

Rivista N°: 3/2021  
DATA PUBBLICAZIONE: 28/06/2021

AUTORE: Barbara Guastaferrò\*

## LA «PARTECIPAZIONE AI BENI VITALI»: I DIRITTI SOCIALI TRA PRINCIPIO DI EGUAGLIANZA SOSTANZIALE, ECONOMIA SOCIALE DI MERCATO E SOLIDARIETÀ

*Sommario: 1. Rilievi introduttivi. – 2. I diritti di «partecipazione ai beni vitali». – 3. Diritti sociali, forma di Stato e ordinamento costituzionale: il telos dell'eguaglianza sostanziale. – 4. Politiche sociali e ordinamento comunitario: il telos dello «sviluppo armonioso delle attività economiche». – 5. Diritti sociali e ordinamento euro-unitario: verso l'«economia sociale di mercato». – 6. «Solidarietà»: il capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione. – 7. «Principi» e «diritti»: il carattere condizionato del diritto dei lavoratori alla consultazione nell'ambito dell'impresa. – 8. Segue: il carattere incondizionato del diritto alle ferie retribuite e la sua efficacia diretta orizzontale. – 9. Considerazioni conclusive, a vent'anni dalla Carta di Nizza.*

### 1. Rilievi introduttivi

I diritti sociali sono i soli in grado di garantire la «partecipazione ai beni vitali»<sup>1</sup>, quali salute, lavoro e istruzione e l'effettiva dignità della persona. La natura, la portata e la salienza degli stessi, muta, tuttavia, a seconda degli ordinamenti che li contemplano<sup>2</sup> e, talvolta, alla luce delle diverse congiunture storiche che si susseguono all'interno del medesimo ordinamento.<sup>3</sup> Pertanto, il presente contributo, dopo essersi soffermato sulla dogmatica dei diritti sociali (par. 2), metterà in luce quanto la loro effettività sia strettamente collegata ai mutevoli *teloi* degli ordinamenti di riferimento. Esso enfatizzerà le distonie tra l'ordinamento costituzionale interno, in cui la tutela dei diritti sociali è funzionale alla realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale (par. 3) e l'ordinamento comunitario, in cui la medesima tutela è stata

---

\* Associato di Diritto costituzionale nell'Università di Napoli "Federico II".

<sup>1</sup> W. E. BOCKENFORDE, *I diritti sociali fondamentali nella struttura della Costituzione*, in M. Nicoletti, O. Brino (a cura di), *Stato Costituzione Democrazia*, Milano, Giuffrè, 2006, 193.

<sup>2</sup> Sulle diverse declinazioni della tutela, nazionale ed europea, G. SILVESTRI, *Tutela nazionale ed europea dei diritti civili e dei diritti sociali*, in C. Salvi (a cura di), *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Torino, Giappichelli, 2012.

<sup>3</sup> Sulla «storicità» dei diritti sociali, «connessi allo sviluppo storico dei singoli Paesi» S. CASSESE, *La cittadinanza europea e le prospettive di sviluppo dell'Europa*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 872.

principalmente finalizzata allo sviluppo armonioso del libero mercato (par. 4). Il contributo proverà successivamente ad esplorare, sebbene in chiave critica, le potenzialità dell'accresciuta dimensione sociale del processo di integrazione europea, trainata sia dal Trattato di Lisbona (par. 5) che dalla conseguente entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (par. 6). Quest'ultima, in particolare, codifica, a differenza della CEDU, un corposo elenco di diritti sociali contemplati principalmente nel capo IV, dedicato alla "Solidarietà". La novella, di indubbia rilevanza costituzionale, dovrà fare tuttavia i conti non solo con il «carattere regressivo, rispetto al parametro dello Stato sociale, di diversi principi costituzionali»<sup>4</sup>, ma anche con una «clausola di stile» che subordina la tutela dei diritti sociali ai «casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali». La previsione di specifiche misure di attuazione frappone, tra l'astratta proclamazione del diritto e la sua concreta fruizione da parte del singolo, quell'*interpositio legislatoris* che "declassa" molti dei diritti enumerati nella Carta alla categoria di "principi" solo parzialmente giustiziabili. Dopo aver analizzato la giurisprudenza della Corte di giustizia precipuamente dedicata a tale distinzione tra *diritti* e *principi* codificata dalla Carta, e alla natura "condizionata" dei diritti sociali che da essa deriva (par. 7 e 8), il contributo rifletterà in via conclusiva (par. 9), e in occasione dei "venti anni della Carta di Nizza", sul suo possibile valore aggiunto nella tutela dei diritti sociali. Quest'ultima, difatti, resta, nel contesto europeo, ancora attanagliata da una giurisprudenza che ha spesso operato bilanciamenti ineguali tra diritti sociali e libertà economiche, e da una mancanza di adeguate competenze in materia sociale in capo all'Unione che potrà essere solo parzialmente superata dalle recenti misure europee di risposta alla crisi pandemica.

## 2. I diritti di «partecipazione ai beni vitali»

L'esame formale delle Carte costituzionali europee e degli strumenti internazionali di tutela dei diritti fondamentali non consegna un «significato univoco» dei diritti sociali<sup>5</sup>. Non essendo possibile soffermarsi in modo esaustivo sulla loro tassonomia e sulle molteplici definizioni avanzate in dottrina, ci si ancora a quel solido punto fermo per cui «il diritto sociale è, in senso oggettivo, l'insieme delle norme attraverso cui lo Stato attua la sua funzione equilibratrice e moderatrice delle disparità sociali...in senso soggettivo, il diritto generale di ciascun cittadino a partecipare ai benefici della vita associata, il quale si rifrange in specifici diritti a determinate prestazioni...da parte dei poteri pubblici»<sup>6</sup>. Tale definizione permette di porre in

---

<sup>4</sup> A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo dell'economia. Fondamenti giuridici*, in E. Castorina, A. Lucarelli, D. Mone, *Il diritto pubblico europeo dell'economia*, Rassegna di Diritto Pubblico Europeo, n. 1/ 2016, 8.

<sup>5</sup> In termini di significato non univoco si esprime M. MAZZIOTTI DI CELSO, *Diritti sociali, ad vocem*, in *Enciclopedia del Diritto*, vol. XII, Milano, Giuffrè, 1964, par. 1, ma, similmente, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali, ad vocem*, in *Enciclopedia giuridica*, vol. XI, Roma, Treccani, 1989; F. POLITI, *Diritti sociali (dir. cost.), ad vocem*, in *Treccani. Diritto on-line*, 2017. Per un approfondimento sul tema si rinvia a M. BENVENUTI, *Diritti sociali, ad vocem*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg., Torino, Utet, 2015; P. CARRETTI, G. TARLI BARBIERI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Giappichelli, Torino, 2011; D. BIFULCO, *L'inviolabilità dei diritti sociali*, Napoli, Jovene, 2003.

<sup>6</sup> M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, par. 2.

luce almeno due caratteristiche fondamentali dei diritti sociali, abbastanza trasversali tanto ai diversi ordinamenti giuridici quanto ai diversi periodi storici che ne favoriscono l'affermazione.

La prima è la stretta connessione tra i diritti in questione e la disparità sociale, che guarda al fruitore dei diritti non come singolo (e astratto) individuo ma come *persona*<sup>7</sup>, radicata in un determinato contesto socio-economico in cui spesso, dietro il formale riconoscimento dell'eguaglianza giuridica, si cela una diseguaglianza di fatto.

Pur volendo prescindere dalla specificità della dogmatica della rivoluzione bolscevica che vede i diritti sociali «consapevolmente contrapposti» ai diritti di libertà e alle garanzie della proprietà della classe possidente borghese<sup>8</sup>, è possibile asserire che, dalla svolta epocale della Rivoluzione industriale, alla storica transizione dallo Stato liberale allo Stato sociale<sup>9</sup>, al passaggio fondamentale del *New Deal Rooseveltiano*, all'ascesa delle democrazie costituzionali e pluraliste, i diritti sociali si configurano come diritti non congeniati «per i forti, ma per i deboli»<sup>10</sup>, volti a liberare dal bisogno l'indigenza laboriosa, le classi subalterne e le vittime delle sperequazioni sociali conseguenti al reiterarsi di cicliche, e spesso dirompendi, crisi economiche. Del resto, già nell'articolo 21 della Costituzione francese del 1793 si legge che «la società deve la sussistenza ai *cittadini disgraziati*, sia procurando loro del lavoro, sia assicurando i *mezzi di esistenza* a chi non è in grado di lavorare».<sup>11</sup>

La doverosità di un intervento in sussidio agli indigenti, che la Rivoluzione francese fonda su quelle strette connessioni tra libertà, eguaglianza e fraternità, ci conduce alla seconda caratteristica, strettamente connessa alla prima, che emerge dalla definizione di diritti sociali da cui ha preso le mosse il presente studio: l'essere dotati di una struttura prevalentemente *pretensiva*<sup>12</sup>, che richiede un *facere* in capo allo Stato, un comportamento *attivo* e non semplicemente *omissivo*, tratto che li distinguerebbe, secondo la dottrina prevalente, dai diritti di libertà.<sup>13</sup>

Mentre questi ultimi determinano una sfera entro cui l'individuo opera liberamente, senza la necessaria intromissione (o interposizione) dello Stato, i diritti sociali richiedono l'intervento dell'autorità pubblica per soddisfare alcune esigenze fondamentali. A differenza delle libertà *negative*, le libertà *positive* si configurano come «diritti a qualcosa, cioè diritti di ottenere

---

<sup>7</sup> Sui nessi tra diritti sociali e principio personalista, *amplius*, M. BENVENUTI, *op. cit.*; G. SILVESTRI, *Considerazioni sul valore costituzionale della dignità della persona*, Intervento al Convegno trilaterale delle Corti costituzionali italiana, portoghese e spagnola, Roma, 1° ottobre 2007, [associazionedeicostituzionalisti.it/old\\_sites/sito\\_AIC\\_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html](http://associazionedeicostituzionalisti.it/old_sites/sito_AIC_2003-2010/dottrina/libertadiritti/silvestri.html), 14 marzo 2008.

<sup>8</sup> W.E. BOCKENFORDE, *op. cit.*, 190.

<sup>9</sup> Per tutti, E. FORSTHOFF, *Stato di diritto in trasformazione*, Milano, Giuffrè, 1973; G. RITTER, *Storia dello Stato sociale*, Roma-Bari, Laterza, 2003.

<sup>10</sup> S. RODOTÀ, *Repertorio di fine secolo*, Roma-Bari, Laterza, 1999, 124-125. Sul tema anche F. PIZZOLATO, *Il minimo vitale. Profili costituzionali e processi attuativi*, Milano, Giuffrè, 2004; C. SALAZAR, *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, Torino, Giappichelli, 2000.

<sup>11</sup> Per le ricostruzioni storiche che fanno risalire la categoria dei diritti sociali alle conquiste della Rivoluzione francese, con i dovuti *distinguo* rispetto alla loro attuale formulazione, M. BENVENUTI, *op. cit.*; C. PINELLI, *Il discorso sui diritti sociali fra Costituzione e diritto europeo*, Intervento al Convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, Università di Perugia, 25-26 marzo 2011, [www.europeanrights.eu/public/comments/Pinelli\\_relazione\\_convegno1.pdf](http://www.europeanrights.eu/public/comments/Pinelli_relazione_convegno1.pdf), 1.

<sup>12</sup> *Ex multis*, P. CALAMANDREI, *Costituente e questione sociale*, in Id. *Costruire la democrazia. Premesse alla Costituente*, Firenze, Vallecchi, 1995, 115-164.

<sup>13</sup> Per tutti, I. BERLIN, *Due concetti di libertà*, Feltrinelli, 2000.

un determinato bene (diritto all'istruzione, diritto alla salute, ecc.)»<sup>14</sup>, e trovano fondamento nello Stato sociale di diritto.

È con questo che la *fraternità* della Rivoluzione francese si «giuridicizza» e diventa *solidarietà*<sup>15</sup>, quel valore fondante dell'ordinamento giuridico che vede l'articolo 2 della Costituzione connettere i diritti inviolabili dell'uomo all'«adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale». La Corte costituzionale, nel porre la solidarietà alla «base della convivenza sociale normativamente prefigurata dal Costituente»<sup>16</sup>, esclude «che l'art. 2 abbia valore solo descrittivo o esprima una speranza affidata al *sentimento* di solidarietà, sottolineandone invece il valore prescrittivo...*giuridicamente imposto*. La convivenza sociale *deve essere costruita normativamente* sulla base del principio di «solidarietà»»<sup>17</sup>.

