



La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi sociali fondamentali.

Considerazioni a partire dal caso
Association de médiation sociale

WP CSDLE "Massimo D'Antona".INT – 103/2014

© Massimiliano Delfino 2014
Facoltà di Giurisprudenza - Università di NAPOLI Federico II
delfino@unina.it

WP CSDLE MASSIMO D'ANTONA.IT - ISSN 1594-817X
Centre for the Study of European Labour Law "MASSIMO D'ANTONA", University of Catania
On line journal, registered at Tribunale di Catania n. 1/2012 – 12.1.2012
Via Gallo, 25 – 95124 Catania (Italy)
Tel: +39 095230855 – Fax: +39 0952507020
csdle@lex.unict.it
<http://csdle.lex.unict.it/workingpapers.aspx>



La Corte e la Carta: un'interpretazione "utile" dei diritti e dei principi sociali fondamentali.

**Considerazioni a partire dal caso
Association de médiation sociale^α**

Massimiliano Delfino
Università di Napoli Federico II

1. Ripartire dalla differenza fra "principi" e "diritti"?	2
2. Oltre la presunzione della presenza di soli principi nel Titolo IV della Carta.	3
3. La questione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione: le tre insoddisfacenti categorie di principi e diritti.....	5
4. Al di là dei "meaningless" rights and principles? I margini d'azione dell'ordinamento europeo.....	7
5. Segue. I margini d'azione degli ordinamenti nazionali	10

^α Il presente contributo è in corso di pubblicazione sul n. 1-2014 di *Diritti Lavori Mercati*.

1. Ripartire dalla differenza fra "principi" e "diritti"?

La sentenza della Corte di giustizia del 18 gennaio 2014, *Association de médiation sociale c. Union local des syndicats CGT*, C-176/12, fornisce l'occasione di affrontare questioni importanti, che vanno ben al di là dell'art. 27 della Carta di Nizza sul diritto all'informazione e alla consultazione cui la pronuncia si riferisce, quali la distinzione tra diritti e principi fondamentali e, soprattutto, il loro campo di applicazione.

In questa prospettiva, è utile partire dalle conclusioni dell'Avvocato generale Pedro Cruz Villalón, presentate il 18 luglio 2013, che contengono riflessioni più ampie, estensibili quantomeno a tutte le norme del Titolo IV - *Solidarietà* della Carta di Nizza¹. Secondo Cruz Villalón, "sussisterebbe una forte presunzione che i diritti fondamentali enunciati nel Titolo IV "appartengano alla categoria dei 'principi'"². Ricorda l'Avvocato generale che, in primo luogo, i "'principi' comportano un mandato ai pubblici poteri, a differenza ... dei 'diritti', il cui oggetto è la tutela di una situazione giuridica soggettiva già definita"; in secondo luogo e di conseguenza, "i pubblici poteri, e in particolare il legislatore, sono chiamati a promuovere e a trasformare il 'principio' in una realtà giuridica conoscibile"³. Sicché, Cruz Villalón, in relazione all'art. 52, par. 5⁴, afferma che "nonostante l'impiego del verbo 'possono', è evidente che non si tratta di un potere discrezionale assoluto, bensì di una possibilità condizionata ... dalla presenza di un mandato chiaro nell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, il quale prescrive all'Unione e agli Stati membri la 'promozione' dei 'principi'. *Promozione* che, chiaramente, può essere effettuata *solo con gli atti di attuazione* ai quali l'articolo 52 fa successivamente riferimento"⁵.

Un buon esempio di "*un atto di attuazione e di concretizzazione essenziale ed immediata del contenuto di un principio*"⁶, segnatamente indicato dall'art. 27 della Carta, è, sempre secondo l'Avvocato generale, la norma della direttiva 2002/14 sul campo di applicazione del diritto all'informazione e alla consultazione⁷. Pertanto, l'Avvocato generale afferma che ad un principio va data attuazione con una fonte secondaria

¹ Com'è noto, il Titolo IV, che si apre con l'art. 27, raggruppa norme contenenti altri principi e diritti cruciali per la materia lavoristica, quali: il diritto di negoziazione e di azioni collettive (art. 28), il diritto di accesso ai servizi di collocamento (art. 29), la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30), le condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), il divieto del lavoro minorile e protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32), la tutela della vita familiare e professionale (art. 33), la sicurezza e l'assistenza sociale (art. 34), la protezione della salute (art. 35), l'accesso ai servizi d'interesse economico generale (art. 36), la tutela dell'ambiente (art. 37), la protezione dei consumatori (art. 38).

² Punto 55 delle Conclusioni.

