

L **LABOR** **5**
Il lavoro nel diritto
Rivista bimestrale settembre-ottobre 2017
DIRETTA DA
Oronzo Mazzotta

www.rivistalabor.it

IN EVIDENZA

- ***La protezione dei diritti sociali nell'U.E. Il caso del diritto di sciopero***
Maria Vittoria Ballestrero
- ***The Social Dimension of the Euro-Canadian CETA***
Vincenzo Ferrante
- ***Uguali nelle diversità o estranei a noi stessi? Riflessioni sul divieto di discriminazione***
Lucia Tria
- ***Giurisprudenza commentata***
Silvia Ortis, Stefania Buoso, Davide Tardivo, Marco Novella

Saggi

- MARIA VITTORIA BALLESTRERO, *La protezione dei diritti sociali nell'Unione europea. Il caso del diritto di sciopero*..... p. 495
- VINCENZO FERRANTE, *The Social Dimension of the Euro-Canadian CETA*..... » 511
- LUCIA TRIA, *Uguali nelle diversità o estranei a noi stessi? Riflessioni sul divieto di discriminazione tra norme e prassi (prima parte)*..... » 525

Giurisprudenza commentata

- SILVIA ORTIS, *Lavoro intermittente: legittima la cessazione automatica del rapporto al compimento del 25° anno di età* » 551
- STEFANIA BUOSO, *Sulla discriminazione collettiva per nazionalità, e non solo* » 569
- DAVIDE TARDIVO, *L'incompatibilità nel pubblico impiego privatizzato: tra sanzione disciplinare e decadenza* » 583
- MARCO NOVELLA, *La Corte di Cassazione dopo la sentenza Amatori: autonomia funzionale e conservazione dell'identità del ramo d'azienda ceduto*..... » 599

Indice analitico delle sentenze

Lavoro (rapporto)

– contratto di lavoro intermittente – rinvio pregiudiziale – Dir. 2000/78/CE – Carta di Nizza – parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro – discriminazione fondata sull'età – Insussistenza (C. giust., 19 luglio 2017, causa C-143/2016, con nota di ORTIS)

– pubblico impiego privatizzato – incompatibilità con altri impieghi, professioni, cariche ed attività – mancata rimozione dell'incompatibilità – cessazione del rapporto – violazione obbligo di esclusività – responsabilità disciplinare – sanzione proporzionata (Cass., sez. lav., 4 aprile 2017, n. 8722, con nota di TARDIVO)

– pubblico impiego privatizzato – obbligatorietà dell'azione disciplinare – inerzia datoriale – legittimo affidamento – insussistenza (Cass., sez. lav., 4 aprile 2017, n. 8722, con nota di TARDIVO)

– trasferimento di ramo di azienda – autonomia funzionale del ramo ceduto – preesistenza – necessità (Cass., sez. lav., 19 gennaio 2017, n. 1316, con nota di NOVELLA)

Previdenza sociale

– assegno nucleo familiare – mancata concessione ai cittadini di paesi terzi soggiornanti in Italia – discriminazione collettiva per nazionalità – sussistenza (Cass., sez. lav., 8 maggio 2017, n. 11165, con nota di BUOSO)

– discriminazione collettiva per nazionalità – legittimazione ad agire – enti esponenziali – sussistenza (Cass., sez. lav., 8 maggio 2017, n. 11165, con nota di BUOSO)

Indice cronologico delle sentenze

Giorno	Autorità	Pagina
	2017	
	<i>Gennaio</i>	
19	Cass., sez. lav., n. 1316	599
	<i>Aprile</i>	
4	Cass., sez. lav., n. 8722	583
	<i>Maggio</i>	
8	Cass., sez. lav., n. 11165	569
	<i>Luglio</i>	
19	C. giust., causa C-143/2016	551

Notizie sugli autori

MARIA VITTORIA BALLESTRERO – professoressa emerita nell'Università degli studi di Genova

STEFANIA BUOSO – assegnista di ricerca nell'Università degli studi di Ferrara

VINCENZO FERRANTE – professore ordinario nell'Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano

MARCO NOVELLA – professore associato nell'Università degli studi di Genova

SILVIA ORTIS – dottoranda di ricerca nell'Università Ca' Foscari di Venezia

DAVIDE TARDIVO – dottorando di ricerca nell'Università degli studi di Padova

LUCIA TRIA – consigliere presso la Sezione lavoro della Corte di Cassazione

La protezione dei diritti sociali nell'Unione europea. Il caso del diritto di sciopero*

SOMMARIO: 1. L'Unione Europea e il diritto di sciopero. Qualche considerazione preliminare. – 2. Il diritto di sciopero nelle fonti internazionali. – 3. Lo sciopero nel diritto dell'Unione europea: l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali (CDFUE) e non solo. – 4. L'art. 28 CDFUE nell'interpretazione della Corte di Giustizia. Il bilanciamento dell'azione collettiva con le libertà economiche. – 4.1. Azione collettiva e libertà di stabilimento. – 4.2. Azione collettiva e libera prestazione di servizi. – 5. L'impatto della "dottrina Laval" sul diritto italiano: qualche considerazione conclusiva.

Sinossi: Nel saggio l'autore analizza la protezione multilivello del diritto di sciopero (diritto internazionale, diritto dell'Unione europea, diritto italiano). Particolare attenzione è dedicata all'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE e alla sua interpretazione da parte della Corte di giustizia nella giurisprudenza nota come Laval quartet. Nelle conclusioni l'autore si sofferma sul possibile impatto della dottrina Laval sul diritto italiano.

Abstract: In this essay the author analyzes the "multilevel" protection of the right to strike (international law, European Union law, Italian law). Particular attention is devoted to the art. 28 of the EU Charter of Fundamental Rights and its interpretation by the Court of Justice, in the decisions named Laval quartet. In the conclusions the author dwells on the possible impact of the "Laval doctrine" on Italian law.

PAROLE CHIAVE: Diritto di sciopero, Carta dei diritti fondamentali dell'unione Europea, Corte di giustizia, giurisprudenza.

* Questo saggio riproduce, con alcune modifiche e l'aggiunta delle note, la relazione svolta al seminario della rivista "Ragion pratica", sul tema «Crisi economica, politiche pubbliche e diritti fondamentali», Genova, 23-24 settembre 2016.

1. L'Unione europea e il diritto di sciopero. Qualche considerazione preliminare.

L'Unione europea è in crisi: una crisi politica che si manifesta sul fronte interno e su quello internazionale e finisce per investire ormai le ragioni stesse che giustificano l'esistenza di questa peculiare organizzazione internazionale, e le sue possibilità di sopravvivere come Unione; una crisi tanto evidente che non è neppure il caso di ripeterne qui le cause o di prefigurarne gli effetti.

Ma è in crisi anche il rapporto dell'Italia con l'UE: le polemiche in atto da anni denunciano con tutta evidenza le tensioni e le difficoltà del rapporto con i vertici dell'UE (quelli istituzionali e quelli reali). Anche di questo non è il caso di parlare qui, se non per sottolineare che alla base delle tensioni e delle difficoltà sta la scarsa disponibilità dell'UE a consentire all'Italia di sfiorare il tetto del rapporto deficit/Pil. L'austerità imposta dall'Unione è sotto accusa, perché impedisce al nostro governo di mettere in atto una politica per la "crescita". Certo, per la crescita ci vogliono miliardi di euro che non si possono trovare, se non sforando il tetto che la UE ci impone; senza quei miliardi l'economia reale resta al palo, le imprese non investono, l'innovazione langue, e al tavolo della competizione sul mercato globale restiamo inesorabilmente perdenti. Tutto giusto. Ma ciò di cui i nostri governanti parlano troppo poco è il costo sociale di questa austerità: un costo pesante pagato in questi anni, a partire dalle manovre economiche del Governo Berlusconi (il blocco dei salari e della contrattazione nel settore pubblico, tanto per fare un esempio) e via via attraverso le riforme del Governo Monti (basta pensare alla riforma delle pensioni targata Fornero) fino al cosiddetto "Jobs Act" del governo Renzi (basta pensare alla forte riduzione delle tutele contro i licenziamenti, alla liberalizzazione delle assunzioni a termine e della somministrazione di cui non è più richiesta alcuna ragione giustificatrice, al via libera concesso all'utilizzazione di altre forme di lavoro ultraflessibile e precario).