La rivendicazione di un'azione positiva dei pubblici poteri, da parte di diritti definiti, non a caso, «a prestazione pubblica»<sup>18</sup>, consente di delineare altri due tratti caratterizzanti dei diritti sociali. Il primo è la loro non immediata e non scontata *fruibilità* alla luce di quello che è stato definito il «costo dei diritti»<sup>19</sup>. Molti sono gli studi che hanno enfatizzato il difficile rapporto tra crisi economica e diritti sociali<sup>20</sup>, e il contestuale ridimensionamento di molte delle conquiste dello Stato sociale di fronte alla *débâcle* economico-finanziaria degli inizi del XXI secolo<sup>21</sup>. Così come ingente è la giurisprudenza della Corte costituzionale che negli anni più recenti è stata chiamata a tracciare un bilanciamento fra la tutela di fondamentali diritti sociali «a prestazione» e le esigenze economico-finanziarie e di bilancio sancite dalla stessa Costituzione, specialmente in seguito alla novella costituzionale relativa all'articolo 81 Cost<sup>22</sup>. Tali esigenze vivono

---

<sup>14</sup> E. DICHIOTTI, *Sulla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4/2004, 746; G. LOMBARDI, *Diritti di libertà e diritti sociali*, in *Politica del diritto*, n. 1/1999, p. 12; P. CARETTI, G. TARLI BARBIERI, *op. cit.*

<sup>15</sup> A. MATTIONI, *Solidarietà giuridicizzazione della fraternità*, in A. Marzanati, A. Mattioni (a cura di), *La fraternità come principio del diritto pubblico*, Roma, Città nuova, 2007.

<sup>16</sup> C. cost., sent. n. 75/1992, par. 2 *Considerato in diritto*, in dottrina G. PECES BARBA MARTINEZ, *Diritti e doveri fondamentali, ad vocem*, in *Digesto delle discipline pubblicistiche*, vol. V, Torino, Utet, 1990, 49.

<sup>17</sup> L. CARLASSARE, *Solidarietà: un progetto politico*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016, 46. Sulla solidarietà si v., almeno, A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia attraverso la promozione della solidarietà sociale all'interno della comunità*, in *Costituzionalismo.it*, n. 1/2016; F. GIUFFRÈ, *Solidarietà*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Digesto delle Discipline Pubblicistiche*, Agg., Torino, Utet, 2021.

<sup>18</sup> L. MENGONI, *Fondata sul lavoro: la Repubblica tra diritti inviolabili dell'uomo e doveri inderogabili di solidarietà*, in M. Napoli, (a cura di), *Costituzione, lavoro, pluralismo sociale*, Milano, Vita e Pensiero, 1998, 3 e ss.

<sup>19</sup> S. HOLMES, C. R. SUNSTEIN, *Il costo dei diritti*, Bologna, Il Mulino, 2000, 166. Sul tema, tra molti, per l'ordinamento italiano, C. SALAZAR, *op. cit.*, spec. 95 ss.

<sup>20</sup> Cfr., almeno, F. ANGELINI, M. BENVENUTI (a cura di), *Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica*, Napoli, Jovene, 2012; A. APOSTOLI, *Il consolidamento della democrazia cit.*; B. CARAVITA DI TORITTO, *Trasformazioni costituzionali nel federalizing process europeo*, Napoli, Jovene, 2012; I. CIOLLI, *I diritti sociali al tempo della crisi economica*, in *Costituzionalismo.it*, 5 novembre 2012; S. GAMBINO (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica. Problemi e prospettive*, Torino, Giappichelli, 2014; G. GRASSO, *I diritti sociali e la crisi oltre lo Stato nazionale*, in M. D'Amico, F. Biondi (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica*, Milano, Franco Angeli, 2017; A. MORRONE, *Stato sociale e diseguaglianze. Persistenze costituzionali e problemi aperti*, in *Rivista del Diritto della Sicurezza Sociale*, n. 4/2020; A. POGGI, *Crisi economica e crisi dei diritti sociali nell'Unione europea*, in *Rivista AIC*, n. 1/2017.

<sup>21</sup> Si rinvia a A. GUAZZAROTTI, *Crisi dell'euro e conflitto sociale. L'illusione della giustizia attraverso il mercato*, Milano, Franco Angeli 2016, e alla letteratura ivi contenuta.

<sup>22</sup> La Corte costituzionale, nell'esercizio del bilanciamento, ha talvolta posto su un piano di parità i diritti sociali e il vincolo di bilancio previsto dall'art. 81 della Costituzione (come nella sentenza n. 10/2015, ove la Corte dichiara l'illegittimità della normativa che aveva introdotto la c.d. 'Robin tax', ma precisa che l'applicazione retroattiva della sua decisione avrebbe potuto comportare una violazione significativa dell'art. 81 Cost.), mentre altre volte

spesso un'asincronia con la «pretesa universalistica»<sup>23</sup> di alcune disposizioni costituzionali—tra cui ad esempio l'articolo 33, che prevede l'istituzione di scuole statali per *tutti* gli ordini e gradi o l'articolo 32, che qualifica il diritto alla salute come diritto fondamentale dell'*individuo*—e con alcune scelte legislative, quali quella operata dalla legge istitutiva del Servizio Sanitario Nazionale che estende le cure gratuite ben oltre i precipui destinatari dell'obbligo costituzionale di cui all'art. 32 Cost, ossia «gli indigenti».

Il secondo tratto caratterizzante è la non immediata *azionabilità* e la non completa *giustiziabilità* dei diritti sociali, che non sempre si prestano ad essere qualificati «diritti perfetti»<sup>24</sup>, proprio alla luce della sovra-menzionata necessità di un'*interpositio legislatoris* che li doti di concretezza ed effettività<sup>25</sup>. È noto ad esempio che la Corte costituzionale, pur battendosi sin dalla sua prima pronuncia per un'immediata ed efficace tutela dei diritti costituzionalmente garantiti, rigettando l'ambigua distinzione tra norme immediatamente precettive e norme meramente programmatiche<sup>26</sup>, ha negato che il diritto al lavoro di cui all'articolo 4, comma 1, Cost. potesse creare rapporti giuridici perfetti pur essendo sintomatico dell'importanza sociale del lavoro<sup>27</sup>. Tuttavia, la stessa giurisprudenza costituzionale, nel corso del tempo e con riferimento a specifici casi concreti<sup>28</sup>, dimostra che la categoria di diritti sociali è talmente ampia da poter contenere tanto diritti «originari o incondizionati» che, come il diritto ad una retribuzione proporzionata, possono essere direttamente invocabili nei confronti della controparte, quanto diritti c.d. «derivati o condizionati», il cui godimento è subordinato alla necessaria esistenza di un soggetto che eroghi la prestazione oggetto dei diritti (è il caso ad esempio del diritto all'assistenza o alla previdenza sociale)<sup>29</sup>. A differenza dello Stato di diritto liberal-borghese, in cui «non trova spazio un intervento mirato dello Stato nei processi sociali», in quanto Stato e

---

ha affermato il primato dei diritti sociali sui vincoli di bilancio (come nella sentenza n. 70/2015 sui contributi pensionistici). Per un'analisi della contraddittorietà di tali sentenze (sorprendentemente decise entrambe nel medesimo anno) si v., *ex aliis*, A. ANZON DEMMING, *Una sentenza sorprendente. Alterne vicende del principio dell'equilibrio di bilancio nella giurisprudenza costituzionale sulle prestazioni a carico del pubblico erario*, in *Giurisprudenza Costituzionale*, n. 2/2015. La questione è stata diffusamente analizzata in dottrina, con posizioni contrastanti. *Ex multis*, A. BARBERA, *La sentenza relativa al blocco pensionistico: una brutta pagina per la Corte*, in *Rivista AIC*, n. 2/2015; A. MORRONE, *Ragionevolezza a rovescio: l'ingiustizia della sentenza n. 70/2015 della Corte Costituzionale*, in *Federalismi.it*, 20 maggio 2015; I. CIOLLI, *L'equilibrio di bilancio è il convitato di pietra nelle sentenze nn. 10 e 70 del 2015*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2015; F. DONATI, *Uguaglianza, diritti umani e vincoli di bilancio*, in *Federalismi.it*, n. 21/2018; M. LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 3/2016.

<sup>23</sup>A. MORELLI, *Il carattere inclusivo dei diritti sociali e i paradossi della solidarietà orizzontale*, in *Rivista del Gruppo di Pisa*, n. 3/2012, 1.

<sup>24</sup>S. SCIARRA, *Il diritto al lavoro è un diritto perfetto? Una breve introduzione alle 'parole del lavoro' nella Costituzione*, in S. Giubboni (a cura di), *Le parole del lavoro*, Treccani, Roma, 2019, XX.

<sup>25</sup>F. POLITI, *op. cit.*

<sup>26</sup>C. cost., sent. n. 1/1956. Sulla "lotta contro il carattere programmatico dei diritti costituzionali" G. PALOMBELLA, *L'autorità dei diritti*, Roma-Bari, Laterza, 2004, 43; e, più in generale, P. BARILE, *Diritti dell'uomo e libertà fondamentali*, Bologna, Il Mulino, 1984.

<sup>27</sup>C. cost., sent. n. 3/1957.

<sup>28</sup>Per un accurato *excursus* sulla giurisprudenza costituzionale in materia, si v. M. BENVENUTI, *op. cit.*, 259 ss.; C. SALAZAR, *op. cit.*; più recentemente, A. RUGGERI, *Eguaglianza, solidarietà e tecniche decisorie nelle più salienti esperienze della giustizia costituzionale*, in *Rivista AIC*, n. 2/2017.

<sup>29</sup>C. COLAPIETRO, M. RUOTOLO, *Diritti e libertà*, in F. Modugno (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Torino, Giappichelli, 2015, 627 e ss. Qualifica "diritto subiettivo perfetto" l'art. 36, 1 comma, della Costituzione, *ex multis*, C. cost., sent. n. 30/1960. Per la dicotomia condizionati/incondizionati, *ex multis*, A. BALDASSARRE, *Diritti sociali*, 1989, 32 e ss.

società sono «separati» e «la libertà non nasce come risultato di un'organizzazione sociale, ma la precede»<sup>30</sup>, con lo Stato sociale lo Stato *entra*, per certi versi, nella società.

### 3. Diritti sociali, forma di Stato e ordinamento costituzionale: il *telos* dell'eguaglianza sostanziale

Nei primi decenni di vita repubblicana, la scelta dell'Assemblea Costituente italiana di codificare in Costituzione un corposo elenco di diritti sociali è stata vantata come un *unicum* nel panorama del costituzionalismo europeo del secondo dopoguerra. Essa si distingue da altre configurazioni costituzionali, che comunque impegnano l'ordinamento a un'equa ripartizione delle risorse, come quelle previste dalla Costituzione francese, il cui Preambolo definisce la Francia una Repubblica «democratica e sociale» o dalla Costituzione tedesca, che definisce la Germania uno Stato federale, democratico e sociale<sup>31</sup>. Va sottolineato, infatti, che nonostante la prima codificazione dei diritti sociali sia fatta risalire alla (sfortunata) Costituzione di Weimar, che, sotto forma di mandati al legislatore (*Gesetzgebungs Aufträgen*), menzionava ad esempio il diritto al lavoro, la previdenza in caso di malattia, infortuni e vecchiaia o il diritto ad un'abitazione sana, la Costituzione della Repubblica federale tedesca, più ispirata da un'impostazione ordoliberal, non contiene un titolo separato sui diritti sociali all'interno dei primi 19 articoli dedicati ai diritti fondamentali<sup>32</sup>. Nella sua versione attualmente in vigore, l'articolo 1 della Costituzione tedesca riconosce l'intangibilità della dignità umana e degli inviolabili e inalienabili diritti dell'uomo, per poi asserire che tali diritti fondamentali «vincolano la legislazione, il potere esecutivo e la giurisdizione come diritti *direttamente applicabili*».

