

Dimensione europea e riduzione dei diritti sociali negli stati membri: il ruolo delle Corti

di Franco Focareta*

(Relazione al Convegno internazionale Italo-tedesco su «l'impatto dell'offensiva neoliberale sulle relazioni industriali in Italia e Germania», tenutosi a Bologna il 24-25 settembre 2015)

Prima di entrare nel merito degli argomenti che mi sono stati assegnati - ovvero l'impatto degli atti d'indirizzo delle istituzioni europee sui paesi membri e quindi l'impatto sulle condizioni di lavoro - è necessario fare un passo indietro, per delineare bene quali sono gli assetti sul piano comunitario che incidono sulla dimensione sociale nei vari stati.

Parlerò di dimensione europea - e uso intenzionalmente un termine generico come questo e non "istituzioni europee" o "Unione Europea" - perché l'individuazione e la natura dei soggetti che operano in questa vicenda è uno dei problemi. Mi concentrerò sul rapporto tra la dimensione europea e i diritti sociali, intesi sia come diritti degli individui, dei lavoratori e dei cittadini, ma anche come diritti nella loro dimensione collettiva, nell'agire collettivo, in primo luogo nello svolgimento della contrattazione collettiva.

L'europesismo entusiasta prima e l'antieuropeismo diffuso oggi spesso si sono costruiti sulla base di una percezione errata di quella che è davvero l'Europa. Svolgere una riflessione su questi temi significa ripartire dai fondamentali, cioè da quelle che sono le dinamiche di interazione tra dimensione europea e diritti sociali. Dobbiamo intenderci su cosa è effettivamente l'Europa e quindi su cosa possiamo o meno aspettarci.

L'Europa ha vissuto e vive un lungo cammino che dovrebbe portare - ma non ha ancora portato e non è detto che porti - dall'Europa dei mercati all'Europa sociale. Noi diamo per scontato che l'Europa sia anche uno spazio sociale dove fioriscono e devono essere protetti i diritti sociali. Questo è però un obiettivo solo recente dell'Europa, cioè dal Trattato di Lisbona in avanti. L'Europa nasce mercantile: nasce per costruire un mercato unico e solo tardi e timidamente diventa un'Europa dei cittadini, dei lavoratori e dei diritti sociali. Questo dobbiamo tenerlo fermo come consapevolezza di sistema: sulla dimensione europea si sono create in passato delle aspettative non particolarmente fondate rispetto a quelli che sono i contenuti reali dei trattati, delle competenze e dei ruoli delle istituzioni europee.

E soprattutto parliamo di un cammino che non è detto che si riesca a compiere. Anche perché l'Europa marcia su binari a diverse velocità: quella del mercato e dell'unione monetaria e quella sociale. Analizzando i commenti di colleghi italiani e stranieri che si sono interrogati negli ultimi anni, in particolare da quando sono partite le operazioni di salvataggio del Portogallo e della Grecia, è evidente che, rispetto all'Europa, sembriamo aver vissuto una specie d'illusione ottica. Per qualche tempo, tutti ci siamo illusi - in Italia sicuramente - che dall'Europa potessero arrivare diritti nuovi o la tutela di diritti che a casa nostra non riuscivamo più a garantire. Mi riferisco al lavoro e alla tutela del lavoro. È stata la lunga stagione in cui dall'Europa ci arrivavano le direttive sui licenziamenti collettivi la "626", cioè la disciplina sulla sicurezza sul lavoro. In quegli anni si è creata l'idea che il diritto

del lavoro, che in Italia iniziava ad essere regressivo ed affaticato, potesse trovare in Europa nuova linfa e nuova spinta.

In realtà, guardando più da vicino l'esperienza del diritto dell'Unione Europea, le questioni appaiono ben diverse. Nell'UE, infatti, il diritto che si è sviluppato in attuazione dei trattati è attento in particolare a tutelare e sviluppare la dimensione dei diritti fondamentali della persona, alle tutele antidiscriminatorie, al rispetto della parità; è un diritto cioè che tende a tutelare la persona in quanto tale, non in quanto lavoratore.

