



Gruppo di studio su “La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituente”
(coordinatore prof. Tiziano Treu)

Stefano Giubboni
(Università di Perugia)

***Modelli sociali nazionali, mercato unico
europeo e governo delle differenze.
Appunti sulle trasformazioni della costituzione economica comunitaria***

*We shall not cease from exploration
And the end of all our exploring
Will be to arrive where we started
And know the place for the first time*

Thomas Stearns Eliot, *Little Gidding, Four Quartets* (1942)

SOMMARIO: 1.- Introduzione. 2.- Assetto costituzionale delle origini e ascendenze ordoliberali. 3.- La stagione breve dell’armonizzazione “nel progresso”. 4.- La crisi del compromesso originario e l’emersione dell’asimmetria costituzionale tra costruzione del mercato unico e autonomia dei modelli sociali nazionali. 5.- Dall’armonizzazione nel progresso alla competizione regolativa tra sistemi sociali nazionali. 6.- Il caso paradigmatico del distacco dei lavoratori nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi. 7.- Diritti sociali e libertà di mercato nell’Unione allargata: alla ricerca di nuovi equilibri nel “governo delle differenze”. 8.- Osservazioni e proposte conclusive.

1.- Introduzione

Nel 1956, nel pieno dei negoziati per la stipula del Trattato di Roma, il primo ministro francese, il socialista Guy Mollet, fortemente sostenuto nella sua iniziativa anzitutto dalle organizzazioni imprenditoriali del suo paese, si batté con determinazione perché l’armonizzazione delle politiche sociali nazionali – inclusa un’area così sensibile, ma anche così strategica per la competitività economica, come quella del finanziamento dei sistemi previdenziali – venisse assunta dalla nuova Comunità come una precondizione della integrazione dei mercati dei futuri paesi membri¹. L’opposta visione, sostenuta soprattutto dalla Germania, secondo cui l’armonizzazione dei sistemi

¹ V. per tutti A. S. Milward, *The European Rescue of the Nation-State*, London – New York, Routledge, 2000, pp. 196 ss.

sociali nazionali, lungi dal dover essere normativamente imposta come condizione preliminare dell'instaurazione del mercato comune, sarebbe piuttosto seguita spontaneamente, almeno nel medio periodo, come conseguenza pressoché certa e automatica del processo integrativo, era stata tuttavia nel frattempo già recepita, con marginali correzioni, nel rapporto redatto dalla commissione di esperti dell'OIL presieduta da Bertil Ohlin, forse il maggior studioso di economia internazionale dell'epoca, e fu quindi sostanzialmente ripresa in quello che è stato efficacemente definito il "Libro bianco" del Trattato di Roma²: il rapporto Spaak³.

In uno dei suoi studi più noti sul rapporto tra il c.d. "modello sociale europeo"⁴ e il processo d'integrazione comunitaria, Fritz Scharpf inizia la propria indagine ponendosi, provocatoriamente, la "questione controfattuale" di che cosa sarebbe successo se il Trattato di Roma avesse seguito l'impostazione prefigurata da Mollet. A ben vedere, come egli nota, alla metà degli anni cinquanta del secolo scorso, gli Stati sociali europei "apparivano ancora piuttosto rudimentali, in termini quantitativi, e da un punto di vista strutturale decisamente più simili tra di loro di quanto non sarebbero diventati nei decenni successivi"⁵. Tenuto conto anche della relativa omogeneità delle strutture di *welfare* dei sei Stati fondatori attorno al modello occupazionale e bismarckiano di Stato sociale⁶, l'armonizzazione – per quanto assai esigente ed impegnativa sul piano dell'azione politica – "avrebbe allora ben potuto apparire non priva di speranza"⁷.

In questo contributo non ci interrogheremo ulteriormente sulle ragioni della "via non intrapresa"⁸, tra il 1956 e il 1957, dalla (allora) Comunità economica europea⁹, ma assumeremo piuttosto come punto di partenza della nostra indagine l'originaria "decisione di sistema"¹⁰ di separare la costruzione del mercato comune dalla edificazione di una corrispondente sfera sopranazionale di politiche di *welfare*¹¹, per interrogarci in prospettiva diacronica sulle conseguenze di lungo termine di questa fondativa opzione costituzionale. Argonteremo che la rinuncia originaria alla costruzione di strutture di *welfare* propriamente europee ha costretto sin dall'inizio a pensare all'intervento comunitario in materia di politica sociale – per usare un'altra efficace formula di sintesi¹² – in termini di "governo delle differenze" (mai veramente ridotte, ed anzi aumentate nel tempo) dei sistemi nazionali in funzione delle esigenze di edificazione del

² P. Davies, *The emergence of European labour law*, in W. McCarthy (ed.), *Legal Intervention in Industrial Relations: Gains and Losses*, Oxford, Blackwell, 1992, pp. 313 ss., qui p. 319.

³ È lo stesso Jean Monnet, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976, p. 474, a mettere in risalto "le mérite politique de ce document considérable".