Proprio in virtù di tale natura, che richiede «immediata validità e reclamabilità da parte del cittadino», è stato sostenuto che i diritti sociali fondamentali non potessero «assumere il carattere di diritti fondamentali in senso proprio» pur non essendo destinati a «rimanere enunciazioni politiche programmatiche normativamente non vincolanti. La loro adeguata collocazione pratico giuridica all'interno della Costituzione è ...la forma del *compito costituzionale* (*Verfassungsauftrag*). I compiti costituzionali...rappresentano degli obblighi giuridici obiettivi, indirizzati agli organi statali preposti alla legislazione e all'amministrazione, di attivarsi attraverso misure appropriate per la realizzazione del fine o del programma formulati nell'incarico. In essi la strada, la misura e le modalità di tale realizzazione sono rimesse anzitutto alla valutazione politica degli organi operanti»<sup>33</sup>. In altri termini, nell'ordinamento tedesco sembrerebbe profilarsi una scelta costituzionale che propende per la distinzione, abbastanza riconoscibile, dei *compiti costituzionali* dai *diritti fondamentali*<sup>34</sup> e per la conseguente non codificazione dei

---

<sup>30</sup> W. E. BOCKENFORDE, *op. cit.*, 192.

<sup>31</sup> Il riferimento è contenuto nell'art. 20 (già presente nella formulazione originaria del GG), nell' art. 23 (introdotto nel 1992 in occasione della ratifica del Trattato di Maastricht) e – per rinvio all'art. 20 – nella cosiddetta “clausola d'eternità” di cui all'art. 79.III, che sottrae i primi venti articoli della Costituzione alla revisione costituzionale.

<sup>32</sup> Tra i quali comunque si annovera, giusto a titolo di esempio, l'istruzione scolastica (cfr. art. 7).

<sup>33</sup> W. E. BOCKENFORDE, *op. cit.*, 203.

<sup>34</sup> *Ivi*, 207. L'autore infatti propone che i diritti sociali possano al massimo entrare in una sezione a parte intitolata “organizzazione dell'ordinamento della vita sociale”.

diritti sociali, fondata anche sulla convinzione che il principio dello Stato sociale, del resto “indisponibile” alla revisione costituzionale, già implichi «il compito dello Stato ad adoperarsi per la creazione dei presupposti sociali della realizzazione della libertà individuale»<sup>35</sup>.

Rispetto a tale impostazione, si potrebbe dire che il Costituente italiano non ravvisa nulla di *implicito* nella locuzione «forma repubblicana» e nella sua intangibilità di cui all’art. 139 Cost. e lascia trapelare lo sguardo che molti dei Costituenti volsero all’esperienza Weimariana. La realizzazione dell’eguaglianza sostanziale diventa per certi versi il *presupposto* delle stesse libertà fondamentali di più antica codificazione e induce a redigere un ampio catalogo di diritti sociali, al pari dei diritti civili e politici, che rientra a pieno titolo nella Parte I dedicata a *Diritti e doveri dei cittadini*.

Lo stesso *incipit* della Costituzione insiste non sulla dignità umana (alla stregua della Costituzione tedesca) ma sul principale dei diritti sociali. L’articolo 1, secondo cui «l’Italia è una Repubblica democratica fondata sul lavoro»<sup>36</sup>, è la norma di principio intorno alla quale si consolida il patto costituzionale tra molte delle forze politiche presenti in Assemblea Costituente, grazie alla convergenza che si viene a creare tra la componente comunista, che fa del lavoro un’istanza di trasformazione sociale in grado di legittimare l’interventismo in ambito economico, e la componente di ispirazione cattolica, che si lascia alle spalle la concezione del lavoro come maledizione biblica e potenzia il principio lavorista come fonte di sviluppo e completamento della persona umana<sup>37</sup>.

I nostri Padri costituenti, anche nel riconoscere «a tutti i cittadini il diritto al lavoro» (art. 4 Cost.), intesero inserire il principio lavorista all’interno di quel nucleo indisponibile di principi fondamentali posti in epigrafe alla Costituzione, creando indissolubili connessioni sia con il principio personalista di cui all’articolo 2, secondo cui la Repubblica riconosce i diritti inviolabili dell’uomo «sia come singolo sia nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità»<sup>38</sup>, sia con il principio di eguaglianza, in particolar modo sostanziale, di cui all’articolo 3, comma 2, che invita la Repubblica a «rimuovere gli ostacoli di ordine economico e sociale, che...impediscono il pieno sviluppo della persona umana e l’effettiva partecipazione di tutti i lavoratori all’organizzazione politica, economica e sociale del Paese». È dalla lettura congiunta dei primi articoli della Costituzione, dunque, che emerge la qualificazione della forma di Stato della Repubblica italiana nelle sue linee essenziali. Da un lato, un solido ancoraggio al lavoro, considerato, come sostenuto da autorevole e antica dottrina, «non come fine a sé stesso...bensì

---

<sup>35</sup> *Ivi*, 206. Sull’origine partitica della locuzione “Stato sociale” in quelle che l’A. definisce “sottoculture” del partito fascista in Italia e del nazionalsocialista in Germania, M.S. GIANNINI, *Stato sociale*. Una nozione inutile, in *Scritti in onore di C. Mortati*, I, *Aspetti e tendenze del diritto costituzionale*, Giuffrè, Milano, 139-165.

<sup>36</sup> G. ZAGREBELSKY, *Fondata sul lavoro. La solitudine dell’articolo 1*, Torino, Einaudi, 2013.

<sup>37</sup> A. CARIOLA, *Commento all’articolo 4*, in R. Bifulco, A. Celotto, M. Olivetti (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Milano, Utet giuridica, 115. In generale sui diritti sociali nella Costituzione italiana A. RUGGERI, *Per uno studio sui diritti sociali e sulla Costituzione come “sistema” (notazioni di metodo)*, in S. Gambino (a cura di), *Diritti sociali e crisi economica cit.*, 21-45, G. CORSO, *I diritti sociali nella Costituzione italiana*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, n. 3/1981; G. SERGES, *Anacronismo legislativo, eguaglianza sostanziale e diritti sociali*, in *Giurisprudenza italiana*, n. 1/2000, 684-689 (sui nessi tra giurisprudenza costituzionale principio di eguaglianza sostanziale); G. FERRARA, *Dell’eguaglianza*, in M. Luciani (a cura di), *La democrazia alla fine del secolo*, Roma-Bari, Laterza, 2000, 256.

<sup>38</sup> L. CARLASSARE, *Nel segno della Costituzione. La nostra Carta per il futuro*, Milano, Feltrinelli, 2012; P. BARILE, *op. cit.*; V. CRISAFULLI, *La Costituzione e le sue disposizioni di principio*, Milano, Giuffrè, 1952.

come *tramite necessario per l'affermazione della personalità*<sup>39</sup>. Dall'altro, la consapevolezza che è solo l'azione positiva della Repubblica a poter rimuovere le disparità sociali e consentire all'individuo di affrancarsi dal bisogno, di condurre una vita dignitosa e di partecipare alla vita sociale ed economica della neonata democrazia costituzionale<sup>40</sup>.

Difatti, la *ratio* ispiratrice dell'articolo 4 Cost. che, nel sostenere che la Repubblica «*promuove le condizioni che rendano effettivo*» il diritto al lavoro implica l'*impegno* dello Stato a creare occupazione<sup>41</sup>, è sottesa a molte altre disposizioni contenute nel titolo II (Rapporti etico-sociali) e nel titolo III (Rapporti economici) della prima parte della Costituzione, non a caso discusse in seno all'Assemblea Costituente nell'ambito della III Sottocommissione, chiamata ad occuparsi, stando al decreto istitutivo del Ministero della Costituente 31 luglio 1945, n. 435, delle «Linee direttive dell'azione economica e sociale dello Stato».<sup>42</sup> Basti pensare all'articolo 35, secondo cui è la Repubblica che «*tutela* il lavoro in tutte le sue forme ed applicazioni, *cura* la formazione e l'elevazione professionale dei lavoratori, *promuove e favorisce* gli accordi e le organizzazioni internazionali intesi ad affermare e regolare i diritti del lavoro»; o alle disposizioni che nel sancire il diritto dei lavoratori ad una giusta retribuzione, alle ferie e al riposo (articolo 36), nel salvaguardare la donna lavoratrice e i minori (articolo 37) e nel garantire il diritto al mantenimento e all'assistenza sociale di ogni cittadino inabile al lavoro (articolo 38), necessitano tutte di un intervento pubblico che possa rendere effettiva la tutela dei diritti sociali, analogamente a quanto accade per le disposizioni relative al diritto alla salute (art. 32), all'istruzione (artt. 33 e 34) e alla tutela della famiglia (art. 29 e ss.). Nonostante non siano mancate critiche alla natura «incompleta» del sistema di *welfare*, con riferimento ad esempio all'assenza di strumenti a garanzia del reddito<sup>43</sup>, è pacifico che il sistema di economia mista contemplato dal Costituente, se da un lato protegge l'iniziativa privata, dall'altro si impegna in un progetto di redistribuzione della ricchezza anche attraverso misure di natura assistenzialistica.<sup>44</sup> Così come è pacifico che l'articolo 1 della nostra Costituzione, letto in connessione con gli altri diritti sociali, accomunati dal detenere una «struttura di diritti di prestazione» e una «funzione di diritti di redistribuzione»<sup>45</sup>, sostituisce «all'astratta figura del cittadino indifferenziato quella dell'essere reale, visto nella concretezza dei bisogni che ricercano nuovi strumenti di soddisfazione»<sup>46</sup>.

---

<sup>39</sup> C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, IX edizione, Padova, Cedam, 1975, 156-157, corsivo aggiunto.

<sup>40</sup> F. POLITI, *op. cit.*, par. 6. Sulla libertà dal bisogno, N. BOBBIO, *Sui diritti sociali*, in G. Neppi Modona, *Cinquant'anni di Repubblica italiana*, Torino, Einaudi, 1966, 124; M. DOGLIANI, C. GIORGI, *Costituzione italiana: articolo 3*, Roma, Carocci, 2017, 71 ss.

<sup>41</sup> S. SCIARRA, *op. cit.*, XX; G. F. MANCINI, *Art. 4*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 199.

<sup>42</sup> Resoconto sommario della seduta di venerdì 26 luglio 1946 della III Commissione. Sui fondamentali nessi tra i lavori di tale commissione e la I, dedicata a diritti e doveri dei cittadini, per tutti G. AMATO, *Il mercato nella Costituzione*, ora in ID. *Le istituzioni della democrazia. Un viaggio lungo cinquant'anni*, Il Mulino, 2014, 297-38.

<sup>43</sup> S. CASSESE, *L'incompletezza del Welfare State in Italia*, in R. Artoni e E. Bettinelli (a cura di), *Povertà e Stato*, Fondazione Adriano Olivetti, Roma, 1987, 53.

<sup>44</sup> Parla di un "classico sentimento misto" dell'Assemblea costituente nei confronti del mercato G. AMATO, *Il mercato cit.*, 297.

<sup>45</sup> M. BENVENUTI, *op. cit.*, 260.

<sup>46</sup> C. MORTATI, *Art. 1*, in G. Branca (a cura di), *Commentario della Costituzione. Art. 1-12. Principi fondamentali*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1975, 10.



Se, come è stato osservato, il fondamento della categoria dei diritti sociali, sin dalla Rivoluzione francese, può essere individuato «nel principio di eguaglianza *in variabile commistione* con quello di solidarietà»<sup>47</sup>, tale «commistione si tradusse in dilemma sul tavolo delle Assemblee Costituenti del secondo dopoguerra. I sistemi di protezione sociale, quello assicurativo risalente a Bismarck e quello universalistico appena progettato da Beveridge, potevano variamente fungere da base per riconoscere i diritti sociali come diritti a prestazione pubblica, con una netta prevalenza del momento dell'eguaglianza. Sull'altro fronte gli esponenti del filone pluralistico, da Gurvitch e Maritain, da Trentin a Olivetti, ragionavano di diritti sociali in quanto diritti riconosciuti ai singoli nelle varie forme associative nelle quali si trovano ad agire. Qui non solo il *momento della solidarietà era prevalente*, ma i diritti sociali erano sganciati dalla predisposizione di servizi pubblici da parte dello Stato... Alle Assemblee Costituenti la seconda accezione perde la partita con la prima... Alla fine della seconda guerra mondiale, in presenza di una grande povertà e di un basso livello di istruzione, il richiamo all'eguaglianza dei diritti sociali, e alla loro qualificazione in termini di diritti a prestazione pubblica, aveva una presa fortissima, e di essa si facevano interpreti i partiti di massa»<sup>48</sup>. È l'eguaglianza sostanziale, dunque, a costituire «l'obiettivo finale di tutto il processo di attuazione costituzionale»<sup>49</sup>, facendo convergere la Repubblica verso un solido modello di forma di Stato democratico e sociale.