Ebbene, costringendo i governi dei paesi indebitati a ridurre drasticamente i livelli di protezione sociale, l'austerità imposta dall'UE si traduce nell'arretramento delle condizioni di vita di milioni di persone: ma non è questo il modello di Unione prefigurato dai Trattati, e sarebbe forse il caso di ricordarlo, con un vigore maggiore di quello emerso nella bella gita in barca di Renzi, Merkel e Hollande a Ventotene.

Allora ricordiamoli almeno noi questi valori: tra quelli sui quali si fonda l'Unione (art. 2 TUE), troviamo «il rispetto della dignità umana, della libertà, (...) dell'uguaglianza (...) e dei diritti umani», valori comuni «agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini» (art. 2 TUE). Questi stessi valori avevano già trovato la loro formale affermazione nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (Nizza 2000 - Strasburgo 2007) (CDFUE), che con l'art. 6.1 TUE ha acquisito «lo stesso valore giuridico dei trattati», collocandosi, insieme ai trattati, al vertice della gerarchia delle fonti dell'UE. In particolare, la solidarietà "infiltra" (secondo la fortunata espressione di Gerard Lyon-Caen) gli obiettivi dell'UE, da cui scompare la concorrenza, recuperata come strumento, e non come fine, solo nel 27° Protocollo; compare invece (art. 3.3 TUE), l'«economia sociale di mercato»: «fortemente competitiva», certo, ma anche finalizzata «alla piena occupazione e al progresso sociale».

Se le parole hanno un senso, l'art. 3 TUE disegna il “modello sociale europeo” come un modello di sviluppo dell'economia nel quale coesione e protezione sociale dovrebbero giocare un ruolo non secondario. Il problema è che il modello sociale scritto nei Trattati, come ho detto, sembra oggi dimenticato, e comunque non corrisponde all'insieme dei valori che segnano attualmente il percorso dell'Unione.

Ciò di cui parlerò vuole essere un esempio della distanza che corre tra il modello sociale europeo e la reale garanzia dei diritti sociali nell'UE. Tra questi diritti ho scelto il diritto di sciopero, per l'indubbio interesse che le decisioni della Corte di giustizia europea, pure risalenti a circa dieci anni fa, continuano ad avere, a causa delle reazioni che ancora oggi suscitano su più fronti e a diversi livelli¹.

Scegliere proprio il diritto di sciopero per ragionare intorno alla condizione dei diritti sociali nella UE merita tuttavia qualche precisazione preliminare². Non intendo affrontare, neppure restando sulla soglia, l'appassionante discussione sulla definizione (ricognitiva o normativa) della categoria dei diritti sociali³; tuttavia mi pare di dover spiegare almeno perché parlo del diritto di sciopero come di un diritto sociale⁴ anziché di un diritto di libertà, come sarebbe invece necessario fare se si rispettasse la tradizionale distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali, e con essa la definizione di questi ultimi come “diritti a prestazione” (dei poteri pubblici), dunque condizionati, non immediatamente esigibili e neppure giustiziabili (e perciò definiti diritti in senso debole⁵ oppure diritti di carta⁶).

Benché il diritto di sciopero, e i diritti sindacali in genere, non siano diritti a prestazione (impongono al datore di lavoro una posizione passiva, di soggezione, che non costituisce “prestazione” in senso tecnico), non siano condizionati⁷, presentino indubbi profili di libertà, e siano giustiziabili, la qualificazione come diritti sociali è nondimeno consueta

¹ Di tutto ciò ho parlato più ampiamente di quanto farò in questa sede nel commento all'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali pubblicato in MASTROIANNI, POLLICINO, ALLEGREZZA, PAPPALARDO, RAZZOLINI (a cura di), *Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Giuffrè, 2017, 545 ss., al quale faccio rinvio per ulteriori approfondimenti e per i necessari riferimenti bibliografici.

² Non avrebbe richiesto le spiegazioni che dovrò dare per il diritto di sciopero la scelta di prendere ad esempio della condizione dei diritti sociali la sentenza della C. Giust., 15 gennaio 2014, causa C-176/12, *Association de médiation sociale*, sull'applicazione dell'art. 27 della CDFUE, che prevede il diritto dei lavoratori e dei loro rappresentanti sindacali all'informazione e consultazione nelle imprese: si tratta infatti di un diritto definito generalmente come “diritto sociale” (ma non da BARBERIS, *Europa del diritto*, Il Mulino, 2008, 202). La sentenza assegna all'art. 27, del quale nega l'applicabilità diretta orizzontale, il valore di una disposizione programmatica (un “principio”, secondo la terminologia dell'art. 52.5 CDFUE), collocando così il diritto sociale che tale disposizione garantisce in una posizione di minorità rispetto ai diritti sanciti nei titoli della Carta dedicati a libertà ed eguaglianza. Per un commento alla sentenza rinvio a BALLESTRERO, *Principi e regole nella giurisprudenza del lavoro. Due esempi e una digressione*, in BALLESTRERO, GUASTINI, *Dialogando su principi e regole*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, a. XLVII, n. 1, giugno 2017, 155.

³ Nel n. 2/2016 di *Ragion pratica* possono leggersi alcuni contributi a questa discussione di notevole interesse. La bibliografia in materia di diritti sociali è molto vasta, ma i miei riferimenti saranno limitati al minimo indispensabile.

⁴ C'è che considera il diritto di sciopero un diritto sociale di libertà, perché *self executing*: BALDASSARRE, *Diritti sociali*, in *EGT*, vol. X, 1989.

⁵ BOBBIO, *L'età dei diritti*, Einaudi, 1990, 82.

⁶ GUASTINI, “Diritti”, in COMANDUCCI, GUASTINI (a cura di), *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, Giappichelli, 1994.

⁷ La distinzione tra diritti sociali condizionati e non condizionati è stata fatta propria anche dalla Corte costituzionale: lo ricorda PINO, *Diritti sociali. Per una critica di alcuni luoghi comuni*, in *Ragion Pratica*, 2016, 508; cfr. anche M. C. CAVALLARO, *I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in *Ragion Pratica*, 2000.

(anche se non da tutti condivisa⁸). La qualificazione in termini di diritti sociali è basata: su ragioni storiche, perché sono diritti di seconda generazione; sul loro carattere non universalistico, almeno nel senso in cui si ritiene siano universali i diritti umani⁹; sui valori e sui principi su cui si fondano: eguaglianza sostanziale¹⁰ e, secondo alcuni, solidarietà¹¹. Tutte ragioni che hanno in premessa l'accettazione della distinzione (storica, ma anche strutturale) tra i diritti di libertà e i diritti sociali.

A voler spingere lo sguardo un po' oltre, si potrebbe tuttavia rimettere in discussione proprio questa distinzione che, come altri ha dimostrato con ampia argomentazione, appare quanto mai incerta e approssimativa¹².

Fermo restando che la distinzione tra la pretesa ad una prestazione e la pretesa ad una astensione resta fondamentale¹³, e ferma restando la ragione storica della distinzione, i tradizionali criteri usati per tracciare la dicotomia strutturale tra queste due categorie di diritti non resistono ad una attenta analisi critica¹⁴. Incerta e approssimativa è la distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali come distinzione tra diritti a prestazione negativa (astensione) e diritti a prestazione positiva: anche i diritti di libertà richiedono prestazioni positive (si pensi al diritto di libera circolazione, o al diritto ad un giusto processo), mentre non tutti i diritti sociali sono diritti a prestazioni positive (del potere pubblico) e spesso includono invece il diritto a prestazioni negative, di non interferenza (il diritto al lavoro, ad esempio, che certamente è qualificabile come diritto sociale a prestazione, si presenta contemporaneamente come diritto a prestazione negativa, includendo la libertà di lavorare: cosicché non è casuale che il diritto al lavoro sia menzionato dalla CDFUE all'art. 15, tra i diritti di libertà). Meno che approssimativa la distinzione in base al costo: tutti i diritti hanno infatti un "costo"¹⁵.

