla prestazione sociale gli stranieri sulla base dell'assenza del requisito della cittadinanza e senza tenere in considerazione l'obiettivo stato di bisogno in cui costoro versano. Rispetto alla declinazione trasversale dell'intervento solidale dello Stato, il quale trova fondamento dell'art. 3, c. 2, Cost., la circostanza che il beneficiario sia un cittadino ovvero uno straniero risulta priva di rilevanza. Sul punto v. G. Bascherini, *Verso una cittadinanza sociale?*, in *Giuri. cost.*, 1999, 392-393.

Il quadro delineato è reso complesso da alcuni ulteriori fattori, direttamente correlati al tema qui affrontato. In primo luogo, la natura stessa del parametro a disposizione del Collegio implica che questo possa procedere ad una protezione indiretta e soltanto puntuale, o discreta, delle prestazioni in cui si sostanzia la tutela dei diritti sociali. Inoltre, la prospettiva sostanzialistica, propria della Corte, rende difficile discernere l'oggetto specifico del suo sindacato. In altri termini, non è chiaro se l'eventuale violazione derivante da un atto legislativo riceva il medesimo livello di scrutinio dedicato ai comportamenti posti in essere dalla pubblica amministrazione.

Ciò implica tra l'altro la difficoltà di operare una ricostruzione complessiva della giurisprudenza, utile non soltanto a fini speculativi, ma, soprattutto, a instaurare quel processo di reciproca influenza progressiva tra giurisdizioni che costituisce il precipitato più rilevante del cd. dialogo tra corti e a indirizzare le scelte degli operatori giuridici nazionali in un'ottica di ampliamento delle chances di tutela dei diritti sociali che pure la giurisprudenza esaminata potrebbe permettere.

Di certo e date queste premesse, il riconoscimento del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e la prospettata adesione dell'Unione alla CEDU, ad opera dell'art. 6 TUE, potrebbero determinare tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo un dialogo articolato e potenzialmente fruttuoso. Ad ogni modo, confidare nell'attivismo delle Corti non sembra poter risolvere il paradosso per cui alla massima positivizzazione dei diritti sociali corrisponda la minima protezione. Questo compito spetta infatti alle istituzioni internazionali e, nel caso di specie, al Consiglio d'Europa, alle quali è richiesto di agire politicamente⁵⁶ e dotare i diritti di prestazione di adeguati sistemi di protezione, superando la contrapposizione tra diritti di prima e di seconda generazione, alla quale anche la Corte di Strasburgo dimostra di non credere.

⁵⁶ M. Luciani, *Costituzione, integrazione europea, globalizzazione*, in *Questione giustizia*, 2008, 78. V. anche G. Bellati Ceccoli, *La dimensione politica dei diritti sociali nelle dichiarazioni del Consiglio d'Europa*, in *Affari sociali internazionali*, 2002, 52 ss.