#### **4. Politiche sociali e ordinamento comunitario: il *telos* dello «sviluppo armonioso delle attività economiche»**

Il *telos* costitutivo dell'esperienza repubblicana si pone in parziale distonia con gli ideali che connotano l'esperienza comunitaria ai suoi albori.<sup>50</sup> «All'epoca del Trattato di Roma, l'aspirazione alla prosperità era ancora percepita come condizione del riscatto sociale e della dignità umana. Solo che, allo scopo, i Capi di Stato e di governo della "piccola Europa" forgiarono strumenti diversi da quelli prefigurati dalle Assemblee Costituenti. Diedero vita a un'organizzazione volta alla creazione di un mercato comune... che pure essendo guidato politicamente si alimentava di meccanismi spontanei di adeguamento»<sup>51</sup>. Dunque, in merito alla questione sociale, risultò vincente la posizione tedesca, per cui l'armonizzazione dei sistemi sociali nazionali, lungi dal dover essere imposta come condizione preliminare all'instaurazione del mercato, come avrebbe voluto il primo ministro francese Guy Mollet, sarebbe seguita

---

<sup>47</sup> C. PINELLI, *Il discorso cit.*, 1, corsivo aggiunto.

<sup>48</sup> *Ivi*, 1-2.

<sup>49</sup> *Ivi*, 4. Ciò è particolarmente evidente, nota l'Autore, dagli studi della generazione di costituzionalisti formati nell'immediato secondo dopoguerra, tra cui si segnalano in particolare L. BASSO, *Il principe senza scettro* (1958), Milano, Feltrinelli, 1998, 198 ss.; C. LAVAGNA, *Costituzione e Socialismo*, Bologna, il Mulino, 1977; A. PREDIERI, *Pianificazione e costituzione*, Milano, Edizioni di Comunità, 1963, 194 ss.

<sup>50</sup> Sul tema, *amplius*, A. LUCARELLI, *Le radici dell'Unione europea tra ordoliberalismo e diritto pubblico dell'economia*, in *Diritto pubblico europeo-Rassegna online*, n. 1/2019.

<sup>51</sup> C. PINELLI, *Il discorso cit.*, 3.

spontaneamente, anche grazie alla relativa omogeneità dei sistemi di *welfare* dei sei Stati fondatori, costruiti sul modello *bismarckiano*.<sup>52</sup>

Pur essendo il discorso sulla tutela dei diritti fondamentali ancora estraneo ai Trattati istitutivi, il Trattato sulla comunità economica europea del 1957 (TCEE) dedica alla «Politica sociale» il titolo III della parte relativa alle politiche comunitarie. Il Capo I, dedicato alle *Disposizioni sociali*, afferma che «gli Stati membri convengono sulla necessità di promuovere il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro della mano d'opera che consenta la loro parificazione nel progresso»<sup>53</sup>, assicura «l'applicazione del principio della parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile»<sup>54</sup>, invita a «mantenere l'equivalenza esistente nei regimi di congedi retribuiti»<sup>55</sup>.

Tuttavia, se il Trattato sollecita il ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative e il coordinamento tra Stati in diversi ambiti cruciali come le politiche occupazionali e la sicurezza sociale<sup>56</sup>, è per consentire ai lavoratori e alle loro famiglie un'adeguata mobilità all'interno del mercato comune. Le disposizioni relative alla politica sociale si saldano dunque con uno dei «fondamenti» del Trattato, l'allora articolo 48 TCEE, che assicura la libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità, la quale «implica l'abolizione di qualsiasi discriminazione, fondata sulla nazionalità, tra i lavoratori degli Stati membri, per quanto riguarda l'impiego, la retribuzione e le altre condizioni di lavoro». A ben vedere, anche il principio della parità di retribuzione fu fortemente caldeggiato dalla Francia per evitare distorsioni del mercato dovute alla possibile concorrenza di Paesi più inclini ad un sostanziale differenziale retributivo tra lavoratori e lavoratrici. Alle medesime conclusioni si giunge analizzando anche il Capo II, che istituisce il *Fondo sociale europeo* «per migliorare le possibilità di occupazione dei lavoratori all'interno del mercato comune» e per «promuovere all'interno della Comunità le possibilità di occupazione e la mobilità geografica e professionale dei lavoratori»<sup>57</sup>.

In estrema sintesi, il principio di eguaglianza—*rectius* di non discriminazione—e l'eliminazione delle disparità economico-sociali sia *tra lavoratori* che *tra Stati* che ne deriva, non rileva necessariamente come il *fine* precipuo dell'ordinamento comunitario, ma come semplice *strumento* finalizzato al corretto funzionamento del mercato comune e al perseguimento della libera circolazione di persone, merci, servizi e capitali<sup>58</sup>, ossia di quelle quattro libertà

---

<sup>52</sup> S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali, mercato unico europeo e governo delle differenze. Appunti sulle trasformazioni della costituzione economica comunitaria*, in [astrid-online.it/static/upload/protected/Giub/Giubboniper-ASTRID-definitivo\\_09\\_03\\_09.pdf](http://astrid-online.it/static/upload/protected/Giub/Giubboniper-ASTRID-definitivo_09_03_09.pdf), 1. Come si legge nell'art. 117 TCEE, sarà il «funzionamento del mercato comune, che favorirà l'armonizzarsi dei sistemi sociali...».

<sup>53</sup> Art. 117 TCEE.

<sup>54</sup> Art. 119 TCEE.

<sup>55</sup> Art. 120 TCEE.

<sup>56</sup> Art. 118 e 121 TCEE.

<sup>57</sup> Art. 123 TCEE.

<sup>58</sup> Su tale funzionalizzazione al mercato dei diritti sociali, considerati meri «accessori» delle libertà economiche, M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione cit.*, 378. Più sfumata la lettura di chi invita a non sottovalutare il diritto antidiscriminatorio (fondamentale nelle dinamiche di integrazione economica) nel consolidamento dell'Europa sociale (A. CIANCIO, *Alle origini dell'interesse dell'Unione europea per i diritti sociali*, in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali cit.* 20 e ss.) e nel rafforzamento della cittadinanza europea (cfr. M. CARTABIA, *Cittadinanza europea*, in *Enc. dir.*, Agg., IV, Roma, 1995).

contenute, non a caso, nella parte del trattato dedicata a *I fondamenti della Comunità*, che non può che precedere (e informare) la parte relativa alle politiche. Difatti, se si guarda all'art. 2 del TCEE dedicato agli obiettivi della Comunità, il *telos* della (allora) Comunità è quello di «promuovere, mediante l'instaurazione di un mercato comune e il graduale ravvicinamento delle politiche economiche degli Stati membri, uno sviluppo armonioso delle attività economiche nell'insieme della Comunità, un'espansione continua ed equilibrata, una stabilità accresciuta...». È opinione abbastanza consolidata, dunque, che la «fondativa opzione costituzionale» dei Trattati di Roma, secondo molti ispirata alla Scuola ordoliberalista tedesca<sup>59</sup>, fu quella di «separare la costruzione del mercato comune dalla edificazione di una corrispondente sfera sopranazionale di politiche di *welfare*»<sup>60</sup> e di creare una sorta di «divisione del lavoro»<sup>61</sup> tra Comunità e Stati membri, icasticamente riassunta con la formula «*Keyenes at home Smith abroad*»<sup>62</sup>. Il problema di fondo della Comunità restava quello di «assicurare la vitalità delle diverse tradizioni nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale, così centrali nella legittimazione democratica materiale degli Stati membri, compatibilmente con le esigenze di costruzione del mercato comune»<sup>63</sup>.

## 5. Diritti sociali e ordinamento euro-unitario: verso l' «economia sociale di mercato»

Il «*political decoupling*»<sup>64</sup> tra la promozione di una concorrenza «libera e non falsata»<sup>65</sup> a livello sovranazionale e il consolidamento dello Stato sociale all'interno dei Paesi fondatori, non ha impedito alle successive revisioni dei Trattati di ampliare, seppur gradualmente, le competenze in materia di politica sociale della Comunità (e poi dell'Unione) europea, come dimostra, solo a titolo di esempio, il Protocollo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht. Alle formali modifiche dei Trattati, già diffusamente analizzate dalla dottrina costituzionalistica<sup>66</sup>, si affianca al potenziamento di strumenti informali, di *soft law* e di stampo

---

<sup>59</sup> Su cui si v. A. CANTARO, *Costituzione e ordine economico*, Acireale, Bonanno Editore, 1999, 104 e ss.; D.J. GERBER, *Constitutionalizing the economy: German neoliberalism, competition law and the "new Europe"*, in *American Journal of Comparative Law*, n. 42/1994, 25 e ss.; R. MICCÙ, «Economia e costituzione»: una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del Pluralismo*, 1996, 243 e ss.; A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza, Liber amicorum per Pasquale Costanzo*, in *Giurcost.org*, 7 luglio 2020.

<sup>60</sup> S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali cit.*, 2.

<sup>61</sup> C. PINELLI, *Il discorso cit.*, 3. Sulla divisione del lavoro A. CIANCIO, *op. cit.*, 20 e ss.; S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, 17 ss.

<sup>62</sup> C. PINELLI, *I rapporti economici-sociali fra Costituzione e Trattati europei*, in C. Pinelli e T. Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa, Bologna*, 2010, 26 ss. Analogamente, A. LUCARELLI, *Il modello sociale ed economico europeo*, in A. Lucarelli e A. Patroni Griffi (a cura di), *Dal Trattato Costituzionale al Trattato di Lisbona. Nuovi studi sulla costituzione europea*, Napoli, 2009.

<sup>63</sup> S. GIUBBONI, *Modelli sociali nazionali cit.*, 3.

<sup>64</sup> F. W. SHARPF, *The European Social model*, in *Journal of Common Market Studies*, 16 dicembre 2002, 646.

<sup>65</sup> Art. 3 TCE. Tale riferimento alla concorrenza con il Trattato di Lisbona verrà «derubricato» all'interno del protocollo ad essa dedicato.

<sup>66</sup> Tra molti, M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, n. 3/2000, p. 267 ss.; R. BALDUZZI, *Unione europea e diritti sociali: per una nuova sinergia tra Europa del diritto ed Europa della politica*, in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali cit.*; P. BILANCIA, *La dimensione europea dei diritti sociali*, ivi, 3 e ss.; A. CIANCIO, *op. cit.*, ivi, 20 e ss.; P. COSTANZO, *Il sistema di protezione dei diritti sociali nell'ambito dell'Unione europea*, in

intergovernativo, quali il metodo di coordinamento aperto, spesso utilizzato per far convergere politiche nazionali in settori cruciali quali occupazione, protezione sociale, istruzione verso obiettivi comuni.<sup>67</sup> Questo percorso conduce verso quello che il Consiglio europeo di Nizza del 2000, che non a caso approva l'Agenda sociale europea, definisce nelle sue Conclusioni un nuovo «*modello sociale europeo...contraddistinto da un legame indissociabile tra prestazione economica e progresso sociale*»<sup>68</sup>. Tale modello si consolida ulteriormente con il Trattato di Lisbona, che rivisita parzialmente il titolo dedicato alla politica sociale, modifica l'articolo dedicato agli obiettivi dell'Unione e dota la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, già proclamata a Nizza e redatta dalla cd. Convenzione Herzog (dal nome del suo Presidente), di efficacia giuridica vincolante (art. 6 TUE). È proprio tale connessione tra *politiche, obiettivi e diritti* che sembrerebbe rafforzare la dimensione sociale dell'Unione europea, il suo «volto umano»<sup>69</sup>.

Per quanto riguarda le politiche, l'articolo che apre il titolo X (Politica Sociale) della parte III del Trattato sul funzionamento dell'Unione va ben oltre quella «parificazione nel progresso» dei lavoratori già prevista dai Trattati di Roma. Ai sensi dell'attuale articolo 151 TFUE, «L'Unione e gli Stati membri, tenuti presenti i *diritti* sociali fondamentali, quali quelli definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989, hanno come *obiettivi* la promozione dell'occupazione, il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione sociale adeguata, il dialogo sociale, lo sviluppo delle risorse umane atto a consentire un livello occupazionale elevato e duraturo e la lotta contro l'emarginazione»<sup>70</sup>. Inoltre, il Trattato contiene una clausola trasversale che invita l'Unione a tener conto, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche, delle esigenze connesse a importanti tematiche sociali quali la promozione dell'occupazione e la tutela della salute umana (art. 9 TFUE).