³ Punto 50 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

⁴ Secondo il quale le disposizioni della Carta "che contengono dei principi possono essere attuate da atti legislativi ed esecutivi adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione".

⁵ Punto 60 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

⁶ Punto 64 delle Conclusioni. Mio il corsivo.

⁷ Art. 3, dir. 2002/14.

dell'Unione europea e con un atto degli Stati membri qualora essi traspongano il diritto dell'Unione.

Invero, la ricostruzione proposta da Cruz Villalón appare problematica, non con riferimento alla distinzione fra diritti e principi, ma per quanto concerne la loro operatività principalmente se le situazioni giuridiche protette sono valutate come principi. Eloquente al riguardo, seppure per ragioni diverse, sarebbe la qualificazione come principi sia del diritto di negoziare e concludere contratti collettivi, sia del diritto di ricorrere ad azioni collettive, entrambi riconosciuti dall'art. 28 della Carta, norma-cardine del Titolo IV. Infatti, il diritto alla negoziazione collettiva necessiterebbe di attuazione e di concretizzazione essenziale ed immediata attraverso un atto legislativo o esecutivo dell'Unione, del quale finora non vi è traccia. Certo, il Trattato di Lisbona ha introdotto l'art. 152 TFUE, che, però, per un verso, è una fonte primaria⁸ e, per un altro verso, non concretizza affatto il diritto alla contrattazione collettiva, ma assegna all'Unione il compito di riconoscere e promuovere il ruolo delle parti sociali al livello sovranazionale⁹. Inoltre, se pure il diritto di ricorrere ad azioni collettive, compreso lo sciopero, fosse da intendersi come un principio, la sua attuazione nell'ordinamento dell'Unione europea sarebbe impossibile, in considerazione del fatto che l'Unione, non ha competenza a "legiferare" in materia di sciopero. Ne consegue che non si può accogliere l'interpretazione suggerita dall'Avvocato generale sulla presunzione della presenza soltanto di principi nel Titolo IV della Carta dei diritti fondamentali, anche perché, applicata all'art. 28, sconfesserebbe la giurisprudenza precedente della Corte di giustizia (casi *Viking* e *Laval*), la quale, sebbene con tutte le precisazioni del caso, ha già riconosciuto lo sciopero come diritto fondamentale dell'Unione europea.

2. Oltre la presunzione della presenza di soli principi nel Titolo IV della Carta.

Per questi motivi va esaminata con attenzione la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Association de médiation sociale*. Tale pronuncia non avalla l'interpretazione dell'Avvocato generale da ultimo riportata sulla presenza solo di principi nel Titolo IV, ed anzi propone indicazioni in senso contrario.

Il riferimento è alla differenziazione, evidenziata nella sentenza, fra il contenuto dell'art. 21¹⁰ e quello dell'art. 27. Per la precisione, la Corte di giustizia afferma che "il principio di non discriminazione in base all'età ... sancito dall'art. 21, paragrafo 1, della Carta, è di per sé sufficiente per conferire ai singoli un diritto soggettivo invocabile in

⁸ Peraltro coeva al riconoscimento alle previsioni della Carta di Nizza dello stesso valore delle norme del Trattato.

⁹ "Tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali" e nel rispetto della loro autonomia.

¹⁰ Tale norma sancisce il divieto di qualsiasi forma di discriminazione "fondata, in particolare, sul sesso, la razza, il colore della pelle o l'origine etnica o sociale, le caratteristiche genetiche, la lingua, la religione o le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio, la nascita, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale".

quanto tale"¹¹, purché però la fattispecie cui si riferisce questa norma "rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione"¹². Al contrario, continua la Corte, "il divieto, previsto all'articolo 3, paragrafo 1, della direttiva 2002/14, e indirizzato agli Stati membri, di escludere dal calcolo degli effettivi di un'impresa una determinata categoria di lavoratori ... non può essere desunto, quale norma giuridica direttamente applicabile, né dal tenore letterale dell'articolo 27 della Carta né dai chiarimenti relativi a tale articolo"¹³. "Pertanto, l'articolo 27 della Carta non può ... essere invocato in una controversia ... al fine di concludere che la norma nazionale non conforme alla direttiva 2002/14 deve essere disapplicata"¹⁴. In sostanza, la Corte afferma che l'art. 27 è un principio, cui si applica l'art. 52, par. 5, e quindi "per produrre pienamente i suoi effetti deve essere precisato mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale"¹⁵: il che, però, non avviene, appunto, nel caso di specie. Tuttavia, ciò non significa che non possa avvenire per altre previsioni della Carta, indipendentemente dal Titolo in cui esse sono contenute e, in effetti, a prescindere dalla qualificazione letterale come diritto o principio: lo dimostra inequivocabilmente la diretta invocabilità da parte dei privati riconosciuta all'art. 21, considerato come si è detto, dalla Corte di giustizia un principio¹⁶.