⁴ Sulla portata elusiva di questa formula, che in buona sostanza considera sinteticamente ed astrattamente taluni tratti di fondo costituenti un sorta di comune *ethos* welfarista degli assai diversi modelli sociali nazionali, v. da ultimo C. Pinelli, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 251 ss., ed i contributi raccolti in M. Colucci, R. Blanpain, S. Sica (eds.), *The European Social Model*, Antwerpen – Oxford, Intersentia, 2006.

⁵ F. W. Scharpf, *The European social model: coping with the challenges of diversity*, in *Journal of Common Market Studies*, 2002, pp. 645 ss., qui p. 646.

⁶ Cfr. M. Ferrera, *Modelli di solidarietà. Politica e riforme sociali nelle democrazie*, Bologna, il Mulino, 1993, pp. 63 ss.

⁷ Scharpf, *op. loc. cit.*

⁸ Ivi, p. 645.

⁹ Per un approfondimento di tali aspetti ci permettiamo ad ogni modo di rinviare a S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, il Mulino, 2003, pp. 44 ss.

¹⁰ Utilizziamo consapevolmente – per le ragioni che appariranno più chiare fra breve (al § 2) – questa espressione, così tipica del linguaggio costituzionale della Scuola ordoliberal tedesca, che l'aveva peraltro riadattata – pur immutandola in profondità con riguardo al concetto di "costituzione economica" – dalla celebre tassonomia schmittiana [v. C. Schmitt, *Dottrina della costituzione* (1927), edizione italiana a cura di C. Caracciolo, Milano, Giuffrè, 1984, spec. pp. 41 ss.]. Sulla nozione ordoliberal di costituzione economica v. sin d'ora D. J. Gerber, *Constitutionalizing the economy: German neoliberalism, competition law and the "new Europe"*, in *American Journal of Comparative Law*, 1994, vol. 42, pp. 25 ss., spec. p. 44; R. Miccù, "Economia e costituzione": una lettura della cultura giuspubblicistica tedesca, in *Quaderni del Pluralismo*, 1996, pp. 243 ss.; A. Cantaro, *Costituzione e ordine economico*, Acireale, Bonanno Editore, 1999, pp. 104 ss.

¹¹ Con l'eccezione – per quanto distorta, in particolare nei suoi esiti redistributivi perversi, di cui si è avvertita la gravità soprattutto nel lungo termine – della politica agricola comune; cfr. E. Rieger, *Protective shelter or straitjacket: an institutional analysis of the common agricultural policy of the European Union*, in S. Leibfried, P. Pierson (eds.), *European Social Policy Between Fragmentation and Integration*, Washington D.C., The Brookings Institution, 1995, pp. 194 ss.

¹² L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, il Mulino, 2006.

mercato comune. In effetti, si può dire che il problema di fondo (e la stessa *ratio* giustificativa) dell'intervento comunitario in materia sociale, sia stato sin dall'origine, e sia diventato viepiù oggi, quello di far convivere i diversi modelli nazionali di *welfare* con la parallela costruzione (giuridica) del mercato comune. Sia stato, in altre parole, 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, ovvero di uno spazio che esige la uniformazione delle condizioni di concorrenza delle imprese ed il libero, uniforme dispiegarsi delle libertà economiche.

Lo scopo del contributo è, nella sua prima parte¹³, quello di verificare in che modo sono cambiati nel tempo i criteri normativi che presiedono a tale delicato esercizio di bilanciamento tra costruzione del mercato unico e preservazione delle legittime differenze dei sistemi nazionali di *welfare*. L'assunto principale è che tali criteri siano significativamente cambiati nel corso del tempo, in risposta alle mutate esigenze poste dal processo di integrazione economica e alle stesse istanze della "integrazione attraverso il diritto", con un progressivo spostamento dal paradigma della armonizzazione "verso l'alto" – centrale sino a tutti gli anni settanta dello scorso secolo – a quello, in qualche modo speculare, della concorrenza tra sistemi (e ordinamenti), pur mediata o temperata, più o meno efficacemente, da istanze di coordinamento. Il declino della armonizzazione nel progresso, come strumento principe di governo delle differenze tra i sistemi sociali nazionali, ha infatti lasciato gradualmente il posto ad un nuovo *mix* di forme regolative, arricchitosi nel corso degli anni novanta e razionalizzato, da ultimo, dal Trattato di Lisbona.

Nella più recente fase seguita al grande allargamento avviato nel 2004, peraltro, la concorrenza tra ordinamenti – veicolata soprattutto per il tramite d'una interpretazione giurisprudenziale assai liberale e permissiva della libertà di prestazione dei servizi – ha finito per occupare spazi che fino a pochi anni addietro sembravano doverle essere affatto preclusi, insinuandosi sin dentro le aree più protette dei diritti del lavoro nazionali (quali quelle presidiate dalle garanzie costituzionali della libertà di azione e contrattazione collettiva). Queste tendenze – ove non adeguatamente governate – rischiano di mettere in insanabile contraddizione le legittime istanze di preservazione dei diversi modelli sociali nazionali con le esigenze dell'allargamento dello spazio economico europeo, specie in un momento di così acuta crisi economica e finanziaria, quale quello attuale. Ne uscirebbe seriamente indebolita la stessa legittimità del processo di integrazione europea, già minacciato da rigurgiti di protezionismo economico nazionale¹⁴.