Per quanto riguarda gli *obiettivi* dell'Unione, il Trattato di Lisbona modifica l'art. 3 TUE, secondo cui «l'Unione instaura un mercato interno. Si adopera per lo sviluppo sostenibile dell'Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi, su *un'economia sociale di mercato* fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell'ambiente. Essa promuove il progresso scientifico e tecnologico...combatte l'esclusione sociale e le discriminazioni e promuove la giustizia e la protezione sociali, la parità tra donne e uomini, la solidarietà tra le generazioni e la tutela dei diritti del minore. Essa promuove la coesione

---

*Giurcost.org*, n. 2/2018. D. TEGA, *I diritti sociali nella dimensione multilivello tra tutele giuridiche e crisi economica*, in E. Cavasino, G. Scala, G. Verde (a cura di), *I diritti sociali dal riconoscimento alla garanzia: il ruolo della giurisprudenza*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, 83-89.

<sup>67</sup> Sul tema, fra molti, S. SCIARRA, *Fundamental social rights after Lisbon agenda*, in, G. De Burca, B. De Witte (a cura di), *Social rights in Europe*, Oxford, Oxford University Press, 2005.

<sup>68</sup> P. COSTANZO, *op. cit.*, 18.

<sup>69</sup> E. LONGO, *Il "volto umano" dell'Unione europea: passato e futuro dei diritti sociali*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2020, 651-663, riprendendo l'espressione di M. SHANKS, *Introductory article: The Social policy of the European Communities*, in *Common Market Law Review*, 3, 1977, 375 ss.

<sup>70</sup> Sulla Carta sociale comunitaria (già precedentemente menzionata dai trattati) e i rapporti con la CEDU, D. TEGA, *op. cit.*, 80-83.

economica, sociale e territoriale, e la solidarietà tra gli Stati membri». Se è vero che, annesso al Trattato, il protocollo (n. 27) ribadisce un principio caro all'integrazione economica, precisando che il mercato interno di cui all'art. 3 TUE «comprende *un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata*», “riscrivere” l'articolo dedicato agli obiettivi e “derubricare” il principio della concorrenza dal testo del trattato all'annesso protocollo spostano il *telos* dell'integrazione europea intorno a quell'«economia sociale di mercato»<sup>71</sup>, da qualcuno considerata un «rassicurante» richiamo testuale alla tradizione del *welfare* europeo postbellico<sup>72</sup>. Nel Trattato di Lisbona vi è, dunque, molto più Europa sociale che nei Trattati precedenti<sup>73</sup> e a contribuire a tale evoluzione subentra l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali.

## 6. «Solidarietà»: il capo IV della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione

A differenza della CEDU, principalmente volta alla tutela sovranazionale dei diritti civili e politici, la Carta «accoglie i diritti cosiddetti di “quarta generazione” di contrasto dell'esclusione sociale»<sup>74</sup>. È stato osservato che la condizione di «minorità» dei diritti sociali, già insita nella scelta dei Trattati di annoverare tra i valori dell'Unione lo Stato di diritto e non lo Stato *sociale* di diritto<sup>75</sup>, non viene rimossa dal «mandato» del Consiglio europeo di Colonia del 1999, che invita la Carta a «*contenere*» i diritti procedurali, di libertà ed uguaglianza e soltanto a «*prendere in considerazione* i diritti economici e sociali quali sono enunciati dalla Carta sociale europea e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori (art. 136 TCE), nella misura in cui essi non sono unicamente a fondamento di obiettivi per l'azione dell'Unione»<sup>76</sup>. Ciò nonostante, la Carta si discosta dalla tradizionale catalogazione dei diritti in civili, politici, sociali, economici, e, raggruppando i diritti fondamentali in sei capi dedicati a «grandi arcate valoriali»<sup>77</sup> (dignità, libertà, uguaglianza, solidarietà, cittadinanza, giustizia), sembra porre tutti i diritti allo stesso livello. I diritti sociali assumerebbero, «quanto a struttura e valore, la stessa fisionomia delle libertà classiche, alle quali sono inoltre collegati dal principio d'indivisibilità, sulla cui base i diritti, a prescindere dalle loro origini e dalla loro morfologia, sono tutti identicamente necessari e interdipendenti tra loro per il raggiungimento dei valori di

---

<sup>71</sup> Molti autori si sono soffermati sul nuovo modello sociale europeo, tra cui G. L. TOSATO, *Appunti in tema di economia sociale di mercato*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), 2013; G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee*, Bologna, Il Mulino, 2008; A. LUCARELLI, *Principi costituzionali europei tra solidarietà e concorrenza cit.*; A. PATRONI GRIFFI, *Ragioni e radici dell'Europa sociale: frammenti di un discorso sui rischi del futuro dell'Unione*, in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali tra ordinamento statale e ordinamento europeo*, in *Federalismi.it*, n. 4/2018.

<sup>72</sup> G. BRONZINI, *op. cit.* Critici invece sul punto C. JOERGES E F. ROEDL, *The Social market economy as Europe's social model?*, Working Paper, EUI LAW, n. 8/2004.

<sup>73</sup> G. AMATO, *Conclusioni*, in F. Bassanini e G. Tiberi (a cura di), *La Costituzione europea*, Bologna, Il Mulino, 2005.

<sup>74</sup> G. BRONZINI, *op. cit.*

<sup>75</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione cit.*, 371.

<sup>76</sup> *Ivi*, 384-385. Sull'ambiguità di tale formula anche O. DE SCHUTTER, *La garanzia dei diritti e principi sociali nella «Carta dei diritti fondamentali»*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Roma-Bari, Laterza, 2003, 193.

<sup>77</sup> A. MANZELLA, Í. MÉNDEZ DE VIGO, *La Convenzione che costituzionalizzò l'Unione*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2020, 629.

fondo»<sup>78</sup> della dignità, libertà, eguaglianza e solidarietà, che il Preambolo definisce appunto «universali e indivisibili».

La panopia di diritti sociali contemplati dalla Carta si trova principalmente nel capo IV (Solidarietà), che annovera il diritto dei lavoratori all'informazione alla consultazione nell'ambito dell'impresa (art. 27); il diritto di negoziazione e di azioni collettive (art. 28); la tutela in caso di licenziamento ingiustificato (art. 30); il diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque (art. 31), il divieto di lavoro minorile e la protezione dei giovani sul luogo di lavoro (art. 32); la protezione della famiglia sul piano giuridico, economico e sociale, che include il diritto al congedo retribuito di maternità e parentale (art. 33); il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale e ai servizi sociali che garantiscano un'esistenza dignitosa ai non abbienti (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). Appartengono alla categoria dei diritti sociali anche diritti contemplati in altre parti della Carta dedicate all'Uguaglianza, quali quelli del minore (art. 24), degli anziani (art. 25) e delle persone con disabilità (art. 26), o alla Libertà, quali il diritto all'istruzione e all'accesso alla formazione professionale e continua (art. 14) e il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata (art. 15).

Il pur ricco catalogo di diritti sociali redatto dalla Convenzione Herzog, è stato criticato non solo per una presunta incompletezza, escludendo, ad esempio, il diritto a una equa retribuzione e a quello all'abitazione<sup>79</sup>, ma anche per aver avallato declinazioni "regressive" dei medesimi diritti garantiti dalle costituzioni nazionali. Emblematico in tal senso proprio il diritto al lavoro, che, mentre nell'ordinamento costituzionale è interpretato anche come «*dovere* di svolgere...un'attività o una funzione che concorra al progresso materiale o spirituale della società» (art. 4 Cost.), nella Carta dei diritti viene declinato come «diritto *di lavorare*». Inserito nel capo dedicato alla Libertà e non in quelli dedicati alla Solidarietà, alla Dignità, all'Uguaglianza, o alla Cittadinanza, esso verrebbe «inteso come sfera di libertà, più che come specifico status da assicurare al fine di garantire la dignità sociale delle persone»<sup>80</sup>, e dunque come un diritto funzionale al libero mercato più che sorretto dal quel principio di solidarietà che è alla base dell'intero sistema dei diritti sociali<sup>81</sup>. Analogamente, il diritto di proprietà viene ricondotto «al principio *albertino* dell'inviolabilità, proprio della forma di Stato liberale non democratica, venendo meno il nesso funzionale tra soddisfazione di bisogni individuali e bisogni collettivi caratterizzante l'art. 42 della Costituzione italiana».<sup>82</sup>

---

<sup>78</sup> P. COSTANZO, *op. cit.*, 8. Similmente, D. TEGA, *op. cit.*; O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, 194.

<sup>79</sup> O. DE SCHUTTER, *op. cit.*, 192.

<sup>80</sup> G. AZZARITI, *Le Garanzie del lavoro tra costituzioni nazionali, Carta dei diritti e Corte di Giustizia dell'Unione Europea*, Intervento alla tavola rotonda "Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali", Perugia, 25 e 26 marzo 2011, [europeanrights.eu/public/comments/Azzariti\\_testo.pdf](http://europeanrights.eu/public/comments/Azzariti_testo.pdf), 8.

<sup>81</sup> F. POLITI, *op. cit.*

<sup>82</sup> A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo cit.*, 9. Analoghe considerazioni in A. LUCARELLI, *Commento agli artt. 16, 17, 35, 36, 37, 38 della Carta*, in R. BIFULCO, M. CARTABIA E A. CELOTTO (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Bologna, 2001.

Nonostante le critiche da parte di chi avrebbe voluto *più* Europa sociale, le rilevanti disposizioni della Carta sono state anche osteggiate da chi avrebbe voluto, al contrario, *meno* Europa sociale. Le difficili negoziazioni narrate dai suoi protagonisti e già analizzate in dottrina, furono sintomatiche della paura di diversi Stati membri che la codificazione dei diritti sociali avrebbe potuto non solo espandere le competenze dell'Unione in ambiti materiali appannaggio degli Stati membri, ma anche sollecitare una sorta di «giurisdizionalizzazione» delle politiche pubbliche in settori rilevanti per i bilanci nazionali.<sup>83</sup> È esattamente per placare tali timori e raggiungere un compromesso sostenibile tra le varie anime in seno alla Convenzione Herzog, e poi alla Convenzione sul futuro dell'Europa (d'ora in avanti Convenzione D'Estaing, dal nome del suo Presidente), che si effettuano una serie di precisazioni.

Per quanto riguarda la questione delle competenze, il Preambolo chiarisce che la Carta «riafferma» i diritti «*nel rispetto delle competenze e dei compiti della Comunità e dell'Unione e del principio di sussidiarietà*», e, tra le disposizioni finali, l'art. 51, par. 2 afferma che «*la Carta non estende l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione, né introduce competenze nuove o compiti nuovi per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti nei trattati*». Per quanto riguarda la questione della giustiziabilità, la Carta introduce una distinzione tra «diritti» pienamente giustiziabili e «principi» a giustiziabilità limitata<sup>84</sup>, ispirata dallo studio comparato di diverse Costituzioni che conoscono «una categoria complementare a quella dei diritti, caratterizzata dall'inidoneità a far riconoscere diritti soggetti direttamente invocabili dinanzi ai giudici, ma dotata di una forza normativa di rango costituzionale in virtù della quale viene ammesso un controllo degli atti, principalmente, di natura legislativa»<sup>85</sup>. Tale distinzione si trova nel Preambolo, secondo cui «l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi» enunciati nella Carta, nell'art. 51, par. 1, secondo cui le istituzioni dell'Unione e gli Stati membri «*rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione*», e viene ulteriormente affinata, come si vedrà nel prossimo paragrafo, dall'art. 52, par. 5, grazie all'operato della Convenzione D'Estaing chiamata a rivisitare le disposizioni finali della Carta<sup>86</sup>.