In altri termini, la pronuncia in oggetto invita a riconoscere i diritti e i principi sulla base della formulazione delle norme, distinguendo fra le previsioni della Carta precise ed incondizionate che conferiscono ai singoli un diritto soggettivo invocabile, e quelle dal contenuto più indeterminato (principi), che, per produrre effetti, necessitano di una loro precisazione mediante disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale nell'attuazione del diritto dell'Unione¹⁷.

In base alle espressioni adoperate nelle norme, sono riconducibili alla prima categoria, l'art. 29, secondo il quale "ogni persona ha il diritto di accedere a un servizio di collocamento gratuito"¹⁸, e l'art. 30, perché la tutela contro ogni licenziamento ingiustificato¹⁹ non è riconosciuta "nei

¹¹ Punto 47. Per l'esame di tale principio la Corte rinvia alla sentenza del 19 gennaio 2010, *Kücükdeveci c. Swedex GmbH & Co. KG*, C-555/07, in *RIDL*, 2010, II, p. 993 ss., con commenti di Calafà e Di Federico e in *DLM*, 2011, con commento di Guarriello e Minolfi.

¹² Punto 23 della sentenza *Kücükdeveci*. In merito, v. ALAIMO, CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 82/2010.

¹³ Punto 46 della sentenza *Association de médiation sociale*.

¹⁴ Punto 48 della sentenza.

¹⁵ Punto 45 della sentenza.

¹⁶ Per meglio dire, è considerato un principio che conferisce ai singoli un diritto soggettivo invocabile.

¹⁷ Sul punto, v. MUTARELLI, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale europeo*, in *RGL*, 2007, I, pp. 636-637.

¹⁸ Dello stesso avviso SCIARRA, *Considerazioni conclusive. Metodo e linguaggio multilivello dopo la ratifica del Trattato di Lisbona*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento comunitario e Costituzione italiana: il contributo della giurisprudenza multilivello*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .Collective Volumes - 1/2011, p. 87.

¹⁹ Sui licenziamenti individuali nel diritto dell'Unione, v. BERCUSSON, *Protection in the event of unjustified dismissal*, in BERCUSSON (a cura di), *European Labour Law and the EU Charter of*

casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali", come accade per il diritto di informazione e consultazione di cui all'art. 27, ma "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali", espressione secondo la quale tale diritto deve essere applicato in accordo con la legislazione europea e le legislazioni nazionali e non alle condizioni previste da quelle legislazioni. Ancora più chiaro, poi, è l'art. 33, par. 1, secondo il quale "ogni persona ha diritto di essere tutelata contro il licenziamento per un motivo legato alla maternità", previsione perentoria e senza ulteriori precisazioni, che non lascia adito a dubbi sulla sua natura di diritto e non di principio.

3. La questione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione: le tre insoddisfacenti categorie di principi e diritti

A questo punto occorre comprendere l'incidenza su quest'interpretazione dell'art. 51, par. 1, concernente il campo di applicazione delle norme della Carta, che è limitato alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione e agli Stati membri "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione". E ciò è ribadito anche dalla Corte di giustizia, secondo la quale il campo di applicazione dei diritti e dei principi riconosciuti dalla Carta è limitato alle "situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione"²⁰. Di conseguenza, in presenza di previsioni precise e incondizionate, il diritto sorge solo se la fattispecie rientra nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione ed i principi vanno attuati e concretizzati attraverso atti dell'Unione e degli Stati membri nella trasposizione del diritto dell'Unione.

Come si può vedere, quindi, i problemi relativi al campo di applicazione delle norme della Carta riguardano sia i diritti sia i principi e, in fin dei conti, sono simili. A tal proposito ci si chiede, ancora una volta, cosa accada a quei diritti (ma un discorso analogo può essere fatto per i principi), riconosciuti dalla Carta di Nizza, in merito ai quali manca una