Quando il diritto comunitario interviene anche sui rapporti di lavoro non lo fa per introdurre regole o limiti al potere del datore di lavoro (la conquista più grande e moderna del diritto del lavoro). Non lo fa perché non lo vuole fare, non è nel suo codice genetico. Quando tutela il lavoratore, lo tutela in quanto persona.

Faccio degli esempi per essere chiaro. Direttiva comunitaria sul contratto a termine: è una disciplina che trae origine dai principi di non discriminazione. Disciplina comunitaria sugli orari di lavoro: è una disciplina che trae origine dalla direttiva madre sulla sicurezza sul lavoro, nella quale l'orario di lavoro non viene tutelato come coacervo di diritti del lavoratore e di limite al potere datoriale ma in quanto strumento di tutela della salute del lavoratore. Quindi è un diritto che non si occupa del contratto di lavoro, non vuole introdurre limitazioni e condizionamenti al potere datoriale, è un diritto che mira a tutelare la persona e soprattutto che punta a tutelare i diritti di parità e di non discriminazione. Questo è il diritto comunitario in materia di lavoro e in materia sociale. È un diritto che programmaticamente si deve astenere - perché non rientra nelle sue competenze - su temi quali la retribuzione o la contrattazione collettiva.

Questa illusione ottica, che avevamo un po' tutti verso il diritto comunitario negli anni passati - io stesso introdussi nel corso di diritto del lavoro un nuovo pezzo di programma dal titolo "il diritto comunitario del lavoro" perché mi sembrava un settore ricco e vitale - è svanita repentinamente con i casi Laval e Viking, le famose sentenze che hanno rappresentato per tanti giuristi innamorati dell'Europa un brusco risveglio. Perché questi casi ci ricordano che l'obiettivo fondamentale dell'Europa è creare, far sviluppare e preservare il mercato unico e che, nell'ambito del mercato unico, i valori fondamentali sono la libertà di concorrenza e la libertà di circolazione. Questa è la base assiologica dell'azione delle istituzioni europee, tanto della Commissione quanto della Corte di Giustizia, che questa base valoriale declina sentenza dopo sentenza. Tutto deve cedere il passo a questi valori.

I casi Viking e Laval ci dicono che diritti fondamentali quali il diritto alla contrattazione collettiva (articolo 39 della Costituzione) e il diritto di sciopero non sono diritti assoluti nell'ambito comunitario, non sono intangibili, devono armonizzarsi e rendersi compatibili con i principi fondamentali del-

l'Unione, che sono la libertà di circolazione, la libertà di concorrenza e il mercato unico. Principi tutti che la Corte di Giustizia ribadisce continuamente: non si nega la valenza e la cogenza dei sopra menzionati diritti, si dice però che possono essere limitati - in modo adeguato, proporzionalmente congruo - se entrano in rotta di collisione con i principi fondativi della UE.

Recentemente, con riferimento al sindacato dei musicisti olandesi (FNV), la Corte ha avuto occasione di affermare che il contratto collettivo stipulato dall'associazione dei musicisti - cioè lavoratori autonomi - rappresenta una violazione dell'articolo 101 del Trattato dell'Unione Europea (che garantisce la libertà di concorrenza), salvo che i giudici nazionali dimostrino che i lavoratori in questione siano finti lavoratori autonomi. Nella specie, in sostanza, v'è un contratto collettivo prodotto da nuovi soggetti, lavoratori non più subordinati che tendono - per fortuna, aggiungo io - ad assumere dinamiche sindacali, a cui si dice no. Il loro contratto collettivo è illegittimo perché urterebbe con le regole che vietano le limitazioni della concorrenza.

L'Europa si è mossa con due velocità e con due tecniche diverse: in modo spedito e lineare, quando si tratta di garantire l'obiettivo fondamentale, cioè l'asse mercato-concorrenza-libera circolazione; in modo molto lento e spesso passivo, quando si tratta di promuovere i diritti sociali. Anche dopo il Trattato di Lisbona questa doppia velocità non viene meno. L'Unione Europea confida che l'Europa sociale, che pure da Lisbona diventa un obiettivo fondativo, debba costruirsi un po' spontaneamente. Mentre sull'altro versante si interviene direttamente e pesantemente quando ce n'è bisogno, le Istituzioni Europee (nel senso di: soggetti, culture, valori egemoni) confidano nel fatto che, una volta reso efficiente un mercato unico rafforzato dall'euro, pian piano l'Europa sociale tenda ad omogeneizzarsi nel progresso e si diffondano così gli standard migliori. Questa è sempre stata l'illusione: il mercato va costruito anche forzando, l'Europa sociale si costruirà piano piano da sola, una volta garantito questo spazio unico. Questa è la stella polare dell'Europa!