Nella seconda parte del saggio¹⁵, si tenterà di fornire una sintesi esplicativa di queste trasformazioni – a partire dall'approfondimento dell'esempio della disciplina del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi, paradigmatico delle contraddizioni che segnano la fase in atto – mettendole in relazione coi diversi modelli di costituzione economica europea ad esse sottesi ed interrogandosi sulle prospettive future. La fase attuale – di forte accentuazione delle dinamiche di competizione regolativa – può invero dirsi tutt'altro che assestata: la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia invia segnali contraddittori, che confermano la fluidità e il carattere più che mai aperto dei processi in corso.

Le problematiche osservazioni conclusive saranno nel senso che la pressante richiesta, *in primis* del sindacato europeo, di un riequilibrio dei criteri normativi che presiedono al "governo delle differenze", debba passare per un auspicabile potenziamento delle forme di coordinamento – di *hard*, più che *soft law* – e, forse, per un'ulteriore rivisitazione della tecnica della armonizzazione, purché ancorata ad un saldo quadro di valori, principi e diritti sociali fondamentali iscritti nel corpo dei Trattati riformati a Lisbona. Questa risposta è necessaria anche per scongiurare il "rischio fatale" del ritorno, di cui si avverte più di un segno, alla erezione di barriere protezionistiche a difesa dei modelli sociali e *tout court* delle economie nazionali. Se si vogliono scongiurare i rischi di una crisi profonda dello stesso processo integrativo europeo, il "governo

¹³ *Infra*, § 2-5.

¹⁴ V. le giuste preoccupazioni espresse al riguardo dal Governatore della Banca d'Italia Mario Draghi all'incontro del *Forex* svoltosi ultimamente a Milano, e pubblicate, per ampi stralci, nel *Sole 24 Ore* di domenica 23 febbraio 2009.

¹⁵ *Infra*, § 6-8.

delle differenze” deve tornare a cercare un equilibrio virtuoso tra mercato e politiche sociali, senza coltivare l’illusione di una separazione tra “sociale” ed “economico” costruita a misura di una nuova demarcazione tra “nazionale” e “comunitario”.

2.- *Assetto costituzionale delle origini e ascendenze ordoliberali*

L’originaria assenza, nel corpo dei Trattati istitutivi, di significative competenze sociali della Comunità risponde, storicamente, ad una *ratio* ben precisa, coerente con l’opzione fondativa sopra accennata e che Scharpf ha lucidamente definito parlando di “*political decoupling of economic integration and social-protection issues*”¹⁶.

I Trattati istitutivi della CECA e della CEE, a dispetto dell’oggettiva pochezza delle competenze comunitarie *in subiecta materia*, non ignorarono le questioni sociali, che furono come ricordato ben presenti nei negoziati che ne precedettero la stesura e la ratifica, ma le inquadrarono, peraltro con congegni istituzionali diversi¹⁷, in una prospettiva che voleva essere, e che per un significativo tratto del processo integrativo fu anche effettivamente, coerente con un doppio, correlato ordine di esigenze, conseguente a quella opzione. Da un lato, con l’esigenza connessa alla prioritaria funzionalizzazione delle nuove istituzioni sopranazionali alla costruzione (soltanto) di un mercato comune, retto sulla libertà di circolazione dei fattori produttivi (incluso il lavoro) e sulla libertà d’impresa e concorrenza; dall’altro, con la altrettanto avvertita esigenza di garantire il pieno rispetto della sovranità degli Stati membri nella sfera delle politiche sociali e di redistribuzione, sfera che doveva essere considerata interamente riservata ai processi politici democratici nazionali, e come tale in principio sottratta al raggio d’azione delle competenze attribuite agli organi comunitari.

In quest’ottica, potrebbe ben dirsi che nell’originario assetto dei Trattati le competenze comunitarie sono limitate alla costruzione del mercato comune e non si estendono alla sfera delle politiche sociali, se non eccezionalmente e nella misura in cui un intervento in questo campo appaia necessario per la realizzazione degli obiettivi d’integrazione economica, proprio perché gli Stati membri riservano a loro stessi quest’area di azione così vitale all’interno dei processi politici nazionali. Tutti gli Stati membri fondatori della Comunità europea accolgono, infatti, nei loro ordinamenti, il modello dello Stato sociale; ed in particolare l’Italia – differenziandosi in ciò dalla scelta che sarebbe rimasta prevalente anche in seguito nell’Europa comunitaria – accoglie nella propria Carta fondamentale un modello specificamente connotato da un’estesa e dettagliata previsione di diritti sociali¹⁸, ai quali – in modo compiuto dalla fine degli anni sessanta – la stessa Corte costituzionale riconobbe natura e rilievo di diritti in senso proprio fondamentali al pari di quelli civili e politici¹⁹.