fundamental rights, Etui, 2002; REBAHN, *Significant changes/trends in Dismissal Law since 2006* e HEERMA VAN VOSS, *Common ground in European Dismissal Law*, entrambi in 4th Annual Legal Seminary, European Labour Law Network 'Protection against Dismissal in Europe', Seminar Report, 2011. Con riferimento all'art. 30, v. CALCATERRA, *Diritto al lavoro e diritto contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e Costituzione italiana a confronto*, Working Paper C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona.INT, 58/2008, in www.lex.unict.it; HEPPLE, *Dismissal law in context*, in *ILJ*, vol 3, 2012, p. 207 ss.; KENNER, *Article 30*, in PEERS, HERVEY, KENNER, WARD (a cura di), *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Hart Publishing, Oxford, 2014; ORLANDINI, *La tutela contro il licenziamento ingiustificato nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *DLRI*, 2012, n. 136; ZOPPOLI L., *Flex/insecurity*, Editoriale scientifica, 2012, p. 111 ss. Più in generale, v. ALES, *Libertà e 'Uguaglianza solidale': il nuovo paradigma del lavoro nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, in *DL*, 2001, p. 122. Dal punto di vista del diritto comparato, v. PEDRAZZOLI, *Licenziamenti in comparazione. La 'flessibilità in uscita' nei Paesi europei e la recente riforma italiana*, in PEDRAZZOLI (a cura di), *Le discipline dei licenziamenti in Europa. Riconoscizioni e confronti*, Franco Angeli, Milano, 2013.

²⁰ Punto 42 della sentenza *Association de médiation sociale*. V. anche C. Giust. 26 febbraio 2013, *Skeberg Fransson*, C-617/10.

fonte secondaria dell'Unione o per carenza di competenza (v. lo sciopero) o perché il legislatore europeo ha deciso (almeno fino ad ora) di non intervenire in materia (v. i licenziamenti individuali).

Inoltre, la Corte sembra affermare l'operatività dei principi e dei diritti nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, inteso in senso stretto, ovvero con riferimento soltanto alla direttiva che disciplina specificamente il singolo istituto cui si riferisce la previsione della Carta. Infatti, i giudici di Lussemburgo fanno riferimento alla dir. 2002/14, quale atto di "concretizzazione" del principio di cui all'art. 27 della Carta, e alla dir. 2000/78, come ambito di applicazione del diritto derivante dall'art. 21²¹. Tuttavia, quest'interpretazione provocherebbe conseguenze inattese sul piano della razionalità delle tutele. Ciò è molto evidente con riferimento alla disciplina del licenziamento individuale. Si è anticipato che non esiste una direttiva specifica in materia, mentre, a proposito della lavoratrice madre, l'art. 11, dir. 1992/85 prevede che gli Stati membri adottano le misure necessarie per vietare il licenziamento nel periodo compreso tra l'inizio della gravidanza e il termine del congedo di maternità, cosicché il combinato disposto di questa norma e dell'art. 33, par. 1, della Carta - grazie appunto alla presenza della direttiva, attestante che la fattispecie rientra nel campo di applicazione del diritto dell'Unione - conferisce alla singola lavoratrice un diritto soggettivo invocabile anche nel rapporto tra privati, privando invece i lavoratori (uomini e donne) di un analogo diritto in caso di licenziamento individuale ingiustificato.

In breve, alla luce della ricostruzione che pare assestarsi nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si possono ricavare tre categorie di diritti e principi, ovviamente con effetti diversi a seconda se ci si trovi davanti ad un diritto o a un principio, visto che solo il diritto ha efficacia diretta orizzontale.

La prima categoria comprende i diritti e i principi di piena e completa attuazione (*complete rights and principles*), cioè applicabili nei confronti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione, ma pure degli Stati membri in virtù dell'esistenza di norme traspositive del diritto dell'Unione. La seconda categoria include i diritti e i principi applicabili alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, ma in attesa di una fonte secondaria in grado di "attivarli" pienamente (*pending rights and principles*), ovvero che li renda applicabili agli Stati membri, come nel caso della tutela contro il licenziamento individuale ingiustificato. La terza categoria comprende i diritti e i principi dall'applicazione limitata *per tabulas* al solo livello sovranazionale (*limited rights and principles*), e cioè quelle situazioni, come lo sciopero e la serrata, che, salvo cambiamenti delle norme del Trattato, non possono dar luogo ad un'attuazione del diritto dell'Unione, com'è confermato dall'art. 51, ultimo periodo del paragrafo 1 e paragrafo 2, della Carta²², sì da risultare inapplicabili, almeno *prima facie*, agli ordinamenti interni.

²¹ V., rispettivamente, sentenza *Association de médiation sociale* e sentenza *Kücükdeveci*.

²² Infatti, il rispetto dei diritti e l'osservanza dei principi da parte delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell'Unione va fatto "nel rispetto dei limiti delle competenze conferite all'Unione e nei trattati", in quanto la Carta "non estende l'ambito di applicazione

4. Al di là dei "meaningless" rights and principles? I margini d'azione dell'ordinamento europeo

Da quanto detto finora è molto evidente che le conclusioni cui giunge, esplicitamente ed implicitamente, la Corte di giustizia non sono da considerarsi pienamente soddisfacenti, poiché "confinano", provvisoriamente o definitivamente, l'applicazione di alcuni diritti e principi fondamentali soltanto alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione, impedendone la loro operatività anche nei confronti degli Stati membri.