L'introduzione di un *distinguo* tra *diritti* e *principi*, come noto, non è servita raccogliere unanime consenso intorno alle disposizioni di natura sociale, come dimostra il Protocollo (n. 30) sull'applicazione della Carta a Polonia e Regno Unito, secondo cui «*nulla nel titolo IV della Carta crea diritti azionabili dinanzi a un organo giurisdizionale*», salvo nella misura in cui gli Stati in questione «*abbiano previsto tali diritti nel rispettivo diritto interno*». Tuttavia, esso ha reso possibile inserire nella Carta un corposo capo dedicato alla solidarietà, in cui, ed è qui il compromesso, quasi tutti i diritti sociali sembrerebbero essere formulati come principi non

---

<sup>83</sup> Sulla genesi delle disposizioni G. AMATO, *La Convenzione sul futuro dell'Europa e la Carta di Nizza*, in *Quaderni costituzionali*, 3/2020, 629-633; G. BRAIBANT, *La Charte des droits fondamentaux de l'Unione européenne*, Seuil, Parigi, 2001, 46 ss.; O. DE SCHUTTER, *op. cit.*; R. MASTROIANNI, O. POLLICINO, S. ALLEGREZZA, F. PAPPALARDO, O. RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2017.

<sup>84</sup> Conclusioni dell'A.G. Villalón per il caso *Association de médiation sociale*, C-176/12, 18 luglio 2013, par. 49, il quale ricorda infatti che nelle bozze preliminari quelli che sono stati infine denominati "principi" erano inizialmente indicati come "principi sociali".

<sup>85</sup> *Ibidem*. Sul tema, *amplius*, P.H. LORD GOLDSMITH, *A Charter of Rights, Freedoms and Principles*, in *Common Market Law Review*, 38, 2001, 1212-1213.

<sup>86</sup> Sulla rivisitazione in particolare dell'art. 51, G. AMATO, *La Convenzione cit.*, 630.

direttamente azionabili, in quanto “condizionati” a una qualche forma di *interpositio legislatoris*, alla stregua di quanto accade in alcuni ordinamenti costituzionali. I già menzionati diritti dei lavoratori di cui agli artt. 27, 28 e 30, il diritto alla sicurezza sociale di cui all’art. 34, la protezione della salute e l’accesso ai servizi di interesse economico generale (rispettivamente art. 35 e 36), il diritto all’istruzione di cui all’art. 14, par. 3, sono tutti diritti che ai sensi della Carta devono essere garantiti «nei casi e alle condizioni previsti dal diritto dell’Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali»<sup>87</sup>. Sulla portata di tale «clausola di stile», che esprimerebbe una «rinuncia a esercitare il ruolo di “legge superiore” da parte di un testo...che pure ambisce a porsi come modello di costituzionalismo “oltre lo Stato”»<sup>88</sup>, si è solo di recente espressa la Corte di giustizia, ed è a tale giurisprudenza che saranno dedicati i paragrafi che seguono.

## **7. «Principi» e «diritti»: il carattere condizionato del diritto dei lavoratori alla consultazione nell’ambito dell’impresa**

Il banco di prova per ragionare sul carattere condizionato dei diritti sociali previsti dalla Carta è stato il caso *Association de médiation social (AMS)*<sup>89</sup>, in cui viene in rilievo l’articolo 27 sul diritto dei lavoratori all’informazione e alla consultazione, i cui requisiti minimi sono stabiliti dalla direttiva 2002/14/CE. Mentre quest’ultima obbliga l’impresa, a partire da una certa soglia di lavoratori impiegati, a designare un rappresentante sindacale e istituire un comitato d’impresa, il codice del lavoro francese consente di escludere dal calcolo degli effettivi dell’impresa alcune categorie di lavoratori come gli apprendisti, i titolari di un contratto di inserimento etc. Ne scaturisce un contenzioso tra il rappresentante sindacale designato, sostenuto da alcune associazioni sindacali, e l’impresa AMS che contesta tale designazione, in quanto, escludendo dal computo i lavoratori titolari di contratti agevolati, essa non raggiungerebbe quella soglia dei 50 dipendenti al di sopra della quale il diritto dell’Unione impone una rappresentanza sindacale. La questione giunge dinanzi alla *Cour de cassation* che sospende il giudizio e chiede alla Corte di giustizia se l’articolo 27 della Carta, da solo o in combinato disposto con le norme della direttiva, può essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare l’articolo L. 111-3 del *code du travail* che traspone la direttiva, laddove incompatibile con il diritto dell’Unione.

La Corte di giustizia, in primo luogo, ravvisa un’incompatibilità tra la direttiva, che ha già definito la cerchia di persone da prendere in considerazione nel calcolo degli effettivi dell’impresa, e la normativa nazionale che, escludendo determinate categorie di lavoratori da tale calcolo, priverebbe i lavoratori dei diritti riconosciuti dalla direttiva togliendo a quest’ultima il suo effetto utile<sup>90</sup>. Tuttavia, pur quando dotate di effetto diretto in quanto sufficientemente precise e incondizionate, le disposizioni di una direttiva, secondo consolidata giurisprudenza, non possono essere invocate da privati nei confronti di altri privati (c.d. efficacia diretta

---

<sup>87</sup> Similmente, l’art. 16 sulla libertà di impresa e l’art. 9, sul diritto di sposarsi e l’art. 10, comma 2, sull’obiezione di coscienza (questi ultimi due rinviano però alle sole prassi nazionali).

<sup>88</sup> G. AZZARITI, *op. cit.*, 9.

<sup>89</sup> C. Giust., C-176/12, AMS, sent. 15 gennaio 2014.

<sup>90</sup> *Ivi*, par. 24-29.



*orizzontale*), ma soltanto nei confronti dello Stato membro inadempiente (c.d. efficacia diretta *verticale*). Pertanto, dopo essersi sincerata che la controversia rientra nell'ambito di applicazione dell'Unione, in quanto la normativa nazionale contestata si pone «in attuazione» della direttiva<sup>91</sup>, la Corte passa a esaminare la possibilità che sia la Carta a poter essere invocata a tutela del diritto sociale in questione.

Secondo la Corte, l'articolo 27, nel subordinare la garanzia dei diritti dei lavoratori ai «casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e dalle prassi nazionali», ha un tenore letterale per cui, in assenza di tale mediazione normativa, non può «produrre pienamente i suoi effetti»<sup>92</sup>. In tal modo, la Corte sembrerebbe trattare il *diritto* all'informazione e consultazione dei lavoratori alla stregua di un *principio*, attenendosi all'ulteriore delucidazione di tale distinzione introdotta dalla Convenzione d'Estaing attraverso l'aggiunta del paragrafo 5 all'articolo 52 della Carta. Secondo la prima fase di tale paragrafo, le disposizioni «che contengono dei principi ... possono essere *attuate da atti legislativi e esecutivi* adottati da istituzioni, organi e organismi dell'Unione e da atti di Stati membri allorché essi danno attuazione al diritto dell'Unione»: essa dunque detta, si legge nelle Conclusioni dell'Avvocato generale Villalón nella causa in questione, le *condizioni di operatività* dei principi, che richiedono atti di attuazione in grado di «concretizzare il contenuto del principio e tradursi in un diritto di cui il giudice possa conoscere»<sup>93</sup>. La seconda frase del medesimo paragrafo 5 afferma che le disposizioni che contengono principi «possono essere *invocate dinanzi a un giudice solo ai fini dell'interpretazione e del controllo di legalità di detti atti*»: essa dunque «esclude, in modo implicito seppur inequivocabilmente, la possibilità di invocare direttamente un principio al fine di esercitare sulla base del medesimo un diritto soggettivo. Pertanto la Carta limita la giustiziabilità dei principi alla loro dimensione, per così dire, depuratrice di norme e atti»<sup>94</sup>. Alle medesime conclusioni si giunge leggendo le Spiegazioni alla Carta che, elaborate dal Presidium della Convenzione Herzog e poi aggiornate sotto la responsabilità del Presidium della Convenzione d'Estaing, devono essere tenute «in debito conto... al fine di fornire orientamenti per l'interpretazione» della Carta<sup>95</sup>. Difatti, le Spiegazioni specificano che i principi, pur rilevanti nel controllo di legalità degli atti, «non danno tuttavia adito a pretese dirette per azioni positive da parte delle istituzioni dell'Unione o delle autorità degli Stati membri. Ciò è in linea sia con la giurisprudenza della Corte di giustizia... sia con l'approccio ai "principi" negli ordinamenti costituzionali degli Stati membri, *specialmente nella normativa sociale*». Nonostante le Spiegazioni non forniscano un elenco esaustivo di quali articoli della Carta contengano *diritti* e quali *principi*, limitandosi a citare «a titolo illustrativo» come esempi di articoli che contengono entrambi gli articoli 23, 33 e 34 e come esempi di articoli che contengono principi gli articoli 25, 26 e 37, nella lettura dell'Avvocato Generale Villalón, da tali esempi «si evince che i "principi" comportano un mandato ai pubblici poteri, a differenza quindi dei "diritti" il cui oggetto è la

---

<sup>91</sup> *Ivi*, par. 42-43.

<sup>92</sup> *Ivi*, par. 45.

<sup>93</sup> Conclusioni dell'A.G. Villalón cit., par. 62.

<sup>94</sup> *Ivi*, par. 68.

<sup>95</sup> Art. 52, par. 7, della Carta, articolo anch'esso inserito su richiesta del Regno Unito per dare maggiore forza giuridica alle Spiegazioni e circoscrivere la portata applicativa della Carta, come ricorda G. AMATO, *La Convenzione cit.*, 631.

tutela di una situazione giuridica soggettiva già definita»<sup>96</sup>. Tale orientamento sembra essere confermato nelle successive conclusioni al caso *Melchior* rese dall'Avvocato Generale Mengozzi, che, chiamato a interpretare l'art. 34, secondo cui «[l']Unione riconosce e rispetta il diritto di accesso alle prestazioni di sicurezza sociale ...secondo le modalità stabilite dal diritto dell'Unione e le legislazioni e prassi nazionali», ricorda che esso è annoverato dalle Spiegazioni tra le disposizioni che contengono anche principi, e che pertanto, riprendendo un lessico familiare per la dottrina costituzionale italiana, sono dotate di «carattere meramente programmatico (in opposizione al carattere prescrittivo) di quelle che enunciano “diritti”»<sup>97</sup>.

In conclusione, pur non essendo espressamente menzionato dalle Spiegazioni all'art. 52 della Carta, alla luce del suo carattere condizionato alla mediazione normativa di atti di attuazione, la Corte di giustizia, nel caso *AMS*, dispone che l'articolo 27 non può, né in quanto tale, né in combinato disposto con la direttiva, essere invocato in una controversia tra privati al fine di disapplicare la norma nazionale non conforme alla direttiva<sup>98</sup>.

## **8. Segue: il carattere incondizionato del diritto alle ferie retribuite e la sua efficacia diretta orizzontale**

Diverso destino ha avuto in recentissime pronunce l'articolo 31, par. 2, della Carta, secondo cui «ogni lavoratore ha diritto a una limitazione della durata massima del lavoro, a periodi di riposo giornalieri e settimanali e a ferie annuali retribuite», probabilmente alla luce del fatto che, seppur inserito nel capo dedicato alla Solidarietà, esso gode di una formulazione scevra da quella ripetuta “clausola di stile” che subordina la garanzia dei diritti ad atti di attuazione.

La questione è sopraggiunta alla Corte di giustizia attraverso un rinvio pregiudiziale da parte della Corte federale del lavoro tedesca, investita di due distinte controversie tra le sig.re Bauer e Broßonn e i datori di lavoro dei due defunti mariti, dipendenti, rispettivamente, del comune di Wuppertal e del sig. Willmeroth<sup>99</sup>. Entrambe le controversie nascono dal rifiuto sia del datore di lavoro pubblico che di quello privato di versare un'indennità finanziaria alle mogli dei defunti per i giorni di ferie annuali retribuite non goduti da questi ultimi a causa del decesso. Dal momento che tale diritto è tutelato sia dall'art. 31 della Carta che dall'art. 7, comma 2, della direttiva 2003/88/CE sull'organizzazione dell'orario di lavoro, secondo cui «il periodo minimo di ferie annuali retribuite non può essere sostituito da un'indennità salvo in caso di fine del rapporto di lavoro», il giudice tedesco chiede alla Corte di giustizia se il diritto dell'Unione riconosca all'erede di un lavoratore deceduto in pendenza del rapporto di lavoro un diritto a un'indennità pecuniaria, contrariamente a quanto dispone il diritto tedesco, che invece esclude che una simile indennità possa confluire nella massa ereditaria.