L’attenzione ai temi sociali venne quindi specificamente declinata nei Trattati CECA e CEE riconoscendo agli Stati membri piena libertà di azione nella sfera – latamente intesa – delle politiche sociali e del lavoro. E queste vennero effettivamente perseguite e sviluppate a livello nazionale – con la straordinaria intensità che segna la cosiddetta “età dell’oro” del *welfare state* europeo²⁰ – in adempimento di quelle promesse di liberazione dal bisogno e di emancipazione

¹⁶ Scharpf, *op. cit.*, p. 646.

¹⁷ Per un’attenta analisi storica degli aspetti sociali della CECA, spesso ingiustamente trascurati, v. L. Mechi, *Le politiche sociali della CECA*, in R. Ranieri, L. Tosi (a cura di), *La Comunità Europea del Carbone e dell’Acciaio (1952-2002). Gli esiti del Trattato in Europa e in Italia*, Padova, CEDAM, 2004, pp. 105 ss.

¹⁸ Si rinvia, anche per gli opportuni riferimenti dottrinali, al contributo di Cesare Pinelli in questo stesso volume.

¹⁹ Sui percorsi di tale giurisprudenza v., più di recente, R. Scognamiglio (a cura di), *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2006, nonché l’accurata ricostruzione di A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, Giappichelli, 2006, cui *adde*, con specifico riguardo ai diritti sociali di prestazione, F. Miani Canevari, *Costituzione e protezione sociale. Il sistema previdenziale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, Giappichelli, 2007.

²⁰ Per tutti, M. Ferrera, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, Oxford University Press, 2005, cap. 3.

sociale contenute nei rispettivi patti costituzionali e sulla cui base venne rifondato il rapporto di cittadinanza negli Stati democratici risorti dopo le devastazioni della Seconda guerra mondiale.

È stato autorevolmente suggerito che il modello teorico che meglio dà ragione di questo originario assetto di competenze – di questa sorta di fondativa divisione del lavoro tra Comunità e Stati membri, che voleva assegnata alla prima la pacificazione sopranazionale assicurata dalla progressiva messa in comune dei mercati, ed ai secondi la realizzazione degli istituti della cittadinanza sociale sulla premessa delle politiche pubbliche di pieno impiego – è quello offerto dalla Scuola ordoliberalista tedesca. Le affinità tra le prescrizioni dell'ordoliberalismo e la costruzione della Comunità economica europea del 1957 sono in effetti molteplici. È innegabilmente coerente con quel modello teorico – assai influente in Germania negli anni formativi delle istituzioni comunitarie²¹ – innanzi tutto l'intima *raison d'être* della divisione di competenza tra livello comunitario e livello nazionale iscritta nel testo del Trattato di Roma e ben visualizzata dalla immagine, già evocata, della "scissione della dimensione sociale dalla istituzionalizzazione di un sistema europeo di concorrenza non distorta"²².

Come ha osservato Christian Joerges, "nella impostazione ordoliberalista la Comunità acquisiva una propria legittimità [...] come ordinamento rivolto alla garanzia delle libertà economiche ed alla protezione della concorrenza da parte delle istituzioni sopranazionali. Questa legittimazione era indipendente da quella delle istituzioni democratiche degli Stati costituzionali. Nello stesso tempo, essa imponeva dei limiti alla Comunità: le politiche economiche dovevano infatti ritenersi illegittime"²³. L'idea – che poteva in effetti dirsi largamente accolta nei Trattati – era appunto quella di un sistema strutturato su due distinti canali: a livello sopranazionale, la giuridificazione necessariamente uniforme e assistita dalla forza vincolante della *higher law* comunitaria dei dettami della razionalità economica attorno ai principi della libertà di circolazione dei fattori produttivi e della concorrenza non distorta; a livello nazionale, il radicamento – libero negli svolgimenti e negli sviluppi democraticamente decisi dai corpi elettorali degli Stati membri – delle politiche sociali redistributive, inevitabilmente diverse in quanto rivolte a soddisfare preferenze, tradizioni, costellazioni di interessi tanto diverse quanto sono diversi i "mondi" del *welfare state* in Europa²⁴.

In sintesi, "L'Europa veniva costituita come sistema duale. La sua costituzione economica era apolitica, nel senso che non era soggetta a interventi di natura politica. E questa era la sua ragion d'essere costituzionale-sopranazionale. La politica sociale era trattata come un ambito categoricamente distinto. Essa costituiva il dominio della discrezionalità politica dei legislatori nazionali e come tale doveva rimanere appannaggio degli stessi. Il radicamento sociale [*social embedness*] del mercato poteva, e doveva, essere realizzato dagli Stati membri in forme differenziate – e per un decennio ed oltre, questo equilibrio è in effetti apparso stabile"²⁵.