Sicché si intende proporre una ricostruzione in parte divergente, volta ad evitare che i *pending* e i *limited rights and principles* prima definiti si trasformino in "*meaningless*" *rights and principles*. Tale ricostruzione prescinde dalla differenza fra diritti e principi, che rimane inalterata e produce le conseguenze più volte ricordate²³, ed è fondata su una definizione ampia delle espressioni sinora incontrate, quali: "esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione", "ambito di applicazione del diritto dell'Unione" e "situazioni disciplinate dal diritto dell'Unione". Ma procediamo con ordine distinguendo fra gli effetti di quest'interpretazione prodotti sull'ordinamento dell'Unione europea e quelli cagionati sugli ordinamenti degli Stati membri.

Con riguardo all'ordinamento europeo, va compreso in che modo i principi e i diritti si applicano alle istituzioni, agli organi e agli organismi dell'Unione. Non c'è dubbio che ognuno di questi soggetti deve rispettare i diritti, osservare i principi e promuoverne l'applicazione nell'esercizio delle competenze attribuitegli dai Trattati. E ciò vale principalmente, come d'altronde ha autorevolmente sostenuto la Commissione europea²⁴, per le istituzioni, gli organi e gli organismi che partecipano alla formazione del diritto dell'Unione, cosicché è di immediata evidenza che le previsioni contenute negli atti normativi secondari (regolamenti, direttive, decisioni, ma anche raccomandazioni e pareri), indipendentemente dalla materia su cui vertono, non possono essere in contrasto con i diritti e i principi tutelati dalla Carta di Nizza²⁵ e, comunque, nei casi dubbi vanno interpretati in conformità a quei diritti e a quei principi.

Ritornando agli esempi fatti in precedenza, l'art. 27 (contenente quello che, sulla base dell'interpretazione proposta, è un *complete*

del diritto dell'Unione al di fuori delle competenze, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei Trattati".

²³ I diritti sono immediatamente azionabili dai singoli nei rapporti interprivati, mentre i principi necessitano di "concretizzazione" mediante atti dell'Unione europea e atti degli Stati membri qualora procedano a trasporre il diritto dell'Unione.

²⁴ V. la Comunicazione, *Strategia per un'attuazione effettiva della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, COM(2010)573 final del 19 ottobre 2010.

²⁵ La Comunicazione della Commissione del 2010 afferma infatti che gli atti giuridici della Commissione medesima, del Parlamento e del Consiglio "devono essere pienamente conformi alla Carta" (p. 3).

principle) impedisce che qualsiasi direttiva possa prevedere una procedura di informazione e consultazione non resa, ad esempio, in tempo utile. Per quanto concerne l'art. 30 (che contiene un *pending right*), quanto detto vale anche in mancanza di una direttiva specifica in tema di licenziamento individuale. A tal proposito, a titolo esemplificativo, è utile ricordare quanto recentemente sostenuto in dottrina, ovvero che il rispetto del diritto alla giustificazione del licenziamento impone una limitazione alla stipulazione dei contratti a termine²⁶. Conseguenza di questa interpretazione è il contrasto della direttiva 1999/70 con l'art. 30, in quanto la fonte secondaria non presenta una norma che limiti espressamente l'accesso al primo contratto a tempo determinato, o quantomeno l'obbligo di interpretare il richiamo al contratto a tempo indeterminato quale "forma comune dei rapporti di lavoro", contenuto nella medesima fonte europea²⁷, come divieto di liberalizzare l'accesso al termine.

Per quanto riguarda l'art. 28, (all'interno del quale il diritto di ricorrere ad azioni collettive è un *limited right*²⁸), pur nell'impossibilità di emanare un atto normativo secondario in tema di sciopero o serrata, dall'interpretazione suggerita consegue che le conclusioni cui è giunta la Corte di giustizia in precedenza sul riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale sono un punto di non ritorno, pur rimanendo irrisolta la questione di come effettuare il bilanciamento di quel diritto con le libertà fondamentali. Inoltre, la presenza dell'art. 28 contribuisce a stimolare l'approvazione di norme che legifichino quanto affermato dalla Corte, come testimonia l'art. 2 della proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi²⁹, secondo il quale "l'esercizio della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi sancite nel trattato rispetta il diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, così come l'esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive, compreso il diritto o la libertà di sciopero, rispetta queste libertà fondamentali". E la formulazione di tale norma è diversa dall'omologa previsione del Regolamento n. 2679/98 del 7 dicembre 1998 sul