Per superare la dicotomia strutturale tra diritti di libertà e diritti sociali occorre tuttavia: condividere l'opinione che esclude l'incompatibilità tra libertà ed eguaglianza (pur ammettendo che possono effettivamente entrare in conflitto¹⁶); accettare l'opinione secondo cui la distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali si basa sul loro diverso fondamento (costi-

⁸ Cfr. ad esempio BARBERIS, *op. cit.*, 202.

⁹ Sull'universalità dei diritti umani (e la loro collocazione nell'ambito della categoria dei diritti fondamentali) v. l'ampio dibattito tra Ferrajoli e alcuni suoi interlocutori riportato in FERRAJOLI, *Diritti fondamentali. Un dibattito teorico*, a cura di VITALE, Laterza, 2001. Un momento rilevante della discussione attiene proprio alla definizione del significato dell'aggettivo "universale" che Ferrajoli attribuisce ai diritti fondamentali; cfr. in particolare gli interventi di Guastini e Zolo, rispettivamente 43 e 49.

¹⁰ Numerosi autori indicano l'eguaglianza sostanziale come fondamento (o giustificazione) dei diritti sociali: cfr. per tutti LUCIANI, *Diritti sociali e livelli essenziali delle prestazioni pubbliche nei sessant'anni della Corte costituzionale*, in *Rivista AIC*, 2016, 3.

¹¹ PINO, *op. cit.* Nella CDFUE i diritti sindacali (incluso lo sciopero: art. 28) sono previsti non nel Titolo "Libertà", ma nel Titolo "Solidarietà".

¹² Cfr. DICIOTTI, *Stato di diritto e diritti sociali*, in *Diritto & questioni pubbliche*, 2004, 67; cfr. anche PINO, *op. cit.*; RIVA, *I diritti sociali e la concezione atomistica dei diritti fondamentali*, in *Ragion Pratica*, 2016, 565 ss.

¹³ LUCIANI, *I diritti sociali*, in Vignudelli (a cura di), *Lezioni magistrali di diritto costituzionale*, Mucchi, 2011, 155.

¹⁴ Per la critica della distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali, con argomentazioni diverse, cfr. specialmente i contributi già citati di PINO, DICIOTTI e LUCIANI; v. anche BIN, *Diritti e fraintendimenti*, in *Ragion Pratica*, 2000, 15.

¹⁵ V. BIN, *op. cit.*, 15.

¹⁶ LUCIANI, *op. ult. cit.*

tuzionale e valoriale), richiamando per questi ultimi il principio di eguaglianza sostanziale, e anche il valore della solidarietà. Opinione quest'ultima accettabile, a patto che non si configurino libertà ed eguaglianza sostanziale (ovvero libertà e giustizia sociale) come valori in conflitto¹⁷, perché altrimenti i diritti sociali sarebbero destinati a restare nello stato di minorità dei diritti “non veri”, nel quale li relega una opinione diffusa. Resta comunque da considerare che se l'accesso ad un certo numero di diritti di libertà pretende un minimo di eguaglianza sostanziale (redistribuzione nel possesso o godimento di beni), la garanzia dell'eguaglianza sostanziale comporta certamente il sacrificio di talune libertà (segnatamente le libertà costitutive del mercato: proprietà e iniziativa economica privata)¹⁸.

Per concludere: che lo si qualifichi come diritto sociale o come diritto di libertà, resta fuori discussione almeno la qualificazione del diritto di sciopero come diritto fondamentale. Evitando di inoltrarmi nel dibattito sulla definizione dei diritti fondamentali, non meno appassionante di quello suscitato dalla distinzione tra diritti di libertà e diritti sociali¹⁹, mi limito a dire, da buon giuspositivista, che qualifico come fondamentale un diritto che riposa su una norma giuridica fondamentale: l'art. 40 Cost. e l'art. 28 CDFUE, nel caso del diritto di sciopero.

Ciò di cui mi occuperò allora è la garanzia di un diritto fondamentale che nel diritto dell'UE gode di un livello di tutela minore di quello proprio dei diritti di libertà (libertà economiche, nella specie), tanto da riproporre quella dicotomia tra diritti di libertà e diritti sociali (affetti questi da “minorità”), che doveva essere superata dall'indivisibilità dei diritti fondamentali che la CDFUE sembrava aver accolto²⁰.

2. Il diritto di sciopero nelle fonti internazionali.

Il diritto di sciopero, che nell'ordinamento italiano è stato sancito dall'art. 40 Cost., gode di una protezione “multilivello” che è invece più recente, e come vedremo assai più problematica.

Per quanto riguarda il livello delle fonti internazionali, la prima fonte da richiamare sono le Convenzioni OIL n. 87/1948 sulla libertà sindacale e la protezione del diritto sinda-

¹⁷ Mi riferisco alla nota tesi di BOBBIO, *op. cit.*, 40 ss., 67 ss.; qualificati come “libertà” i diritti che sono garantiti quando lo stato non interviene, e “poteri” i diritti (sociali) che richiedono un intervento dello Stato per la loro attuazione, Bobbio afferma l'incompatibilità tra libertà e poteri; rispetto ai diritti di libertà vale il principio che gli uomini sono uguali nel godimento della libertà, che non vale nei riguardi dei diritti sociali, per i quali occorre tenere conto delle differenze che giustificano il non eguale trattamento. Si tratta di diritti «da cui protezione non può essere accordata senza che venga ristretta o soppressa la protezione di altri. Si fantastichi pure sulla società insieme libera e giusta, in cui siano globalmente e contemporaneamente attuati i diritti di libertà e i diritti sociali; le società reali, che abbiamo dinnanzi agli occhi, nella misura in cui sono più libere sono meno giuste e nella misura in cui sono più giuste sono meno libere» (41). Per una riflessione critica sulla tesi dell'incompatibilità tra libertà e uguaglianza sostanziale rinvio a DICCIOTTI, *Il mercato delle libertà*, Il Mulino, 2006, 73 ss.

¹⁸ Cfr. DICCIOTTI, *Stato di diritto*, cit., 2004, 76; EAD., *Il mercato*, cit., 73 ss.

¹⁹ Cfr. FERRAJOLI, *op. cit.*

²⁰ BARBERIS, *op. cit.*, 187.

cale, e 98/1949 sull'applicazione del principio del diritto di organizzazione e negoziazione collettiva. Si tratta di due “*core conventions*”, richiamate nella *Declaration of Fundamental Principles and Rights at Work* 1998: ciò implica che gli Stati, per il solo fatto di essere membri dell'OIL, sono tenuti a rispettare e promuovere la libertà di associazione e l'effettivo riconoscimento del diritto alla contrattazione collettiva.

Né la Convenzione 87, né la 98 menzionano espressamente il diritto di sciopero, che ha tuttavia ricevuto il pieno riconoscimento come “diritto fondamentale” strettamente inerente ai diritti sanciti dalle due citate convenzioni, fin dai tardi anni '50 da parte dell'autorevole Comitato di esperti sull'applicazione delle convenzioni e raccomandazioni (CEACR). In coerenza con la configurazione del diritto di sciopero come diritto fondamentale, il Comitato, pur affermando che il diritto di sciopero non è un diritto assoluto, e come tale deve essere bilanciato con altri diritti fondamentali, ha recisamente escluso la possibilità di procedere ad un giudizio di proporzionalità tra sciopero e libertà economiche.