La traduzione quasi idealtipica di questa configurazione costituzionale è rintracciabile nella estesa normativa comunitaria di coordinamento dei regimi legali nazionali di sicurezza sociale, realizzata per la prima volta col regolamento n. 3/1958 a poca distanza di tempo dall'entrata in vigore del Trattato di Roma. I motivi della scelta della tecnica del coordinamento (come anche della perdurante fedeltà a tale originario modello d'intervento, rinnovato e riformato, ma mai intaccato nei suoi elementi essenziali nei decenni successivi)²⁶ non attengono soltanto al nesso di stringente strumentalità funzionale tra la disciplina di coordinamento dei sistemi nazionali di sicurezza sociale e l'effettiva garanzia della libertà di circolazione dei lavoratori all'interno del mercato comune. In effetti, è questa – come evidente – la prima e fondamentale ragione di quella scelta: il coordinamento dei sistemi previdenziali degli Stati membri serve a garantire la libera

²¹ Per i riferimenti si veda *supra*, alla nota 10.

²² Così, sulla scorta di Scharpf, C. Joerges, *What is left of the European economic constitution? A melancholic eulogy*, in *European Law Review*, 2004, pp. 461 ss., qui p. 471.

²³ *Ibidem*.

²⁴ G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990.

²⁵ Joerges, *op. loc. cit.*

²⁶ Sia consentito il rinvio a S. Giubboni, *L'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale in prospettiva storica. Omaggio a Lionello Levi Sandri*, in A. Varsori, L. Mechi (a cura di), *Lionello Levi Sandri e la politica sociale europea*, Milano, Franco Angeli, 2008, pp. 175 ss.

circolazione della forza-lavoro nel mercato comune; costituisce, anzi, in certo modo, la stessa preconditione per un suo effettivo esercizio.

Esiste, però, associata a questa, una ragione più profonda della primazia e della perdurante vitalità, nell'ambito dell'azione comunitaria in materia di sicurezza sociale, di quell'originario atto d'"elezione" del metodo del coordinamento dei regimi legali nazionali. La tecnica del coordinamento rispecchiava, invero, le scelte di fondo dei Trattativi istitutivi circa i rapporti tra ordinamento giuridico sopranazionale e sistemi sociali degli Stati membri. Essa, infatti, consentiva di preservare pressoché intatto il monopolio regolativo statale in un settore strategico di rilegittimazione materiale dello Stato nazionale, quale quello coperto dal diritto della sicurezza sociale e del *welfare*, garantendo, allo stesso tempo, l'apertura dei sistemi nazionali alle istanze provenienti dal processo di integrazione economica. Si può dire che l'opzione strategica per il coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale, oltre che rispondere alla più immediata esigenza di dar seguito alla graduale liberalizzazione della circolazione della manodopera²⁷, riflettesse, più in profondità, il modello stesso dei rapporti tra mercato comune europeo e spazio sociale nazionale. In quel modello, la stretta funzionalizzazione dei poteri di azione in materia sociale alla creazione del mercato comune, e la conseguente esiguità delle basi per una politica sociale europea, rispondevano ad una precisa scelta di salvaguardia delle prerogative degli Stati sociali nazionali.

La Comunità era sostanzialmente priva di competenze significative in materia di politica sociale, e negli angusti limiti in cui il Trattato CEE le conferiva poteri d'azione (artt. 117 e seguenti), questi rispondevano indubbiamente ad una concezione della stessa quale "mera compensazione degli effetti socialmente indesiderabili dell'integrazione economica"²⁸. Ma quest'assenza di competenze, ovvero la loro chiara curvatura mercantile, non tradiva un'assenza di preoccupazioni sociali nei "padri fondatori" della CEE; al contrario, essa era funzionale alla salvaguardia della necessaria autonomia dello Stato sociale nazionale nell'ambito del nuovo contesto istituzionale di apertura economica controllata²⁹.

Come è stato recentemente chiarito, "i padri fondatori e la maggior parte delle *élite* nazionali concepivano l'integrazione europea come un progetto in grado di creare e di sostenere un ciclo virtuoso tra economie aperte e politiche economiche rivolte verso l'esterno, da un lato, e sistemi di *welfare* chiusi e politiche sociali rivolti verso l'interno, dall'altro lato"³⁰. E il coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale realizzava quel tanto di apertura dei singoli sistemi necessaria alla liberalizzazione controllata del movimento della manodopera, senza intaccare l'autonomia degli Stati membri in materia. L'idea che la costruzione di una forte sfera sociale e solidaristica nazionale e l'edificazione del mercato comune europeo fossero due "binari separati"³¹ rispondeva perciò in maniera compiuta al modello teorico di legittimazione delle neonate Comunità offerto dalla Scuola ordoliberal.

3.- La stagione breve dell'armonizzazione "nel progresso"

È peraltro pure noto come la Comunità economica europea abbia iniziato a dotarsi di un proprio (esile) apparato di politiche sociali, pur in assenza di basi normative specifiche ed autonome

²⁷ Cfr. F. Romero, *Emigrazione e integrazione europea 1945-1973*, Roma, Edizioni Lavoro, 1991, spec. pp. 51 ss., e più di recente L. Tosi, *Un obiettivo italiano a lungo perseguito: la libera circolazione della manodopera*, in Id. (a cura di), *L'Italia e la dimensione sociale nell'integrazione europea*, Padova, CEDAM, 2008, pp. 183 ss.