²⁶ SARACINI, *Contratto a termine e stabilità del lavoro*, Editoriale scientifica, 2013, p. 50 ss. Tale autrice mette in evidenza l'esistenza di un collegamento funzionale tra la disciplina del contratto a termine e le regole in materia di licenziamenti individuali nel contratto a tempo indeterminato. Sicché, se mancano regole volte a garantire la stabilità del rapporto di lavoro (ovvero a limitare sostanzialmente il libero recesso), la regolamentazione del termine non richiede una particolare protezione. Al contrario, "là dove sussiste una normativa a tutela della 'stabilità' del rapporto di lavoro, si rende necessario limitare ... anche la possibilità di apporre un termine al contratto, dal momento che la mancanza di qualsivoglia limite in proposito vanificherebbe ... le norme di protezione del lavoratore contro il licenziamento" (pp. 16-17). In merito v. anche ALESSI, *Flessibilità del lavoro e potere organizzativo*, Giappichelli, 2012, p. 57 ss. e, più in generale, IZZI, *Stabilità versus flessibilità nel diritto comunitario: quale punto di equilibrio?*, in *LD*, 2007, p. 386 ss.

²⁷ V. il preambolo e il 6° considerando dell'accordo-quadro recepito nella direttiva 1999/70.

²⁸ In quanto è utilizzata la stessa formula prevista dall'art. 30, ovvero "conformemente al diritto dell'Unione e alle legislazioni e prassi nazionali"

²⁹ COM(2012) 130 final del 21 marzo 2012.

funzionamento del mercato interno in relazione alla libera circolazione delle merci tra gli Stati membri, antecedente sia alla giurisprudenza europea in materia di bilanciamento del diritto di sciopero e delle libertà fondamentali, sia al riconoscimento del valore vincolante alle norme della Carta di Nizza. Non è un caso, infatti, che, secondo quanto disposto dall'art. 2, il reg. n. 2679/98 "non può essere interpretato in modo tale da pregiudicare in qualsiasi modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti dagli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero". Come si può vedere, non vi è traccia del discorso del bilanciamento. Mi pare che sul diritto all'azione collettiva di cui all'art. 28 non si possa dire molto di più, in considerazione del fatto che le spiegazioni all'art. 51 ribadiscono che la Carta non può avere l'effetto di ampliare le competenze e i compiti assegnati all'Unione, cosicché "i diritti fondamentali garantiti nell'Unione producono effetti solo nell'ambito delle competenze determinate dai trattati"³⁰.

Non va dimenticato poi, come anticipato prima, che l'art. 28 non fa riferimento soltanto al diritto di ricorrere ad azioni collettive, ma anche al diritto di negoziare e di concludere contratti collettivi, che è invece un *pending right*³¹, in quanto esiste una competenza dell'Unione europea in materia, sebbene non (ancora) esercitata. Sicché, nessuna fonte secondaria europea potrà prevedere norme che neghino quel diritto ed anche le previsioni già emanate vanno interpretate in tal modo.

Gli esempi di quanto sostenuto finora potrebbero essere innumerevoli. E' bene farne almeno un altro che si riferisce questa volta, come sarà evidente di qui a poco, ad un *complete principle*. L'art. 15, par. 1 della Carta, peraltro non compreso nel Titolo IV, sancisce il diritto di ogni persona "di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta e accettata". La formulazione della norma lascia intendere che si tratti, appunto, di un principio, come tale non immediatamente azionabile da ogni lavoratore, soggetto anch'esso alle limitazioni derivanti dall'art. 51 della Carta. Tuttavia, questo principio deve essere osservato e promosso dal legislatore europeo. Pertanto, con riferimento, ad esempio, al lavoro a tempo parziale, altro istituto disciplinato anche a livello sovranazionale, la direttiva in materia (1997/81) non può contenere previsioni che impongano al lavoratore la trasformazione del rapporto di lavoro da tempo parziale a tempo pieno e viceversa. Per la verità, com'è noto, tale direttiva, pur se precedente al riconoscimento del valore vincolante della Carta, contiene un principio che va esattamente in quella

³⁰ Sostengono invece l'irrilevanza delle spiegazioni del *Praesidium*, nonostante la lettera del preambolo della Carta dei diritti fondamentali ("la Carta sarà interpretata dai giudici dell'Unione e degli Stati membri tenendo in debito conto le spiegazioni elaborate sotto l'autorità del praesidium della Convenzione che ha redatto la Carta"), SCIARRA, *op. cit.*, p. 85 e BRONZINI, *op. cit.*, p. 41, anche se tale autore riconosce che la Corte costituzionale italiana "nella ... sentenza n. 138/2010 sulle nozze gay ha utilizzato le spiegazioni come limite al riconoscimento del diritto" (nt. 38).