La seconda fonte internazionale da richiamare è la Carta sociale europea (CSE) (firmata a Torino nel 1961 e riveduta a Strasburgo nel 1996), che diversamente dalle Convenzioni OIL, prevede espressamente il diritto di sciopero all'art. 6. 4. La CSE (alla quale la UE non aderisce, e che è spesso considerata una sorta di “sorella povera” della Cedu) è richiamata dall'art. 151.1 TFUE, ma non è integrata nel diritto dell'Unione (anche se l'Unione e gli Stati membri devono “tenere presenti” i diritti sociali fondamentali in essa definiti). Anche il Comitato europeo sui diritti sociali (CEDS), al quale compete il monitoraggio sull'applicazione della CSE, ha escluso che la CSE consenta altre limitazioni al diritto di sciopero oltre quelle (previste dall'art. G, Parte V) «necessarie, in una società democratica, per garantire il rispetto dei diritti e delle libertà altrui o per proteggere l'ordine pubblico, la sicurezza nazionale, la salute pubblica o il buon costume», escludendo perciò stesso che le libertà economiche possano avere un valore *a priori* più alto rispetto al diritto dei lavoratori di ricorrere all'azione collettiva per rivendicare una maggiore protezione dei propri diritti economici e sociali²¹.

Last but not least, deve essere richiamata la Cedu, e in particolare, per quanto interessa in questa sede, l'art. 11 (libertà di riunione e di associazione). Nella interpretazione di tale disposizione (che non contempla espressamente il diritto di sciopero) si è registrata, come è noto, una notevole evoluzione nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo: a partire dalla sentenza *Demir and Baykara c. Turchia* (Grande Camera 12 novembre 2008, ricorso 34503/97), la Corte EDU ha operato una inedita integrazione tra diritti civili e politici e diritti sociali, estendendo a questi ultimi i principi che applica in materia di protezione degli *human rights*²². A partire da questo importante *revirement*, la Corte si è pronunciata sul diritto di sciopero (sentenze *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, Sezione III, 21.4.2009,

²¹ Sulle funzioni del CEDS e più in generale sull'effettività della CSE cfr. PANZERA, *Diritti ineffettivi? Gli strumenti di tutela della Carta sociale europea*, in *Rivista AIC*, n. 1 del 2017.

²² La Corte ha affermato che la Cedu, «*is a living instrument*» e deve essere interpretata in armonia con i principi generali del diritto internazionale, in modo tale da «*reflect the increasingly high standard being required in the area of the protection of human rights*»; pertanto «*limitations to rights must be construed restrictively, in a manner which gives practical and effective protection to human rights*».

ricorso 68959/01, e *RMT c. UK*, 8.9.2014, Sezione IV, ricorso 31045/10). Non posso qui soffermarmi ad analizzare queste sentenze²³: posso limitarmi a dire che in *Enerji Yapi-Yol Sen*, la Corte ha affermato che il diritto di sciopero costituisce un corollario inscindibile dei diritti di associazione e negoziazione collettiva garantiti dall'art. 11 Cedu. Per la Corte, che si è largamente avvalsa dell'autorevole opinione espressa dagli organismi internazionali menzionati sopra (CEARC e CEDS), «il diritto di sciopero non ha carattere assoluto», e può essere soggetto a talune condizioni e restrizioni: ma deve trattarsi di restrizioni previste dalla legge, dirette ad uno o più scopi legittimi ai sensi dell'art. 11, comma 2, Cedu, e necessari in una società democratica per il perseguimento di tali fini (che, lo ricordiamo, sono la sicurezza nazionale, la pubblica sicurezza, la prevenzione dei reati, la protezione della salute, la protezione dei diritti e delle libertà altrui).

Questi principi sono stati ribaditi dalla Corte EDU, ancora una volta facendo largamente ricorso alle opinioni espresse da CEARC e CEDS, anche nella più recente sentenza *RMT c. UK*²⁴ relativa al divieto di scioperi di solidarietà vigente in Gran Bretagna: anche se in questa sentenza la Corte, considerato che nel caso l'azione collettiva non era – a suo parere – riconducibile all'attività primaria (“*core activity*”) del sindacato, si mostra disponibile a bilanciare l'esercizio della libertà sindacale con «*the social and economic framework of the country concerned*», accettando l'argomento del Governo britannico che giustifica il perdurante divieto degli scioperi di solidarietà con «*the pressing social need*» «*to shield the domestic economy from the disruptive effects of such industrial acts*»²⁵.

Per evitare di farsi illusioni su ulteriori positivi sviluppi della tutela del diritto di sciopero nel contesto della Cedu, vale la pena di sottolineare che, come si è giustamente osservato, la Corte EDU «ha riconosciuto tutela “indiretta” al diritto di sciopero, attraverso la garanzia di uno dei pochi diritti sociali espressamente sanciti dalla Convenzione»: lo sciopero è infatti considerato dalla Corte strumento indispensabile, ma anche “*ultima ratio*” per l'esercizio della libertà sindacale²⁶. I diritti sociali si dimostrano dunque tutelabili dalla Corte «nella misura in cui si presentano nella loro veste “liberale”, cioè assumendo i

²³ Il caso deciso in *Enerji* aveva ad oggetto un provvedimento del Governo turco (circolare 1996/21 della Presidenza del Consiglio) con cui veniva impedito (pena sanzioni disciplinari) ai funzionari del settore pubblico di partecipare a riunioni finalizzate all'organizzazione di uno sciopero, nonché a manifestazioni di protesta. La Corte EDU ha deciso nel senso della violazione dell'art. 11 Cedu: la Convenzione – afferma la Corte – «richiede che la normativa interna consenta ai sindacati, secondo modalità compatibili con l'art. 11, di avviare azioni di lotta per la tutela degli interessi dei loro membri», e lo sciopero rappresenta per i membri del sindacato un'importante iniziativa; la Corte «rileva parimenti che il diritto di sciopero è riconosciuto dagli organi di controllo dell'OIL quale corollario inscindibile del diritto di associazione sindacale, tutelato dalla Convenzione 87», e che la CSE riconosce altresì il diritto di sciopero «quale mezzo per assicurare l'esercizio effettivo del diritto alla negoziazione collettiva».

²⁴ La decisione riguarda due diverse vicende, nelle quali era in discussione la conformità all'art. 11 Cedu delle regole vigenti nel Regno Unito che, oltre ad imporre stringenti limiti procedurali (*strike ballot* e non solo) all'esercizio del diritto di sciopero, vietano lo sciopero di solidarietà.

²⁵ L'apertura peraltro non è nuova: un ampio margine di apprezzamento la Corte lo aveva già riconosciuto nel caso *Sindacatul "Pastorul cel Bun" c. Romania* (Grande Camera, 31 gennaio 2012, ricorso 2330/09), nel quale aveva ritenuto ammissibile il divieto opposto dalla Chiesa ortodossa romena alla costituzione di un sindacato di laici e sacerdoti dipendenti dalla congregazione religiosa, giustificato dalla esigenza di preservare l'ordine pubblico e salvaguardare l'autonomia della confessione religiosa.

²⁶ GUAZZAROTTI, *Giurisprudenza CEDU e giurisprudenza costituzionale sui diritti sociali a confronto*, relazione al Convegno di Trapani del Gruppo di Pisa, 8-9 giugno 2012.

connotati di “libertà negative”²⁷. La distanza che separa questo approccio da quello della nostra Corte costituzionale (*infra*, § 5) è notevole, come peraltro è notevole la distanza che, in materia di diritti sociali, separa la Cedu dalla Costituzione italiana.

3. Lo sciopero nel diritto dell’Unione europea: l’art. 28 della Carta dei diritti fondamentali e non solo.

Quello brevemente riassunto può essere considerato il livello internazionale di protezione del diritto di sciopero. Proviamo ora a confrontare questo livello con il livello di protezione garantito dal diritto dell’UE²⁸.