²⁸ L. Mechi, *La costruzione dei diritti sociali nell'Europa a sei (1950-1972)*, in *Memoria e Ricerca*, 2003, n. 14, pp. 69 ss., qui p. 79.

²⁹ In tal senso anche S. Deakin, *Labour law as market regulation*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis (eds.), *European Labour Law. Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 63 ss., spec. pp. 68-69.

³⁰ M. Ferrera, *Amici o nemici? Integrazione europea e modelli sociali nazionali*, URGE Working Paper 4/2005, disponibile in www.urge.it, p. 5.

³¹ Ivi, p. 3.

nel corpo originario del Trattato istitutivo, a partire dalla metà degli anni settanta del secolo passato, sulla scia del primo piano d'azione approvato in materia nel vertice parigino del 1974³².

Non può non essere incidentalmente osservato come l'esordio delle politiche sociali, o almeno delle politiche armonizzatorie della CEE in materia di lavoro, sia avvenuto, non solo con un ritardo significativo rispetto all'entrata in vigore del Trattato di Roma, ma con una singolare sfasatura rispetto ai tempi di sviluppo storico dei sistemi nazionali di *welfare* dei paesi membri. Quell'inizio coincide, infatti, singolarmente, col momento nel quale in tutti i paesi membri si conclude il ciclo espansivo dello Stato sociale avviatosi nel secondo dopoguerra, ovvero quando il "trentennio glorioso" delle pur diverse esperienze del *welfare state* europeo si chiude per aprire una lunga fase di crisi e di ristrutturazione – quella fase di "transizione incompiuta"³³ che, pur in condizioni totalmente mutate, viviamo ancora oggi alla ricerca di approdi più stabili di quelli assicurati dalle riforme vorticosamente succedutesi, in tutti i principali paesi europei, compresa l'Italia, nell'ultimo quindicennio³⁴.

Al di là dell'apparente paradosso di questa sfasatura temporale rispetto al ciclo espansivo dei *welfare* nazionali, spiegabile proprio in termini di risposta politica collettiva degli Stati membri alle comuni necessità della crisi³⁵, la stagione delle "grandi direttive" di armonizzazione che Massimo D'Antona ha chiamato "funzionalista"³⁶ non sembra neppure incoerente con le premesse costituzionali sottese all'assetto originario dei Trattati istitutivi, anche se segna un primo scostamento dalla purezza dei paradigmi teorici ordoliberali. Con particolare evidenza nelle direttive sulla crisi d'impresa³⁷, la coerenza con quelle premesse normative appare innegabile nella misura in cui, se da un lato "si pongono le basi per l'armonizzazione di norme sociali esclusivamente orientate a non distorcere la concorrenza nel mercato"³⁸, dall'altro si mira proprio a preservare, con esse, la tenuta dei sistemi nazionali di diritto del lavoro dalle pressioni della crisi economica (dalle tentazioni o dai rischi di *dumping* sociale che questa può ingenerare).

Si concretizza in queste direttive il compito in qualche modo costitutivo della politica sociale comunitaria, così come pensata dal Trattato CEE: quello della difesa dei sistemi nazionali dalle spire del *dumping* sociale e della concorrenza al ribasso sugli *standard* di tutela dei lavoratori³⁹. Un compito che è sì ancillare e strumentale rispetto al corretto funzionamento del mercato comune, ma che è ad un tempo coerente con la prioritaria esigenza di preservare intatta – appunto correggendo e orientando il gioco della concorrenza intracomunitaria – la sovranità sociale degli Stati membri. Sull'opzione in principio astensionistica sul piano delle politiche sociali – evidente

³² Cfr. solo M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 9 ss.

³³ G. Esping-Andersen (ed.), *Welfare States in Transition. National Adaptations in Global Economies*, London, SAGE, 1996.

³⁴ Cfr. l'ampia analisi comparata curata da F. W. Scharpf e V. A. Schmidt, *Welfare and Work in the Open Economy. Diverse Responses to Common Challenges*, Oxford, Oxford University Press, 2000 (in due volume). Per l'Italia v. principalmente T. Treu, *Politiche del lavoro. Insegnamenti di un decennio*, Bologna, il Mulino, 2003, e M. Ferrera, E. Gualmini, *Salvati dall'Europa? Welfare e lavoro in Italia fra gli anni '70 e gli anni '90: la riforme già fatte e quelle che restano da fare*, Bologna, il Mulino, 1999, ai quali adde – volendo – M. Cinelli, S. Giubbboni, *Il diritto della sicurezza sociale in trasformazione*, Torino, Giappichelli, 2005.