³¹ Considerano tale situazione giuridica protetta un diritto azionabile anche ALAIMO, CARUSO, *Dialogo sociale e negoziazione collettiva nell'ordinamento europeo*, in PROIA (a cura di), *Organizzazione sindacale e contrattazione collettiva*, Trattato di Diritto del lavoro, diretto da Persiani e F. Carinci, vol. II, Cedam, 2014, p. 968.

direzione, ovvero la promozione del *part-time* su base volontaria³². Pertanto, si può dire che questa norma abbia anticipatamente (e casualmente) promosso il principio riconosciuto dall'art. 15 della Carta. Beninteso, seppure la direttiva non avesse previsto espressamente il principio di volontarietà, in assenza di previsioni che impongono la trasformazione del rapporto, sarebbe stata ugualmente rispettosa dell'art. 15.

5. Segue. I margini d'azione degli ordinamenti nazionali

Passando al piano degli ordinamenti nazionali, va ricordato che i diritti e i principi vanno rispettati o osservati anche nell'attuazione del diritto dell'Unione europea. E nemmeno questo riferimento può essere inteso in senso restrittivo (almeno quasi mai), e quindi non può significare che i diritti e i principi garantiti dalla Carta si applichino soltanto nel procedimento di attuazione riguardante l'istituto cui il diritto o il principio fa specificamente riferimento, ma devono essere rispettati nel momento in cui si procede ad attuare *tutte* le fonti secondarie dell'Unione e, principalmente, le direttive. Pure in questo caso, a sostegno di tale ricostruzione, è utile richiamare la Comunicazione del 2010 cui si è fatto riferimento prima, secondo la quale la Commissione, nel caso in cui ritenga che uno Stato membro stia violando un diritto fondamentale, può intervenire adendo la Corte di giustizia (con un ricorso per inadempimento) purché, genericamente, "la situazione presenti un elemento di collegamento con il diritto dell'Unione", anche se "l'esistenza di tale nesso dipende dalla situazione singola e concreta"³³. Tuttavia, le affermazioni contenute nella Comunicazione³⁴ lasciano intendere la fondatezza della ricostruzione sostenuta, basata su un'interpretazione ampia del collegamento con il diritto dell'Unione.

Pertanto, riprendendo gli esempi fatti, nessuna disposizione interna, attuativa di una qualsiasi direttiva, che prevede l'informazione e la consultazione dei lavoratori o dei loro rappresentanti può prescindere dal "tempo utile", consentendo, ad esempio, il coinvolgimento (dei lavoratori e/o dei loro rappresentanti) soltanto a valle delle decisioni già prese, anche se, in virtù del fatto che l'art. 27 contiene un principio e non un diritto, non si è in presenza di una norma direttamente azionabile dai singoli.

³² Il riferimento è alla clausola 1, lett. a, dell'accordo-quadro recepito dalla dir. 1997/81. Per approfondimenti in merito sia consentito rinviare a DELFINO, *Il lavoro part-time nella prospettiva comunitaria. Studio sul principio volontaristico*, Jovene, 2008, pp. 96-102.

³³ Comunicazione del 2010 p. 10.

³⁴ Secondo la Comunicazione del 2010, "si ha un elemento di collegamento quando la legislazione nazionale recepisce una direttiva dell'Unione in violazione di diritti fondamentali, o quando un'autorità pubblica applica una norma dell'Unione in violazione di tali diritti ..." (p. 10, nt. 21). Sul punto, v. MASTROIANNI, *I diritti fondamentali dopo Lisbona tra conferme europee e malintesi nazionali*, in *DPCE*, 2010, 4, p. XXI ss. e BRONZINI, *Happy Birthday; il primo anno di "obbligatorietà" della Carta di Nizza nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in CARUSO, MILITELLO (a cura di), *op. cit.*, p. 26 ss. Per alcuni spunti, v. anche MUTARELLI, *op. cit.*, p. 647.