Nel diritto dell’UE, il diritto di sciopero fa la sua comparsa ufficiale nel 2000, con l’art. 28 della CDFUE, che prevede il diritto dei «lavoratori e dei datori di lavoro, o delle rispettive organizzazioni, «di ricorrere, in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive per la difesa dei loro interessi, compreso lo sciopero», e aggiunge: «conformemente al diritto dell’Unione e alle legislazioni e prassi nazionali». Il riferimento alle legislazioni e prassi nazionali è doveroso, poiché la competenza a regolamentare la materia è riservata agli Stati membri (art. 153.5 TFUE). Il riferimento al diritto dell’UE è invece coerente con quanto disposto dall’art. 51 CDFUE: come ha precisato la C. giust., sebbene nei settori che non rientrano nella competenza dell’Unione «gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e i modi di esercizio degli stessi, resta tuttavia il fatto che, nell’esercizio di tale competenza, tali Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario».

Lo sciopero è dunque un diritto fondamentale sancito dalla CDFUE, alla quale solo nel 2007, con i Trattati di Lisbona è stato attribuito lo stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6.1 TUE). Prima di entrare nella Carta, il diritto di sciopero non era tuttavia sconosciuto all’UE; era già previsto infatti dall’art. 13 della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali (adottata nel 1989), rimasta tuttavia, a causa della opposizione del Regno Unito, una mera dichiarazione di principi non vincolante perché non integrata nel diritto dell’UE: i diritti fondamentali in essa sanciti debbono tuttavia essere “tenuti presenti” (art. 151.1 TFUE) dall’UE e dagli Stati membri.

L’art. 28 “ricomprende” espressamente lo sciopero (ma implicitamente anche la serrata, perché, diversamente dalla nostra Costituzione, la CDFUE mette sullo stesso piano, a parità di armi, datori di lavoro e lavoratori) nella più ampia categoria dell’azione collettiva. Non ho qui la possibilità di approfondire questo argomento; posso limitarmi a dire che, mentre lo sciopero rappresenta la più classica delle azioni collettive, l’azione collettiva

²⁷ Ancora GUAZZAROTTI, *op. cit.*

²⁸ Più in generale, sulla protezione dei diritti sociali nel diritto dell’Unione europea cfr. le riflessioni critiche di LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Politica del diritto*, 2000, 376 ss.: l’ordinamento comunitario – afferma l’A. – «mantiene una netta distinzione (a vantaggio delle prime) fra libertà economiche e diritti di diversa natura, determinando una situazione che lo differenzia nettamente da tutti gli ordinamenti degli Stati membri».

può consistere in una forma di lotta diversa dallo sciopero (nel senso stretto di astensione collettiva dal lavoro): dal boicottaggio ad altre forme di lotta sindacale, come il rifiuto dello straordinario, o lo “sciopero delle mansioni”, e altre ancora, che non comportando una (completa) astensione dal lavoro sono tuttavia nella gran parte degli ordinamenti ritenute non rientranti nella nozione dello sciopero tutelato come diritto.

Il diritto dell'UE non conosce, e non può conoscere una nozione codificata né dell'azione collettiva, né dello sciopero, perché l'UE non ha competenza per una siffatta codificazione, trattandosi di materie riservate alla competenza degli Stati membri (art. 153.5 TFUE). Nell'interpretare l'art. 28 CDFUE occorre pertanto fare riferimento alle diverse esperienze tenute in considerazione nelle legislazioni e nelle prassi nazionali degli Stati membri. La definizione della nozione di sciopero (che può assumere forme variabili nelle diverse esperienze sindacali) così come la determinazione dei limiti entro i quali il diritto è riconosciuto restano affidate al diritto interno degli Stati membri, e sono perciò molto variabili. Il punto merita di essere sottolineato, perché nella interpretazione dell'art. 28 CDFUE (come dell'intera Carta, peraltro) non si dovrebbe prescindere dalla considerazione dei diversi livelli di protezione del diritto di azione collettiva e di sciopero offerti, nei rispettivi campi di applicazione, dal diritto degli Stati membri, oltre che dal diritto dell'Unione e dal diritto internazionale: così dispone infatti l'art. 53 CDFUE²⁹.

4. L'art. 28 CDFUE nell'interpretazione della Corte di Giustizia. Il bilanciamento dell'azione collettiva con le libertà economiche.

Le cose, nella interpretazione dell'art. 28, non stanno tuttavia così: almeno non stanno così se il discorso si ferma alla considerazione della giurisprudenza della C. giust., che peraltro è l'interprete autentico del diritto dell'Unione. La giurisprudenza di cui si tratta è costituita dal c.d. *Laval quartet*, vale a dire dalle quattro sentenze nelle quali la C. giust. ha affrontato l'interpretazione dell'art. 28 CDFUE, composto dalle sentenze *Viking* (11 dicembre 2007, causa C-438/05, *Viking Line*), *Laval* (18 dicembre 2007, causa C-341/05, *Laval und Partneri Ltd*), e dalle successive *Rüffert* (3 aprile 2008, causa C-346/06), *Commissione c. Granducato di Lussemburgo* (19 giugno 2008, causa C-319/06). Al *Laval quartet* sarebbe necessario aggiungere *Commissione c. Repubblica federale di Germania* (15 luglio 2010, causa C-271/08), e altre successive sentenze dello stesso tenore, di cui ometto per brevità la citazione³⁰.

²⁹ «Nessuna disposizione della presente Carta deve essere interpretata come limitativa o lesiva dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali riconosciuti, nel rispettivo ambito di applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto internazionale, dalle convenzioni internazionali delle quali l'Unione o tutti gli Stati membri sono parti, in particolare la Convenzione europea di salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, e dalle costituzioni degli Stati membri».

³⁰ Cfr. GIUBBONI, *Libertà economiche fondamentali, circolazione dei servizi e diritto del lavoro*, in *RGL*, 2015, 811; sulla giurisprudenza più recente della C. giust. cfr. COSTANTINI, *Direttive sui contratti pubblici e Corte di giustizia: continuità e discontinuità in tema di clausole sociali*, in *WP D'Antona, It.*, 309/2016.

Salvo le prime due (*Viking* e *Laval* del 2007), che riguardano direttamente l'azione collettiva, le altre investono il diritto alla negoziazione collettiva (garantito anch'esso dall'art. 28 CDF), coinvolto nella interpretazione della Direttiva 96/71 sul distacco transnazionale, con particolare riguardo al trattamento economico e normativo che deve essere assicurato ai lavoratori distaccati dall'impresa appaltatrice proveniente da altro Stato membro dell'UE. Meriterebbe certamente un commento la lettura assai riduttiva fornita dalla C. giust. alla regola della parità di trattamento tra i lavoratori distaccati e i dipendenti dell'impresa appaltante, ridotta ai soli minimi garantiti da contratti collettivi efficaci *erga omnes*, escluse le più favorevoli condizioni previste dal contratto collettivo (aziendale o comunque non efficace *erga omnes*) applicato ai dipendenti dell'appaltatore. Sarebbe necessario almeno sottolineare il vantaggio competitivo che tale lettura riduttiva assicura agli Stati *new comers* (entrati nell'UE a seguito dell'allargamento ad est), consentendo alle imprese di quegli Stati di competere sul mercato interno avvalendosi del più basso costo del lavoro, in spreco all'obiettivo della lotta al *dumping sociale* su cui è fondata, nella Direttiva 96/71 (ora sostituita dalla Direttiva 2014/67), la regola della parità di trattamento.

Ma avendo scelto di parlare del diritto di sciopero devo tralasciare questo argomento, e concentrarmi invece solo sulle prime due sentenze, che essendo notissime, possono essere ricapitolate molto brevemente³¹.