³⁵ M. Shanks, *European Social Policy, Today and Tomorrow*, Oxford, Pergamon Press, 1977, pp. 6-7, si spinse a parlare, con incauta enfasi, di un *new deal* europeo.

³⁶ Per distinguerla da quella "coesiva", tesa cioè alla promozione di valori sociali comuni svincolati dalla logica del funzionamento del mercato integrato: v. M. D'Antona, *Sistema giuridico comunitario*, in A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, Monduzzi Editore, 1996, pp. 3 ss., spec. p. 22.

³⁷ Quella del 1975 sui licenziamenti collettivi, quella del 1977 sul trasferimento d'azienda e infine quella del 1980 sulla tutela dei lavoratori di fronte all'insolvenza dell'impresa.

³⁸ S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo*, in B. Caruso, S. Sciarra (a cura di), *Il lavoro dipendente*, vol. V del *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, Torino, Giappichelli, 2009, p. 9 (delle bozze di stampa).

³⁹ V. *ex multis*, da ultimo, C. Barnard, *Social policy revisited in the light of the constitutional debate*, in Ead. (ed.), *The Fundamentals of EU Law Revisited. Assessing the Impact of the Constitutional Debate*, Oxford, Oxford University Press, 2007, pp. 109 ss., spec. pp. 112-113, e – tra i cultori del diritto della concorrenza – L. W. Gormley, *Competition and free movement: is the internal market the same as a common market?*, in *European Business Law Review*, 2002, pp. 517 ss., spec. p. 518.

nella prefigurazione delle esilissime basi giuridiche *ex artt.* 117 e seguenti del Trattato CEE del 1957 – deve prevalere, in altre parole, una precisa garanzia di intervento eteronomo comunitario⁴⁰, in chiave di imperativa armonizzazione “nel progresso” (e verso l’alto), tutte le volte che i fallimenti del mercato comune possano mettere a repentaglio, innescando forme di concorrenza al ribasso, la piena capacità dei sistemi nazionali di assicurare elevati livelli di protezione sociale all’interno dei propri confini.

In mancanza di basi adeguate (o meglio, costretto a muoversi dentro gli angusti limiti funzionali disegnati dal Trattato CEE), per quanto perseguito “con audacia e fantasia innovativa”, “l’obiettivo della armonizzazione legale, cioè della normativa di intervento diretto sugli ordinamenti nazionali”⁴¹, rileverà tuttavia ben presto la sua fragilità, esposto come era (e come è) alle variabili contingenze del compromesso e del sempre più difficile consenso politico prodotto dalla negoziazione intergovernativa comunitaria⁴². L’“età dell’oro della regolazione delle direttive” – pur con i suoi innegabili successi nella “effettiva armonizzazione nel progresso”⁴³, anche in aree di grande rilievo per i sistemi nazionali di diritto del lavoro – declina in un breve volger di tempo.

Il grande progetto di rilancio del processo integrativo disegnato dal *Libro bianco* del 1985 sul mercato interno segnerà anche simbolicamente un punto di svolta nella costruzione comunitaria. Lo “spazio sociale europeo”, visto in funzione di compensazione dell’approfondimento delle dinamiche concorrenziali nel grande mercato senza frontiere interne, verrà ridisegnato a partire dall’Atto unico attorno ad obiettivi, e soprattutto in funzione di tecniche di intervento e regolazione, sostanzialmente nuovi. Pur guadagnando nuove basi giuridiche – autonome (per quanto limitate) rispetto a quelle funzionali alla instaurazione del mercato interno – l’armonizzazione sociale per direttive riorienta decisamente i propri obiettivi verso modelli di intervento minimo compatibili con le nuove istanze poste a fondamento del processo integrativo, e ben presto si incammina verso quella strada di “mimalismo regolatorio”⁴⁴ lungo la quale cominceranno ad assumere progressiva prevalenza altre forme di intervento sopranazionale, di nuova generazione⁴⁵, meno invasive, post-regolative, miranti al coordinamento (o al più alla convergenza) di carattere politico, piuttosto che alla standardizzazione normativa⁴⁶, e nelle quali l’armonizzazione è pensata, semmai, come aveva avvertito D’Antona, come processo (governato) di differenziazione⁴⁷.

4.- *La crisi del compromesso originario e l’emersione dell’asimmetria costituzionale tra costruzione del mercato unico e autonomia dei modelli sociali nazionali*

⁴⁰ Sia pure avvalendosi di una base giuridica come quella offerta dal vecchio art. 100 del Trattato CEE.

⁴¹ T. Treu, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 33.

⁴² È d’obbligo il rinvio almeno alla classica analisi di J. H.H. Weiler, *The Community system: the dual character of supranationalism*, in *Yearbook of European Law*, 1981, 1, pp. 257 ss., sulla asimmetria/interdipendenza tra “*legal supranationalism*” e “*political intergovernmentalism*”, analisi di cui condivide assunti centrali la parallela, e pure classica, elaborazione delle “trappole della decisione congiunta” di F. W. Scharpf, *The joint-decision trap: lessons from German federalism and European integration*, in *Public Administration*, 1988, pp. 239 ss., ora rivisitata in Id., *The joint-decision trap revisited*, in *Journal of Common Market Studies*, 2006, pp. 845 ss.. V. inoltre C. Joerges, “*Deliberative political processes*” revisited: *what have we learnt about the legitimacy of supranational decision-making?*, *ivi*, pp. 779 ss.