Proprio a partire da questa stella polare, l'Europa si era programmaticamente sempre astenuta dall'intervenire su due versanti, sui quali non ha una competenza istituzionale: le politiche economiche dei singoli stati e le politiche sociali (sistemi di welfare e regolazioni dei rapporti di lavoro) nei singoli stati. In particolare doveva astenersi sui temi quali assetti retributivi, previdenziali e sulle dinamiche della contrattazione collettiva. L'Europa questo non lo potrebbe fare attraverso interventi formali e istituzionali. Queste materie, che pure ormai da anni sono diventate oggetto del lavoro normativo europeo, dovrebbero venire gestite nell'ambito della codeterminazione: cioè l'Europa se ne occupa non con la Commissione o il Parlamento ma con la Conferenza Intergovernativa, cioè con l'accordo degli stati membri che



restano i soggetti titolari della politica economica e dell'intervento in materia sociale.

Se questo era lo scenario, è evidente che qualcosa di dirompente è avvenuto negli ultimi anni, perché sostenere che oggi l'Europa non si stia occupando delle dinamiche interne agli stati membri farebbe sorridere chiunque. La crisi di alcuni paesi – in particolare la crisi del debito sovrano in alcuni stati – ha spazzato via questo dualismo. L'Europa ha dismesso ogni prudenza ed è diventata invece particolarmente invasiva, travalicando anche le proprie competenze derivanti dai trattati. È accaduto non solo che l'Europa, di fronte all'esigenza di affrontare la crisi di alcuni stati membri, abbia intenzionalmente travalicato le sue competenze ma l'ha fatto con modalità tali che mettono in discussione lo stesso assetto istituzionale europeo.

Gli strumenti d'intervento della UE sulle politiche economiche e sulla dimensione sociale degli stati membri non sono gli strumenti classici d'intervento dell'Unione Europea, sono bensì i Trattati MES (Meccanismo Europeo di Stabilità), cioè trattati internazionali che non hanno lo statuto giuridico di atti europei, sono i MINT (i memorandum d'intesa), a cui poi seguono, in quanto attuazione di queste fonti normative anomale, atti giuridici provenienti da autorità europee legittime: disposizioni della Commissione ai Governi piuttosto che raccomandazioni della stessa Commissione, ed infine atti dei Governi e parlamenti nazionali. Ma la fonte originaria di queste regole, che vengono imposte agli stati membri, si trova in questi atti sovranazionali, che vedono sì partecipi alcune istituzioni dell'Unione Europea ma che non sono atti dell'Unione Europea.

I condizionamenti nelle politiche economiche, sociali e nello stesso diritto del lavoro non vengono quindi da atti formali delle istituzioni europee, ma traggono origine da questi accordi, trattati internazionali, memorandum – o addirittura nel caso italiano da una lettera del 2011 – che non sono atti giuridici dell'Unione Europea e anche i soggetti non sono quelli istituzionali europei. Anche qualora agissero i soggetti istituzionali, ad esempio la BCE e la Commissione all'interno della famosa Troika, lo fanno non come soggetti che esprimono un potere o una competenza di carattere europeo ma in quanto soggetti che, insieme ad altri soggetti terzi, fanno degli accordi da cui derivano poi degli obblighi per gli stati membri.

Qui emerge un problema importantissimo. Quale è la natura giuridica di questi atti? Cos'è il MES? Cosa sono questi memorandum che vincolano in dettaglio l'azione dei singoli stati?