Al contrario, non è possibile sostenere che la liberalizzazione del ricorso al contratto a tempo determinato, eventualmente prevista dalla legislazione interna attuativa della direttiva 1999/70³⁵, viola di per sé il diritto alla tutela contro ogni licenziamento ingiustificato. Infatti, la ricostruzione che mette in connessione la disciplina del licenziamento e la regolamentazione del lavoro a termine si fonda, come si è visto, sulla presenza di una legislazione nazionale che impone la giustificazione del licenziamento e non opera nel momento in cui l'ordinamento interno prevede, invece, la libertà di licenziare. D'altronde, l'art. 30 della Carta non può direttamente applicarsi alla disciplina interna in materia di licenziamenti individuali perché essa esula dal campo di applicazione del diritto dell'Unione. Pertanto, con riferimento a questa materia, in considerazione del fatto che le limitazioni derivanti dall'art. 30 si applicano esclusivamente nell'ambito dell'ordinamento europeo, per quanto riguarda il piano del diritto nazionale, si può sostenere che una normativa interna, che prevedesse la liberalizzazione dell'accesso al contratto a termine, sarebbe in contrasto con il principio della direttiva 1999/70, secondo il quale il contratto a tempo indeterminato è la "forma comune dei rapporti di lavoro". Infatti, tale principio, come si è anticipato, proprio in virtù della presenza dell'art. 30 della Carta, va interpretato come divieto di liberalizzare l'accesso al primo contratto a termine.

Un discorso diverso va fatto per il diritto di intraprendere azioni collettive. E' ovvio che, se fosse approvato, il regolamento prima menzionato avrebbe immediata applicabilità e, quindi, non ci sarebbe una normativa di trasposizione che dovrebbe garantire il diritto di cui all'art. 28. Invece, appare difficile sostenere che il diritto di intraprendere azioni collettive deve essere assicurato anche nella trasposizione di direttive su istituti non presi in considerazione dalla norma della Carta, ma "a rischio di impatto" con il diritto in oggetto, come, ad esempio, il distacco dei lavoratori. Infatti, stando alla lettera della spiegazione all'art. 51, visto che la Carta non può avere l'effetto di estendere le competenze dell'Unione "va da sé che il rinvio alla Carta nell'articolo 6 del Trattato sull'Unione europea non può essere inteso come un'estensione automatica della gamma degli interventi degli Stati membri che vanno considerati 'attuazione del diritto dell'Unione'". In altre parole, sulla base di questa spiegazione, l'assenza di competenza sovranazionale impedisce che il diritto di intraprendere azioni collettive sia direttamente azionabile dai privati nella trasposizione del diritto dell'Unione, come accadrebbe nell'ipotesi in cui la normativa interna attuativa della direttiva sul distacco fosse in contrasto con l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali.

Diverso è il discorso, anche con riferimento agli ordinamenti interni, per il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi previsto sempre dall'art. 28, grazie al fatto che in materia c'è competenza dell'Unione. Di modo che se una normativa traspositiva di una qualsiasi direttiva violasse espressamente il diritto *de qua* sarebbe possibile per il singolo lavoratore disapplicare la previsione nazionale non conforme alla stessa direttiva.

³⁵ Atto emanato da organi e istituzioni dell'Unione e alle normative degli Stati membri che stanno procedendo all'attuazione del diritto dell'Unione.

Analogamente, con riguardo all'art. 15 e al *part-time*, la normativa attuativa della direttiva 1997/81 deve rispettare il principio contenuto nella previsione della Carta e promosso dalla medesima fonte secondaria. Ciò detto, è corretta l'affermazione di chi³⁶ ha sostenuto il contrasto dell'art. 3, co. 101, l. 247/2007³⁷ con l'art. 15 della Carta di Nizza, purché si dimostri che la previsione italiana del 2007 sia una norma attuativa della direttiva, condizione, questa, che consente l'applicabilità agli Stati membri delle norme della Carta dei diritti fondamentali. E mi pare non ci siano dubbi sulla qualificazione di quella previsione come traspositiva della direttiva sul *part-time*³⁸. In assenza di questa dimostrazione, però, è bene ripeterlo, mi sembra difficile sostenere la diretta applicabilità dell'art. 15 della Carta alle norme emanate dagli Stati membri in tema di lavoro a tempo parziale.

³⁶ PINTO, *Lavoro subordinato flessibile e lavoro autonomo nelle pubbliche amministrazioni. Politiche legislative e prassi gestionali*, Cacucci, 2013, p. 207.

³⁷ Tale norma consentiva alle pubbliche amministrazioni, entro centottanta giorni, di "sottoporre a nuova valutazione i provvedimenti di concessione della trasformazione del rapporto di lavoro da tempo pieno a tempo parziale già adottati prima della data di entrata in vigore" del d.l. 112/2008.

³⁸ Infatti, questa previsione fa riferimento alla disposizione - l'art. 73, d.l. 112/2008 (conv. dalla l. 133/2008) - che ha modificato l'art. 1, co. 58, l. 662/1996, fatto salvo dall'art. 10, d.lgs. 61/2000, ovvero dalla normativa emanata proprio in attuazione della direttiva 1997/81.