4.1. Azione collettiva e libertà di stabilimento.

Nel caso oggetto della prima delle due sentenze, l'impresa *Viking Line*, operatore finlandese di traghetti sulla rotta tra la Finlandia e l'Estonia, aveva tentato di immatricolare in Estonia una delle proprie imbarcazioni in perdita. Il cambiamento di bandiera avrebbe consentito all'impresa di concludere un contratto collettivo col sindacato estone, traendo così vantaggio competitivo dalla possibilità di applicare retribuzioni e condizioni di lavoro inferiori rispetto a quelle garantite ai lavoratori finlandesi dal loro contratto collettivo. L'azione collettiva di boicottaggio promossa dal sindacato finlandese FSU (sostenuta dall'azione di solidarietà della Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti) aveva bloccato l'iniziativa della *Viking Line*, che aveva però dato avvio all'azione giudiziaria contro la Federazione internazionale dei lavoratori dei trasporti (IFT) per impedirle di intraprendere nuove azioni di boicottaggio.

La C. giust. ha impostato il caso *Viking* come coinvolgente la libertà di stabilimento (piuttosto che la libera prestazione di servizi) e le "restrizioni" al suo esercizio (art. 43 TCE, ora art. 49 TFUE). Preliminarmente la Corte ha risposto in senso positivo alla domanda se l'azione collettiva posta in essere da soggetti privati (i sindacati) possa rientrare nell'ambito di applicazione dell'art. 49 TFUE. La risposta positiva dipende dalla attribuzione a tale disposizione dell'effetto diretto orizzontale nei confronti dei privati; l'effetto diretto

³¹ Per un'analisi critica più approfondita di entrambe le sentenze rinvio a BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in LD, 2008, 357. Cfr. anche CARABELLI, *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci, 2009; FREEDLAND, PRASSL (a cura di), *Viking, Laval and Beyond*, Hart publishing, 2014.

consente di inserire l'azione collettiva tra gli atti di soggetti privati in grado di ostacolare l'esercizio delle libertà di circolazione (di stabilimento, nel caso di specie).

Risolta in senso positivo la questione preliminare, la Corte ha affrontato la questione centrale: vale a dire se un'azione collettiva (come il boicottaggio posto in essere dalla FSU, con la solidarietà della IFT) costituisca "restrizione" alla libertà di stabilimento e, in caso affermativo, in quale misura tale restrizione sia giustificata. La soluzione è costruita attraverso una serie di passaggi argomentativi.

Con il primo passaggio la C. giust. supera l'ostacolo rappresentato dalla riserva agli Stati membri della competenza nelle materie di cui all'art. 153.5 TFUE (tra le quali rientra appunto il diritto di sciopero). La Corte, come ho ricordato prima, afferma che «sebbene nei settori che non rientrano nella competenza della Comunità gli Stati membri restino in linea di principio liberi di determinare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e i modi di esercizio degli stessi, resta tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, tali Stati sono comunque tenuti a rispettare il diritto comunitario». La riserva di competenza non basta dunque a salvaguardare gli ordinamenti interni dall'invasione comunitaria.

Il secondo decisivo passaggio consiste nell'affermare che il diritto di azione collettiva è un diritto fondamentale riconosciuto e garantito dall'UE nell'ambito del Trattato e nei limiti della compatibilità con altri diritti fondamentali garantiti dal Trattato. Benché all'epoca la CDFUE non avesse ancora lo stesso valore giuridico dei Trattati, la Corte, richiamando le fonti internazionali e comunitarie, afferma «che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto». E aggiunge: «rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali». La conclusione è che «il carattere fondamentale del diritto di intraprendere un'azione collettiva non è tale da escludere le azioni collettive (...) dall'ambito di applicazione dell'art. 43 TCE» (ora 49 TFUE).

Riportando l'azione collettiva nell'ambito di applicazione del diritto di stabilimento, la Corte ne assoggetta l'esercizio alle regole che disciplinano quel diritto, aprendo così la strada al bilanciamento tra un diritto (sociale) fondamentale e una libertà economica; bilanciamento al quale è appunto preliminare la configurazione dell'azione collettiva come "restrizione" della libertà di circolazione coinvolta, ammissibile solo se persegua un obiettivo legittimo compatibile con il Trattato e sia inoltre giustificata da ragioni imperative di interesse generale.

Ma non basta: perché la Corte ritiene sì che la tutela e il miglioramento delle condizioni di lavoro dei marittimi costituiscano una ragione imperativa di interesse generale, ma per giustificare le restrizioni alla libertà di stabilimento – afferma – occorre che l'azione collettiva sia effettivamente connessa all'obiettivo legittimo di tutela dei lavoratori: ciò che, secondo la Corte, non si verificherebbe «se fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati». Spetterà al giudice nazionale valutare la legittimità dell'obiettivo; legittimità che non esclude che il giudice debba inoltre valutare se l'azione collettiva fosse "proporzionata", vale a dire non eccedesse ciò che è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, valutando in particolare

se, ai sensi della normativa nazionale e delle norme contrattuali applicabili a tale azione, il sindacato «non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione». Dunque, l'azione collettiva, per essere proporzionata alla realizzazione di un obiettivo legittimo, deve essere un rimedio "ultimo".

La Corte sposa così una concezione del diritto di sciopero estranea alle tradizioni costituzionali e alle legislazioni nazionali di quella parte degli Stati membri (quello italiano, anzitutto) nei quali la tutela dell'autonomia sindacale garantisce l'autodeterminazione del sindacato nella scelta degli obiettivi da perseguire e non impone obblighi legali di preventivo esperimento delle procedure di conciliazione del conflitto.

4.2. Azione collettiva e libera prestazione di servizi.

Ad una settimana di distanza dalla sentenza *Viking*, la C. giust. ha pronunciato la sentenza sul caso *Laval*. Nel caso, era in discussione l'azione collettiva intrapresa dal sindacato delle costruzioni, sostenuta dalla solidarietà dei sindacati del settore pubblico e del settore elettrico, per indurre l'impresa lettone Laval, che aveva distaccato alcuni propri dipendenti nel cantiere edile di un'impresa svedese da lei controllata, a sottoscrivere il contratto collettivo svedese dell'edilizia. A seguito degli scioperi che avevano bloccato l'attività, la Laval aveva rinunciato all'esecuzione del contratto di appalto, e la controllata svedese era fallita.

I dispositivi delle due sentenze sono diversi: il dispositivo di *Viking* appare più aperto e possibilista di quello di *Laval*, che censura senz'altro l'azione collettiva intrapresa dai sindacati svedesi come ingiustificata restrizione della libertà di circolazione (libera prestazione dei servizi) garantita dall'art. 56 TFUE (ex art. 49 TCE). Ma è solo un'impressione, perché la sostanza delle decisioni non cambia.

In una prima parte della sentenza *Laval* la Corte affronta, relativamente alla libera circolazione dei servizi, le questioni teoriche già esaminate in *Viking* in riferimento alla libertà di stabilimento: poiché le risposte della Corte sono le stesse esaminate commentando *Viking*, e cambia solo la libertà di circolazione alla quale la Corte fa riferimento, rinvio a quanto detto sopra.

Nella seconda a parte (in realtà intrecciata alla prima) la Corte entra invece nel merito della valutazione degli obiettivi e della proporzionalità dell'azione collettiva intrapresa dai sindacati svedesi. La Corte premette (come in *Viking*) che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, che ha come scopo la protezione dei lavoratori dello Stato ospitante contro un'eventuale pratica di *dumping* sociale, può costituire una ragione imperativa di interesse generale, tale da giustificare, in linea di principio, una restrizione ad una delle libertà economiche fondamentali garantite dal Trattato. E riconosce che l'azione collettiva, nel caso di specie, rientra nell'obiettivo della protezione dei lavoratori: tuttavia – precisa subito – l'ostacolo alla libertà di circolazione dei servizi che tale azione comporta nel caso di specie non può essere giustificato alla luce dell'obiettivo di protezione dei lavoratori.