Dal punto di vista della ricostruzione giuridica stanno facendo "impazzire" tutti i costituzionalisti e tutti gli studiosi del diritto comunitario. Perché non si sa bene che cosa siano, non si sa se ricondurli al diritto internazionale, se ricondurli al diritto privato come se fossero dei veri e propri contratti, se considerarli atti politici. Badate bene che porsi certe domande sulla natura giuridica di questi atti, che poi incidono sulla carne dei singoli lavoratori e dei singoli cittadini degli stati membri, non è un tema di carattere dogmatico o da giuristi che vogliono incasellare sempre tutto. Capire la natura giuridica di questi atti è importante perché, senza risolvere questo problema, non sappiamo dire nulla sulla giustiziabilità dei loro contenuti.

Ogni atto giuridico si definisce così perché, a fronte di una qualsiasi decisione giuridica, c'è sempre un giudice che può valutarne la violazione o meno. Se così non fosse non possiamo parlare di atto giuridico. Il diritto pretende e vuole un giudice, che possa sindacarne la legittimità, il rispetto, la violazione e così via... altrimenti non

parliamo di diritto! Da giurista il problema che mi pongo è se questi atti siano giustiziabili, se sia possibile rivolgersi a qualche giudice.

Su tale punto si sta svolgendo una vicenda fondamentale negli assetti della stessa democrazia europea perché sono entrati in tensione i ruoli di tutte le istituzioni, proprio intorno alla giustiziabilità di questi atti.

Un tema da risolvere – e la Corte di Giustizia europea l'ha risolto con la famosa sentenza Pringle – concerne la legittimità di tali atti in base all'ordinamento europeo. Sono accordi che esulano dagli atti tipici europei, coinvolgono soggetti che non sono le istituzioni europee e diventano vincolanti per i paesi appartenenti alla UE su materie di competenza della UE.

La Corte di Giustizia legittima questo tipo di atti, ponendo alcuni paletti in ordine alla loro legittimità ma, sostanzialmente, dà semaforo verde a questo tipo di operazioni. Questo significa che la Corte di Giustizia ritiene congruo che nell'Unione Europea molte regole siano costruite al di fuori del circuito istituzionale europeo, anche se si tratta di regole che vengono applicate nei paesi dell'Europa e su materie di competenza dell'Europa.

Se così è significa che l'Europa avrà sempre più un deficit cronico di democrazia, perché queste non sono istituzioni stabilite e riconoscibili nei trattati ma sono atti che vengono fuori da altri percorsi, dove la rappresentatività dei soggetti e la loro dimensione di sovranità è assolutamente estranea. Seconda questione. Alcuni hanno provato in vari paesi a contestare questi atti davanti alla Corte di Giustizia, in quanto in violazione del diritto europeo, in particolare delle norme espresse dalla Carta dei Diritti Fondamentali della UE. La Corte di Giustizia è stata durissima sul punto: non ha mai ritenuto di avere la competenza di poter decidere su queste impugnazioni, giudicandole tutte irricevibili perché concernenti atti legittimi ma non propri delle istituzioni europee. La Corte Europea considera che la lesione eventuale dei diritti non avviene attraverso i memorandum ma attraverso l'atto del singolo governo che va ad attuare il memorandum stesso. Tutti i ricorsi contro i contenuti di questi atti sovranazionali, ritenuti in se legittimi, sono irricevibili e vanno giudicati dai vari sistemi di giustizia statale: questo dice la Corte di Giustizia ed è una anomalia! Se si ritiene che una norma attuativa di questi memorandum sia in violazione dei diritti costituzionali o dei diritti fondamentali della UE si deve seguire la via delle Corti Costituzionali nazionali ovvero la via ordinaria del ricorso pregiudiziale, cioè sollevare in una causa davanti a un giudice ordinario, ove sia rilevante l'applicazione della disposizione nazionale attuativa di tali norme, la questione pregiudiziale di non conformità al diritto dell'Unione, questione che in ipotesi verrà rimandata dallo stesso alla Corte di Giustizia. Solo dopo questi passaggi, per i quali verosimilmente occorreranno anni, si potrà avere l'accertamento della violazione di principi costituzionali o di diritti fondamentali dell'Unione europea!