---

<sup>96</sup> Conclusioni dell'A.G. Villalón cit., par. 50.

<sup>97</sup> Conclusioni dell'A.G. Mengozzi per il caso C-647/13, 16 ottobre 2014, par. 60.

<sup>98</sup> C. Giust., caso *AMS*, par. 58-59.

<sup>99</sup> C. Giust., C-569/16 e C-570/16, *Bauer*, 6 novembre 2018. Si segnala che alle medesime conclusioni sull'efficacia diretta orizzontale dell'art. 31, par. 2, si è giunti con C. Giust., C-684/16, *Max-Planck*, 6 novembre 2018.

Nonostante la Corte di giustizia avesse già dichiarato, nel 2014, che il decesso di un lavoratore non estingue il suo diritto alle ferie annuali retribuite<sup>100</sup>, il giudice del rinvio nutre dubbi in merito a suddetta interpretazione in quanto la finalità di tale diritto, ossia consentire al lavoratore di riposare e disporre di un periodo svago, non può più essere conseguita nel momento in cui l'interessato decede<sup>101</sup>. La Corte invece ribadisce che, oltre alla finalità del riposo, il principio di cui all'art. 31, par. 2, della Carta, comprende anche una seconda componente di pari importanza, ossia «il diritto all'ottenimento di un pagamento. L'espressione "ferie annuali retribuite", utilizzata dal legislatore dell'Unione...significa che, per la durata delle ferie annuali...la retribuzione del lavoratore deve essere mantenuta»<sup>102</sup>. Ne deriva che «non è consentito agli Stati membri adottare una normativa in base alla quale il decesso di un lavoratore lo privi retroattivamente del beneficio dei diritti alle ferie annuali retribuite che egli ha maturato prima del suo decesso e, pertanto, privi i suoi successori dell'indennità finanziaria che vi si sostituisce, quale componente patrimoniale costitutiva di tali diritti»<sup>103</sup>. Il giudice nazionale deve pertanto procedere alla disapplicazione della norma interna incompatibile con il diritto dell'Unione.

Il primo dato interessante della sentenza è che, rispetto al caso *AMS*, espressamente richiamato dalla Corte per contrasto, viene in rilievo un articolo del capo IV della Carta che, pur rientrando a pieno titolo nell'ambito dei diritti sociali, si configura, quanto alla sua portata applicativa, come un *diritto* direttamente invocabile e non come un *principio* solo parzialmente giustiziabile. «Disponendo, in termini imperativi, che "ogni lavoratore" ha "diritto" a "ferie annuali retribuite", senza segnatamente rinviare in proposito, come fatto, ad esempio dall'articolo 27 della Carta...ai "casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali", l'articolo 31, par. 2, della Carta, riflette il *principio essenziale del diritto sociale dell'Unione*»<sup>104</sup>. Principio che, continua la Corte, ha carattere «incondizionato» in quanto la Carta non richiede «una concretizzazione ad opera delle disposizioni del diritto dell'Unione o del diritto nazionale, le quali sono solo chiamate a precisare la durata esatta delle ferie annuali e, eventualmente, talune condizioni di esercizio di tale diritto»<sup>105</sup>.

Dunque, se nel caso *AMS* viene in rilievo uno di quegli articoli della Carta che, come spesso accade nel capo dedicato alla Solidarietà, «costituiscono "diritti" (sociali) per la materia in cui si collocano, o per la loro identità, (ma) "principi" in ragione della loro operatività»<sup>106</sup>, con il caso *Bauer* siamo di fronte a quello che la Corte definisce un «principio essenziale del diritto sociale europeo» che invece, in termini di operatività, può essere pienamente considerato un diritto. Agli eredi viene infatti consentito di invocare direttamente il diritto alle ferie retribuite sancito dal diritto dell'Unione nei confronti, ed è questo il secondo tratto interessante della sentenza, tanto di un datore di lavoro pubblico (c.d. effetto diretto *verticale*) quanto di un datore di lavoro privato (c.d. effetto diretto *orizzontale*).

---

<sup>100</sup> C. Giust., C-118/13, *Bollacke*, 12 giugno 2014.

<sup>101</sup> C. Giust., caso *Bauer*, par. 37.

<sup>102</sup> *Ivi*, par. 39.

<sup>103</sup> *Ivi*, par. 61.

<sup>104</sup> *Ivi*, par. 84.

<sup>105</sup> *Ivi*, par. 85.

<sup>106</sup> Conclusioni dell'A.G. Villalón cit., par. 45.

In questo caso, e ancora una volta a differenza del caso *AMS*, la Carta dei diritti riesce a venire, per così dire, *in auxilio* alla direttiva, per garantire il pieno soddisfacimento di un diritto sociale. Infatti, nonostante la direttiva imponga in capo agli Stati membri «un obbligo di risultato preciso e assolutamente incondizionato...che consiste nella previsione per ogni lavoratore di ferie annuali retribuite di almeno quattro settimane»<sup>107</sup>, essa, come tutte le direttive indirizzate principalmente agli Stati e non ai singoli, può essere eventualmente dotata soltanto di effetto diretto *verticale* e non *orizzontale*<sup>108</sup>. In altri termini, la direttiva avrebbe potuto essere invocata soltanto dall'erede che aveva come controparte il comune in qualità di autorità pubblica decentrata, ma non trovare applicazione nella controversia tra due privati, e dunque, mi sia concessa la semplificazione, tutelare i diritti della sig.ra Bauer ma non della sig.ra Broßonn. La Corte invece riesce a garantire la medesima tutela alle due ricorrenti, fondandola però su due diversi presupposti. Il giudice nazionale, investito di una controversia tra il successore di un lavoratore deceduto e l'ex datore di lavoro di quest'ultimo deve disapplicare la normativa nazionale in questione e assicurarsi che al successore venga concesso, a carico del datore di lavoro, il beneficio di un'indennità finanziaria, ma questo obbligo, precisa la Corte, «grava sul giudice nazionale *sulla base dell'articolo 7 della direttiva 2003/88 e dell'articolo 31, paragrafo 2, della Carta* se detta controversia intercorre tra un tale successore e un datore di lavoro che riveste la qualità di autorità pubblica, e *sulla base della seconda* di queste disposizioni se la controversia ha luogo tra il successore e un datore di lavoro che ha la qualità di privato»<sup>109</sup>.

La Corte, dunque, attribuisce efficacia diretta orizzontale all'articolo 31, par. 2, della Carta<sup>110</sup>, sostenendo che il diritto alle ferie retribuite «implica, *per sua stessa natura*, un corrispondente obbligo in capo al datore di lavoro, ossia quello di concedere tali ferie retribuite»<sup>111</sup> e, argomento principale, che esso è un principio di natura imperativa, *preesistente* alla direttiva<sup>112</sup>, in quanto già contenuto nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, peraltro menzionata all'articolo 151 TFUE, e in altri atti internazionali ai quali gli Stati membri hanno partecipato o aderito<sup>113</sup>. Il *reasoning* della Corte di giustizia rievoca noti casi giurisprudenziali, sul filone *Mangold*<sup>114</sup>, che, aggirando la mancata efficacia diretta orizzontale delle direttive, avevano comunque consentito al principio di non discriminazione sulla base dell'età ivi contenuto di essere invocato in controversie tra privati sulla base della sua natura di principio generale del diritto dell'Unione preesistente alla direttiva. Su questa scia, la Corte aveva anche già ammesso, in un recentissimo caso relativo a una discriminazione sulla base di convinzioni religiose, che il divieto di discriminazione sancito all'articolo 21, paragrafo 1,

---

<sup>107</sup> C. Giust., caso *Bauer*, par. 72.

<sup>108</sup> *Ivi*, par. 76-77.

<sup>109</sup> *Ivi*, par. 92.

<sup>110</sup> *Ivi*, par. 87-90.

<sup>111</sup> *Ivi*, par. 90, corsivo aggiunto.

<sup>112</sup> *Ivi*, par. 83.

<sup>113</sup> *Ivi*, par. 81-82. Sull'efficacia diretta orizzontale della Carta, da ultimo, M.E. GENNUSA, *Una Carta in chiaroscuro. Le sentenze sull'effetto diretto orizzontale e il significato costituzionale della Carta*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 3/2020, 636 e ss.; M.E. GENNUSA, S. NINATTI, D. TEGA, *La Carta vent'anni dopo Nizza*, *ivi*, 623 e ss.; K. LENAERTS, *The Horizontal Application of the Charter*, *ivi*, 633 e ss.

<sup>114</sup> C. Giust., C-144/04, *Mangold*, sent. 22 novembre 2005.

della Carta è di per sé invocabile in una controversia tra privati<sup>115</sup>, fornendo stavolta efficacia diretta orizzontale alla Carta e non al principio generale di non discriminazione. Nel caso *Bauer*, la Corte affina tale orientamento e sostiene che il fatto che l'articolo 51, par. 1, della Carta, precisi che essa si applichi *alle istituzioni dell'Unione e agli Stati membri* esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione, non può «essere interpretato nel senso che esso esclude sistematicamente» la possibilità che i soggetti privati si trovino direttamente obbligati al rispetto delle disposizioni della Carta<sup>116</sup>. Tale interpretazione estensiva dell'art. 51 conduce ad un esito più favorevole per la tutela dei diritti sociali rispetto a quel filone di sentenze (tra cui, solo a titolo di esempio, il caso *Pringle*)<sup>117</sup>, che avevano espressamente escluso la giustiziabilità, alla luce dei diritti sociali, di alcuni strumenti finanziari, che proprio perché creati al di fuori del quadro istituzionale dell'Unione per far fronte alla crisi economica della zona euro, non rientravano strettamente nell'ambito di applicazione della Carta di cui all'art. 51, par. 1, Cost.

## 9. Considerazioni conclusive, a vent'anni dalla Carta di Nizza

A partire dall'ordinamento costituzionale interno, il presente saggio ha messo in luce che nel nostro modello i diritti sociali sono concepiti sia «come il *presupposto* ...dell'azione dei pubblici poteri... perché fanno parte di quel patrimonio di situazioni giuridiche che caratterizzano la traduzione in termini di diritto della complessità della persona umana», sia «come l'*obiettivo*...perché ...l'agire pubblico in loro favore e sostegno è immaginato non solo come vantaggioso per i singoli beneficiari, ma come corrispondente a un utile sociale»<sup>118</sup>. La funzionalizzazione della tutela dei diritti sociali alla realizzazione del principio di eguaglianza sostanziale non ha tuttavia affrancato la giurisprudenza costituzionale da fisiologiche oscillazioni, dettate tanto dal «costo» che dalla intrinseca «storicità» di tali diritti.

Se è vero che la Costituzione repubblicana si svincola dall'«idea aprioristica», di matrice *Schmittiana*, «che il riconoscimento del principio liberale renda impossibile il riconoscimento, con pari efficacia giuridica, del principio sociale»<sup>119</sup> e che dunque solo i diritti di libertà si qualificherebbero come diritti fondamentali veri e propri, è pur vero che la necessaria *interpositio legislatoris* richiesta da molti dei diritti sociali li ha lasciati in balia del mutevole processo politico e ha impedito alla Corte costituzionale di considerarli diritti perfetti. Analogamente, la Corte ha reso la tutela dei diritti sociali più o meno “permeabile” alle esigenze economico-finanziarie a seconda di specifiche contingenze storico-politiche, come dimostra la modifica dell'art. 81 Cost. e i vincoli alla finanza pubblica che da essa sono scaturiti; o ha ritenuto ragionevole bilanciare in modo diverso, a distanza di tempo, i medesimi valori in gioco (come

---

<sup>115</sup> C. Giust., C-414/16, *Egenberger*, sent. 17 aprile 2018, par. 76. Similmente C. Giust., C-193/17, *Cresco investigation*, sent. 22 gennaio 2019.

<sup>116</sup> C. Giust., caso *Bauer*, par. 87.

<sup>117</sup> Su cui, *ex multis*, E. LONGO, *op. cit.*

<sup>118</sup> M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione cit.*, 379.

<sup>119</sup> M. MAZZIOTTI DI CELSO, *op. cit.*, par. 1.

dimostrano i casi *Ilva*<sup>120</sup> e il difficile temperamento tra la libertà di iniziativa economica privata e il diritto al lavoro, da un lato, e il diritto alla salute e all'ambiente salubre, dall'altro).