Per argomentare questa drastica soluzione la Corte collega la questione della legittimità dell'azione collettiva all'interpretazione delle disposizioni della dir. 96/71 sul distacco

transnazionale, alla quale guarda come ad una normativa di tutela “minima” dei lavoratori distaccati (non diversamente da quanto farà nelle successive sentenze parte del *Laval quartet*, e in quelle ancora successive). Insomma: la protezione dei lavoratori svedesi contro il *dumping* sociale è una ragione di interesse generale, ma non può essere invocata nel caso dai sindacati (la cui azione era diretta ad imporre all'impresa lettone un contratto collettivo privo di efficacia generale) e quindi non giustifica la restrizione alla libertà di circolazione inflitta dall'azione collettiva intrapresa contro l'impresa lettone (d'altro canto, le misure legislative svedesi aventi lo stesso scopo di protezione anti *dumping* sono giudicate dalla Corte discriminatorie in ragione della nazionalità).

La “dottrina Laval”, intendendo per tale la priorità assegnata alle libertà economiche nel bilanciamento con il diritto all'azione collettiva, è stata investita da critiche dure, inclusa quella autorevolmente formulata, nell'ambito del Consiglio d'Europa, dal CEDS: ma non si può dire che tali critiche fino ad ora abbiano avuto un tangibile seguito. Uno spiraglio potrebbe aprirsi, dopo il ritiro definitivo del regolamento Monti II, con la dir. 2014/67 sul distacco transnazionale, emanata per colmare le lacune della dir. 96/71, e frutto del faticoso accordo raggiunto tra le istituzioni europee (Parlamento, Commissione, Consiglio), segnato pesantemente dalla giurisprudenza della C. giust. nota come *Laval quartet*. Oltre alla (generica) clausola di salvaguardia (art. 1.2, c.d. clausola Monti)³², un segnale di cambiamento si può leggere nell'art. 9, lett. f)³³ che potrebbe adombrare un'apertura al potere negoziale dei sindacati nei confronti dell'impresa straniera distaccante, e che potrebbe legittimare l'azione sindacale (ricorso allo sciopero incluso) oltre i limiti fissati dalla Corte in *Laval*.

Ma sono segnali ancora flebili. Per concludere, allora, riprendendo il filo del discorso svolto sopra a proposito degli standard internazionali di protezione del diritto di azione collettiva e di sciopero in particolare: quando un diritto sancito dalla CDFUE “corrisponda” ad un diritto sancito dalla Cedu, a norma dell'art. 52.3 della stessa Carta, l'interpretazione della Corte di Strasburgo dovrebbe essere vincolante per le istituzioni dell'Unione. E se l'Unione prendesse sul serio gli standard dell'OIL, e ciò che ne è derivato in termini di tutela dei diritti umani da

³² Il testo del Considerando 48 è il seguente. «La presente direttiva rispetta i diritti fondamentali e osserva i principi riconosciuti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, in particolare (...) il diritto di negoziazione e di azioni collettive (articolo 28), (...) e deve essere applicata nel rispetto di tali diritti e principi». La clausola di salvaguardia (art. 1.2) ha il seguente testo. «La presente direttiva non pregiudica in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti negli Stati membri e a livello di Unione, ivi compresi il diritto o la libertà di sciopero e il diritto o la libertà di intraprendere altre azioni contemplate dalla disciplina delle relazioni industriali negli Stati membri, secondo il diritto e/o le prassi nazionali, né il diritto di negoziare, concludere applicare accordi collettivi e promuovere azioni collettive secondo il diritto e/o le prassi nazionali».

³³ L'art. 9, lett. f, prevede la designazione di una persona di contatto in qualità di rappresentante legale, attraverso la quale le parti sociali interessate possano cercare di impegnare il prestatore di servizi ad avviare un'attività di negoziazione collettiva secondo il diritto e/o la prassi nazionali, all'interno dello Stato ospitante. Una timida apertura nel senso del superamento della “dottrina Laval” si può intravedere nella sentenza *Sähköalojen* (C. giust., 12 febbraio 2015, causa C-396/13), laddove la Corte afferma che «il salario minimo calcolato in riferimento ai contratti collettivi pertinenti non può dipendere dalla libera scelta del datore di lavoro che distacca alcuni dipendenti al solo fine di proporre un costo del lavoro minore rispetto a quello dei lavoratori locali». Cfr. GIUBBONI, *op. cit.*

parte della Corte EDU, la sola strada corretta per superare la “dottrina Laval” sarebbe sottrarre l’esercizio del diritto di sciopero da ogni forma di bilanciamento con le libertà economiche³⁴.

Ma fino ad ora questo non è avvenuto. Le argomentazioni con le quali la C. giust. ha motivato il parere negativo (2/2013, 18 dicembre 2014) sulla adesione dell’UE alla Cedu (pure prevista dall’art. 6. TUE) (v. specialmente i paragrafi 180, 183-188 del parere) lasciano irrisolta la questione di un diritto fondamentale, che la Corte di Strasburgo costruisce come *human right*, che tollera solo le limitazioni di cui si è detto sopra, e un diritto fondamentale che la Corte di Lussemburgo ha invece configurato come “restrizione” alle libertà economiche, costringendone il legittimo esercizio entro un test di proporzionalità che ne decreta in partenza lo stato di minorità.

5. L’impatto della “dottrina Laval” sul diritto italiano: qualche considerazione conclusiva.

Diversamente da quanto avvenuto in Svezia e in Gran Bretagna, dove l’impatto è stato rilevante³⁵, in Italia la “dottrina Laval” non ha avuto sino ad ora riscontri giudiziari. Evidentemente le controversie hanno avuto carattere meramente interno, e in tal caso le regole fissate dalla C. giust. non trovano applicazione, mentre si applica la disciplina nazionale (che sono costretta qui a dare per nota).

Ma l’occasione per un intervento del giudice nazionale può presentarsi, ed è allora opportuno chiarire quali siano i problemi che si troverà a dover risolvere. Infatti, pur essendo esclusa dalla competenza dell’Unione, la materia dello sciopero (e della serrata) non resta senz’altro al di fuori dell’ambito di attuazione del diritto dell’Unione: le sentenze *Viking* e *Laval* ci dicono il contrario, e di questo è necessario tenere conto. Ma è altresì necessario chiarire quando e come tenerne conto.

³⁴ Così BOGG, *Viking and Laval: the International Labour Law Perspective, Introduction*, in Freedland, Prassl, *op. cit.*, 71.

³⁵ In Svezia, dopo che la Corte del rinvio pregiudiziale ha condannato i sindacati, colpevoli di aver organizzato uno sciopero illegittimo in base al diritto europeo (ma all’epoca non a quello nazionale), ad un pesante risarcimento dei danni, è stata emanata una nuova legge (la *Lex Laval*), che ha introdotto forti limiti alle azioni collettive quando i lavoratori distaccati godano di un trattamento minimo non inferiore a quello previsto dal contratto collettivo di riferimento. In Gran Bretagna, la minaccia di una compagnia aerea di richiedere una *injunction* nei confronti del sindacato BALPA, che avrebbe potuto comportare il superamento dei limiti previsti dalla legge ai risarcimenti derivanti dalle responsabilità connesse all’azione sindacale, ha indotto il sindacato a rinunciare allo sciopero. Il CEDS ha ritenuto la *Lex Laval* in contrasto con l’art. 6.4. (e anche con l’art. 19.4) CSE; inoltre, richiamando i rapporti del CEACR riguardo sia alla *Lex Laval* sia al caso BALPA, ha ribadito che la libertà delle imprese di prestare servizi nel territorio di altri Stati non può avere un aprioristico maggior valore rispetto ai diritti fondamentali garantiti dalla Carta (cfr. BOGG *op. cit.*, 67). Un panorama dell’impatto della “dottrina Laval” in alcuni Stati membri dell’UE in VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Cacucci, 2009. Per ulteriori approfondimenti cfr. i saggi di MALMBERG, *I rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell’Unione. Il caso svedese*, in *DLRI*, 2011, 371, BRUUN, *Sanzioni e rimedi per azioni collettive illegittime negli stati membri del Nord Europa. Il diritto dell’Unione europea in context*, in *DLRI*, 2011, 385, ZAHN, DE WITTE, *La prospettiva dell’unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, in *DLRI*, 2011, 433.