Faccio un esempio: Decreto legislativo 23/2015, quello che ha eliminato l'art. 18 per i licenziamenti illegittimi per i neo assunti. Secondo alcuni è in contrasto con la Carta dei Diritti Fondamentali della UE e con la Carta Sociale europea. La Corte di Giustizia, in base all'orientamento sopra richiamato, non può vagliare la legittimità del provvedimento in sé: occorre sollevare la questione innanzi ad un giudice nazionale che, se la riterrà rilevante, la manderà alla Corte di Giustizia Europea. Il che significa che in Italia, finché non avremo qualche licenziamento fatto sui nuovi assunti con le tutele crescenti, non potremo avviare una causa ordina-

ria. Una volta avviato il procedimento innanzi al giudice nazionale, dovremo sperare che il predetto giudice sollevi la questione davanti alla Corte di Giustizia e, fra alcuni anni, forse potremo discutere davanti alla Corte dell'eventuale violazione delle norme dei principi comunitari.

Ma non basta. La Corte ci dice qualcosa di peggio: quando qualcuno è riuscito ad arrivare di fronte alla Corte, sostenendo che questi memorandum violino i principi della Carta Fondamentale dei Diritti della UE, la Corte stessa ha sempre dato un'interpretazione di tali norme come non vincolanti. Le stesse norme che sono state, invece, vincolanti quando la Corte è stata chiamata ad esprimersi sui principi di libera circolazione o sui principi di parità e libertà individuale.

Quindi, da quella strada non si può ottenere nulla. La Corte di Giustizia rinvia ai giudizi nazionali e in particolare alle Corti Costituzionali nazionali.

E cosa accade quando si arriva davanti alle Corti Costituzionali nazionali? In tutti i paesi – a partire da Grecia, Portogallo e Italia – in cui l'attuazione dei memorandum e della lettera della BCE hanno dato corso allo smantellamento dello stato sociale, alla trasformazione del diritto del lavoro, ci sono stati ricorsi alle Corti Costituzionali. Tutte le sentenze sono state però, a dir poco, timide nel valutare e contrastare queste politiche legislative imposte dalla dimensione comunitaria. Quando le Corti Costituzionali – e in un caso anche quella italiana – hanno ritenuto illegittime le norme di attuazione di questi programmi sovranazionali, lo hanno fatto sempre sulla scorta di un principio, che non è quello della tutela o della asserita violazione di diritti sociali fondamentali, ma sempre e solo per violazione del principio di uguaglianza. Perché i sacrifici, la maggiore contribuzione, piuttosto che la sterilizzazione degli aumenti retributivi, venivano imposti solo agli uni piuttosto che agli altri. Nulla da dire, invece, sull'intervento in sé, che è sempre stato ritenuto pienamente legittimo nella forma e nella sostanza.

In Italia l'unico caso in cui la Corte Costituzionale ha dichiarato illegittimo uno di questi interventi è stato con riferimento ad una norma che toglieva l'indennità alla retribuzione dei magistrati. Guarda caso... potrebbero sussurrare i maligni! In tutti gli altri casi la Corte ha sempre ritenuto legittimo l'intervento limitativo delle dinamiche retributive, dei trattamenti previdenziali e della contrattazione collettiva. Quindi, gli interventi sovranazionali si traducono in imposizioni su temi che non sono di competenza comunitaria ma le Corti Costituzionali hanno sempre dato semaforo verde a tali interventi legislativi che vi hanno dato attuazione.

L'unico cambiamento che si è avuto recentemente – e che lascia intravedere un po' di luce in fondo al tunnel – è la famosa sentenza 178 del 2014 della Corte Costituzionale, che ha dichiarato illegittima la proroga del blocco della contrattazione collettiva nel pubblico impiego. Non perché porti le retribuzioni a scendere al di sotto del limite imposto dal diritto costituzionale ad una retribuzione equa e sufficiente (articolo 36) ma per violazione – che a questo punto diventa strutturale – della contrattazione collettiva (articolo 39). In tutto lo scenario costituzionale dei vari paesi, in tutta la giurisprudenza, questo del luglio 2014 è l'unico spiraglio che io vedo per una giustiziabilità, sotto il profilo della legittimità costituzionale e del diritto comunitario, dei diritti che vengono calpestati dagli interventi attuativi delle imposizioni europee.