Se l'effettività dei diritti sociali dipende tanto dagli assetti politico-istituzionali ad essi sottesi che da specifiche congiunture storiche, è evidente che l'ordinamento sovranazionale ha dovuto fare i conti non solo con l'assenza, in capo all'Unione, di un ruolo distributivo delle risorse paragonabile a quello degli Stati membri e fondato sull'imposizione fiscale o sulla contribuzione sociale<sup>121</sup>, ma anche con la crisi economico-finanziaria iniziata nel 2008, che ha visto "implodere" il progetto di una più solida Europa sociale caldeggiato dalle successive revisioni dei trattati precedentemente analizzate. La crisi ha non solo indotto politiche di austerità in conformità ai meccanismi internazionali preposti alla stabilità finanziaria della zona euro<sup>122</sup>, ma ha anche smantellato quella giurisprudenza della Corte di giustizia che aveva de-nazionalizzato i sistemi di welfare degli Stati membri secondo criteri sempre più inclusivi, estendendo anche ai cittadini economicamente inattivi l'accesso a prestazioni sociali riconosciute nel paese ospitante, in virtù di una solidarietà transnazionale basata sul principio della parità di trattamento e sul consolidamento della cittadinanza europea.<sup>123</sup> A ciò si aggiunge che la dimensione sociale del processo di integrazione non ha mai distolto lo sguardo né dalla tendenza a preservare le diversità nazionali in materie strettamente collegate alla sovranità (e ai bilanci) nazionali né dal *telos* costitutivo dello sviluppo armonioso del mercato. Del resto, l'articolo 151, par. 3, TFUE, che apre il capitolo dedicato alla politica sociale, invita l'Unione a tener conto «della *diversità delle prassi nazionali*, in particolare nelle relazioni contrattuali, e della necessità di mantenere la *competitività dell'economia dell'Unione*». In modo ancor più pregnante, e solo a titolo di esempio, nonostante le recenti e imponenti risposte sovranazionali alla crisi pandemica sia in ambito sanitario che economico-finanziario previste dal piano Next Generation EU<sup>124</sup> e dal piano per le obbligazioni sociali SURE, la Comunicazione della Commissione sugli orientamenti relativi alle misure per la gestione delle frontiere in seguito alla crisi, si prefigge di coordinare le iniziative statali «per tutelare la salute», il diritto sociale per antonomasia, «*preservando al contempo l'integrità del mercato unico*»<sup>125</sup>.

La permanente tensione tra l'Europa sociale e l'Europa del mercato è sottesa non solo alle iniziative di natura politica, ma anche a quei «casi invero clamorosi di bilanciamento

---

<sup>120</sup> C. cost., sentt. nn. 85/2013 e 58/2018.

<sup>121</sup> P. COSTANZO, *op. cit.*, 2; A. D'ALOIA, *Diritti sociali e politiche di eguaglianza nel "processo" costituzionale europeo*, in M. Scudiero (a cura di), *Il diritto costituzionale comune europeo*, Napoli, Jovene, 2002, 845.

<sup>122</sup> E. LONGO, *op. cit.*, sulle ragioni giuridiche ed economiche di tale implosione.

<sup>123</sup> Su "ascesa" e "declino" della cittadinanza sociale, con riferimenti puntuali alle tappe salienti della giurisprudenza della Corte di Giustizia S. GIUBBONI, *La solidarietà come "scudo". Il tramonto della cittadinanza sociale transnazionale nella crisi europea*, in *Quaderni costituzionali*, n. 3/2018, 591-612. Sul ruolo fondamentale della giurisprudenza in materia di cittadinanza e principio di non discriminazione per la tutela dei diritti sociali A. CIANCIO, *op. cit.*

<sup>124</sup> Sul quale si rinvia, da ultimo, a C. BERGONZINI, *L'Europa e il Covid-19. Un primo bilancio*, in *Quaderni costituzionali*, n. 4/2020, 761-778.

<sup>125</sup> C. BERGONZINI, *op. cit.*, 764, con riferimento a Com2020/C 86 I/01, 3.

ineguale»<sup>126</sup> tra fondamentali libertà economiche e diritti riconducibili alla dimensione sociale, per i quali la Corte di giustizia è stata aspramente criticata dalla dottrina giuslavorista e costituzionalistica per un sostanziale «arretramento del modello sociale europeo».<sup>127</sup> Preme tuttavia sottolineare che il fatto stesso che in un recente passato sia stato possibile tale bilanciamento, è dovuto a quello scostamento, ripercorso in questo studio, dalla «frigidità sociale»<sup>128</sup> degli albori del processo di integrazione alla “riscrittura” di un *telos* euro-unitario più attento alla dimensione sociale. Nel *reasoning* della Corte nel caso *Laval*, ripreso poi anche nel caso *Viking*, si prende comunque le mosse dal fatto che, poiché «la Comunità non ha soltanto una *finalità economica* ma anche una *finalità sociale*, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato CE relative alla libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale»<sup>129</sup>, e si ammette che la tutela dei diritti sociali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi derivanti dal Trattato. Se, nei casi fortemente criticati, le garanzie (talvolta di natura costituzionale) a favore dei diritti dei lavoratori—si pensi alla tutela del minimo salariale nel caso *Ruffert* alla tutela del diritto di sciopero nei casi *Viking* e *Laval*<sup>130</sup>--hanno dovuto soccombere rispetto alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi, è perché le misure nazionali in questione venivano in rilievo in qualità di *deroghe* ad una libertà fondamentale del mercato, da interpretarsi, secondo consolidata giurisprudenza, in modo restrittivo, anche attraverso un test di proporzionalità abbastanza stringente (c.d. *less restrictive alternative test*).

Se il passaggio dalla definizione delle *politiche* sociali, ad opera dei trattati comunitari, al successivo impegno a perseguire specifici *obiettivi* di natura sociale, ad opera dei trattati euro-unitari, ha avuto comunque un impatto nella giurisprudenza sovranazionale, quale è stato (e quale potrà essere) il valore aggiunto della Carta, che si affianca all’approvazione del Pilastro europeo dei diritti sociali al vertice di Göteborg del 2017<sup>131</sup>, nel prospettare una maggiore tutela dei *diritti* sociali?

In primo luogo, senza tacere della forte ambizione costituzionale sottesa alla stesura di un catalogo di diritti su scala sovranazionale, rafforzata dalla formale entrata in vigore della Carta, va precisato che quest’ultima sconta una pesante ipoteca: quella di non essere il *bill of rights* di un ordinamento a fini generali, quale lo Stato, ma di un ordinamento a competenze enumerate fondato sul principio di attribuzione. Pertanto, la proclamazione dei diritti sociali

---

<sup>126</sup> M. BENVENUTI, *op. cit.*, 284.

<sup>127</sup> A. LUCARELLI, *Per un diritto pubblico europeo cit.*, 8. Si rinvia, anche per la vastissima letteratura sul tema a B. BRANCATI (a cura di), *Il bilanciamento tra i diritti sociali e libertà economiche in Europa. Un’analisi di alcuni importanti casi giurisprudenziali*, Documento del Servizio Studi della Corte costituzionale, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>128</sup> G. F. MANCINI, ora in *Democrazia e costituzionalismo nell’Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004, 259.

<sup>129</sup> C. Giust., C-341/05, caso *Laval*, 18 dicembre 2007, par. 105.

<sup>130</sup> Cfr. C. Giust., caso *Laval* cit.; C-438/05, caso *Viking*, 11 dicembre 2007; C-346/06, caso *Ruffert*, 3 aprile 2008, C-319/06, caso *Commissione/Lussemburgo*, 19 giugno 2008; C-271/08, caso *Commissione/Germania*, 15 luglio 2010.

<sup>131</sup> J. LUTHER, *Il futuro dei diritti sociali dopo il ‘social summit’ di Göteborg: rafforzamento o impoverimento?* in P. Bilancia (a cura di), *I diritti sociali cit.*, 49 e ss.

nella Carta spesso si scontra con un'inadeguata competenza ad agire in capo all'Unione, che vede molte delle politiche sociali rientrare nell'ambito delle materie di competenza concorrente o, come è il caso della formazione professionale, nelle competenze complementari o di sostegno.<sup>132</sup> Inoltre, le disposizioni finali della Carta non aiutano certo a espanderne la portata applicativa. Emblematico in tal senso lo scollamento tra l'art. 28 della Carta, che proclama il diritto di ricorrere ad azioni collettive per la difesa dei lavoratori, ivi compreso lo sciopero, e l'art. 52, par. 2 della Carta che, nel disporre che i diritti già previsti dai trattati devono esercitarsi alle condizioni e nei limiti da questi definiti, implicitamente rinvia all'art. 153 TFUE, il quale prevede l'adozione di misure a favore dei lavoratori ma esclude esplicitamente il diritto di sciopero dal suo alveo di applicazione, «neutralizzando in sostanza il dettato dell'art. 28» della Carta<sup>133</sup>. Con specifico riferimento ai diritti sociali, poi, si è visto che l'importante (e non agevole) decisione di dedicare un intero capo della Carta alla «Solidarietà», è stata temperata dalla scelta "stilistica" di subordinare la garanzia di molti dei *diritti* sociali ivi contemplati «ai casi e alle condizioni previsti dal diritto dell'Unione e dalle legislazioni e prassi nazionali», riducendone così la portata applicativa a quella di meri *principi*.

In un contesto, dunque, non facile, le sentenze della Corte di giustizia analizzate in questo contributo, emesse "a vent'anni dalla Carta di Nizza", consentono di valutare in modo abbastanza positivo l'apporto della Carta. In primo luogo, nonostante sia i lavori preparatori sia le Spiegazioni alla Carta lascino intendere che è fondamentale ai diritti aventi natura sociale che deve essere attribuita la qualifica di principi a giustiziabilità limitata, il caso sul diritto alle ferie retribuite di cui all'art. 31 dimostra che anche un diritto contenuto nel capo IV, se formulato in modo "incondizionato", può essere direttamente invocabile in giudizio. In secondo luogo, la Corte stabilisce che esso può essere dotato anche di efficacia diretta *orizzontale*, estendendo così a un diritto propriamente sociale il trattamento già riservato a qualche diritto contemplato nel capo dedicato all'eguaglianza (tra cui l'art. 21 sul principio di non discriminazione, di più solida e antica affermazione nell'ordinamento sovranazionale) e consentendo alla Carta, come si è visto, di ampliare la tutela del diritto alle ferie retribuite al di là di quanto consentito dal diritto derivato in questione, che non poteva trovare applicazione in una controversia tra privati. Infine, e non da ultimo, la Carta sopraggiunge a massimizzare la garanzia dei diritti sociali rispetto a quanto previsto dal diritto interno. Invero, nel caso *AMS*, la prassi di escludere dal computo degli effettivi d'impresa i lavoratori agevolati, prevista dal codice del lavoro francese, era stata ritenuta dal *Conseil Constitutionnel* non lesiva del principio di eguaglianza e dunque pienamente legittima, laddove la Corte di giustizia la dichiara incompatibile con il diritto alla consultazione dei lavoratori di cui all'art. 27 della Carta. Analogamente, nel caso *Bauer*, la prassi di escludere dalla massa ereditaria l'indennità finanziaria per ferie retribuite non godute da lavoratori deceduti, perfettamente conforme al diritto tedesco, viene giudicata dalla Corte lesiva dell'art. 31, par. 2, della Carta.

A mio parere, il *favor* della Corte nei confronti dei diritti sociali, rispetto alle precedenti sentenze sul filone *Viking* emesse "a dieci anni della Carta di Nizza", potrebbe essere spiegato

---

<sup>132</sup> In dettaglio sul tema P. BILANCIA, *La dimensione europea cit.*, 9-12.

<sup>133</sup> D. TEGA, *op. cit.*, 95; G. SILVESTRI, *Tutela nazionale ed europea cit.*, 60.



non solo dalla formale (e sopraggiunta) entrata in vigore della Carta, ma anche dal dato processuale che le misure nazionali in questione operassero *in attuazione* e non *in deroga* al diritto dell'Unione. Quel che è certo è che stavolta è quest'ultimo, e in particolar modo la Carta, a consentire il «principio di massima espansione delle libertà e dei diritti fondamentali»<sup>134</sup>.

---

<sup>134</sup> G. SILVESTRI, *L'individuazione dei diritti della persona*, in *Diritto penale contemporaneo*, 29 ottobre 2018.