Punto primo: la materia non rientra nelle competenze dell'Unione, e dunque, la normativa nazionale relativa alla legittimità di uno sciopero (estensione del diritto, cioè titolarità e finalità, e modalità legittime del suo esercizio) non rientra, né può rientrare, direttamente nell'ambito di attuazione del diritto dell'Unione.

Punto secondo: l'attuazione del diritto dell'Unione può venire in considerazione in via indiretta: così è stato quando la Corte ha deciso sulla "legittimità comunitaria" di azioni collettive, guardando ad esse attraverso la "lente" delle libertà economiche (di circolazione) con le quali erano entrate in conflitto, e attraendole per questa via indiretta nel cono d'ombra del diritto dell'Unione.

Dall'insieme di questi due punti possiamo trarre almeno una prima conseguenza: e cioè che la "dottrina Laval" non è applicabile al di fuori delle particolari situazioni nelle quali il diritto fondamentale all'azione collettiva entra in conflitto con altri diritti fondamentali garantiti e regolati dal diritto primario e derivato dell'Unione.

Ma quali potrebbero essere queste situazioni?

Proviamo ad ipotizzare che un'impresa polacca, appaltatrice di un servizio, si ritenesse danneggiata nell'esercizio della propria libertà di circolazione (distacco transnazionale) da uno sciopero articolato proclamato dal sindacato X per tutelare le condizioni di lavoro e l'occupazione dei lavoratori coinvolti nella vicenda, e, invocando la "dottrina Laval", chiedesse al giudice italiano di condannare il sindacato al risarcimento dei danni. E poniamo che, alla luce del diritto interno, lo sciopero fosse legittimo³⁶, ma che invece, alla luce del test di proporzionalità di cui alla "dottrina Laval", lo sciopero fosse valutabile come non conforme al diritto dell'Unione (ingiustificata, non necessaria restrizione alla libertà economica dell'impresa polacca).

Se partissimo dalla considerazione del primato del diritto dell'Unione, e dell'effetto diretto (orizzontale) dell'art. 56 TFUE, dovremmo concludere nel senso che il giudice nazionale deve disapplicare il diritto interno (effetto diretto orizzontale dell'art. 56 TFUE). Tenuto conto che il diritto dell'Unione di cui si tratta ("la dottrina Laval"), collegando strettamente l'azione collettiva alla contrattazione, imputa la responsabilità del danno subito dall'impresa al sindacato (non a caso, perché il modello di riferimento è quello di ordinamenti che prevedono la titolarità sindacale del diritto di sciopero), dovrebbe condannare il sindacato al risarcimento dei danni. E già questo sarebbe un problema di non facile soluzione. Infatti, poiché secondo la prevalente interpretazione dell'art. 40 Cost., la titolarità del diritto di sciopero è dei singoli lavoratori, la responsabilità del sindacato potrebbe derivare solo dall'aver violato eventuali regole contrattuali di pace sindacale proclamando lo sciopero, o, al limite, dal non aver esercitato il "dovere di influenza" sui lavoratori: ove

³⁶ Secondo il nostro diritto, l'autonomia sindacale garantisce al sindacato l'autodeterminazione nella scelta degli obiettivi da perseguire, e trattandosi di obiettivi tipicamente sindacali (finalità economico-professionali) gli obiettivi sarebbero pienamente legittimi. Quanto alle modalità di esercizio dello sciopero, queste sono legittime fino al limite del "danno alla produttività dell'impresa" (che la consolidata giurisprudenza della Cassazione ravvisa solo nelle situazioni di tale gravità da non consentire all'impresa la ripresa della propria attività dopo la cessazione dello sciopero: il caso ricorrente è quello del danneggiamento degli impianti): ma nel caso il giudice potrebbe avere escluso che lo sciopero avesse provocato un danno alla produttività dell'impresa.

queste ipotesi non ricorrano, sembra difficile imputare al sindacato, per il solo fatto di avere proclamato lo sciopero, la responsabilità per i danni subiti dall'impresa³⁷.

Ma poniamo che anche questo ostacolo fosse superato. Il primato del diritto dell'UE sarebbe allora una soluzione soddisfacente? A mio parere no.

La distanza siderale tra i canoni di giudizio interni ed europei, a partire dalla piramide dei valori e dei principi su cui tali canoni sono costruiti (priorità dei diritti sociali nell'ordinamento costituzionale italiano; priorità delle libertà economiche nel diritto dell'Unione), mette il giudice nazionale di fronte al non facile problema di decidere quale sia il diritto da applicare nella fattispecie. A mio avviso il problema non può essere senz'altro risolto nel senso del primato del diritto dell'Unione³⁸. Mi pare che debba piuttosto valere la regola fissata dall'art. 53 CDFUE, che salvaguarda il superiore livello di protezione del diritto offerto dal diritto interno; mi pare inoltre, che trattandosi di un diritto fondamentale garantito sia dalla Carta, sia dalla nostra Costituzione, debba essere richiamato l'art. 52.4 CDFUE, che dovrebbe garantire una interpretazione dell'art. 28 "in armonia" con la nostra tradizione costituzionale. E non possiamo dimenticare che, trattandosi di uno dei diritti garantiti dall'art. 11 Cedu, l'art. 52.3. CDFUE prevede che «il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta Convenzione»: significato e portata che, come ho detto sopra, sono molto distanti dalla configurazione del diritto di sciopero come "restrizione giustificata" delle libertà economiche fornita dalla C. giust. nelle sentenze *Viking* e *Laval*, e vicini invece alla configurazione del diritto di sciopero come "libertà negativa", insuscettibile di bilanciamento (sbilanciato) con le libertà economiche³⁹.

Tutto ciò considerato, nel caso sopra ipotizzato il giudice nazionale che non se la sentisse di percorrere la via segnata dall'art. 53 CDFUE, salvaguardando senz'altro il superiore livello di protezione garantito dall'art. 40 Cost., dovrebbe – a mio modesto avviso – sospendere il giudizio e rinviare alla Corte costituzionale la questione della esistenza di un contro-limite (l'art. 40 Cost., appunto) che faccia da ostacolo al primato del diritto dell'Unione. Un rinvio pregiudiziale della nostra Corte alla C. giust. potrebbe fornire l'occasione (attesa ed auspicata) di scrivere una nuova dottrina, meno distante della "dottrina Laval" dalle tradizioni costituzionali comuni.

³⁷ Cfr. LO FARO, *Responsabilità e sanzioni per sciopero illegittimo: cambia qualcosa in Italia dopo Laval?*, in *DLRI*, 2011, 419.

³⁸ Nel caso non sarebbe infatti applicabile la "dottrina Melloni" (C. giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11) perché la materia non è (e non può essere) interamente regolata dal diritto dell'Unione, che, come si è detto sopra, viene in considerazione solo in via indiretta. Nel caso *Melloni* si poneva una questione di standard di protezione, più elevati nell'ordinamento spagnolo rispetto a quelli previsti dal diritto dell'Unione (decisione quadro n. 2002/584 del Consiglio del 13 giugno 2002 sul mandato di arresto europeo); nella sentenza la Corte ha affermato che le autorità nazionali possono applicare un maggiore standard di tutela dei diritti fondamentali alla condizione che non vengano compromessi né il livello di protezione previsto dalla CDFUE, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione. Qualora la materia sia interamente disciplinata dal diritto europeo senza alcuna discrezionalità per lo Stato membro, come nel caso in discussione, il rispetto del primato e dell'effettività del diritto europeo impongono che lo standard di protezione sia quello sancito dalla CDFUE, che costituisce allora lo standard minimo e massimo di protezione.

³⁹ Ma non possiamo dimenticare che la C. giust., dando parere negativo all'adesione dell'Unione alla Cedu, ha voluto sottolineare la propria esclusiva competenza sul diritto dell'Unione e la propria totale autonomia, come interprete e garante del diritto dell'Unione, dalla Corte di Strasburgo.