⁴³ Ancora Treu, *op. cit.*, p. 34. E si veda anche Id., *L’Europa sociale: problemi e prospettive*, in *Dir. rel. ind.*, 2001, pp. 307 ss., spec. p. 311.

⁴⁴ Cfr. S. Simitis, A. Lyon-Caen, *Community labour law: a critical introduction to its history*, in P. Davies *et al.*, *European Community Labour Law*, cit., pp. 1 ss., spec. pp. 8-9.

⁴⁵ La stessa macro-contrattazione collettiva delle parti sociali europee, istituzionalizzata a partire dall’Accordo sulla politica sociale allegato al Trattato di Maastricht, appartiene a pieno titolo allo strumentario delle “risorse regolative” di nuova generazione della Comunità: cfr. A. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell’ordinamento giuridico comunitario*, Milano, Giuffrè, 1999.

⁴⁶ V. su tutto la sintesi di M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, Promodis Italia Editrice, 2000, cap. III.

⁴⁷ Cfr. M. D’Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell’Unione europea* (1994), ora in Id., *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro – Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. Caruso e S. Sciarra, Milano, Giuffrè, 2000, pp. 325 ss., in part. pp. 336 ss.

Si è più volte rammentato che nell'originario equilibrio congegnato dai Trattati istitutivi "costituzione economica" e "costituzione sociale" appartengono a due sfere sostanzialmente distinte, nella misura in cui rientrano, l'una, quantomeno nelle sue proiezioni sopranazionali, nel dominio dell'ordinamento comunitario, l'altra, nel dominio degli ordinamenti nazionali. Non esiste, in questa configurazione idealtipica, come non è effettivamente esistito in una prima fase del processo d'integrazione, un *deficit* sociale europeo, nonostante la pressoché completa assenza di competenze della Comunità, per la fondamentale ragione che la dimensione sociale è interamente esaurita dentro la sfera delle costituzioni e dei processi politici democratici degli Stati membri. Il radicamento sociale del mercato comune e dell'Europa comunitaria è difatti interamente realizzato dalle costituzioni e dalle istituzioni democratiche nazionali, le quali ovviamente includono nel loro perimetro l'autonomia sociale originaria riconosciuta e garantita *in primis* in capo alle organizzazioni sindacali.

Il *deficit* sociale europeo, così come viene concettualizzato a partire dai primi anni ottanta, origina dalla rottura di quell'equilibrio, e segnata dal fatto che – mentre la continua espansione delle competenze comunitarie non riesce, nonostante i progressi compiuti in questo stesso ambito, soprattutto col Trattato di Amsterdam del 1997, a produrre adeguate risposte compensative nella sfera delle politiche sociali – i principi della costituzione economica europea si impongono sempre più in profondità, "infiltrandosi"⁴⁸ per via di "integrazione negativa" ben oltre i confini originariamente segnati dai Trattati istitutivi, sino al punto di porre limiti penetranti sia ai legislatori nazionali sia, più recentemente, alla stessa autonomia delle parti sociali, praticamente in ogni area un tempo riservata alla loro "sovranità sociale".

Se ci si pone ancora nell'ottica degli epigoni della Scuola ordoliberal, la rottura di quell'equilibrio è invero realizzata essenzialmente dalla indebita espansione, inarrestabile dopo il Trattato di Maastricht, delle competenze della Comunità in sfere di azione – quali ad esempio la politica industriale, o la stessa politica sociale – che eccedono le risorse di legittimazione disponibili alle istituzioni sopranazionali, proprio perché immerse in una dimensione eminentemente politica⁴⁹. Ma nella prospettiva qui proposta, è evidente come il più rilevante punto di rottura di quell'equilibrio stia nella sempre più pervasiva penetrazione dei vincoli posti dal diritto comune della concorrenza e del mercato – il nerbo della costituzione economica comunitaria – direttamente dentro la sfera delle politiche pubbliche e dei diritti sociali nazionali⁵⁰. È e resta questo, infatti, il punto più critico di intersezione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale nella vicenda storica della tutela dei diritti sociali nello spazio costituzionale europeo, mentre gli sforzi diretti a costruire una dimensione autenticamente europea di politiche sociali – sorretta e indirizzata dal riconoscimento, a quel livello, di principi e diritti sociali fondamentali – appaiono essenzialmente come il tentativo, sempre più arduo dopo il grande allargamento del 2004, di compensare la straordinaria espansione del processo d'integrazione mercantile registratasi negli ultimi vent'anni.

I tentativi di trovare un nuovo equilibrio tra diritti sociali e libertà di mercato – di ricostruire una *social embedness* del mercato unico europeo, per evocare di nuovo l'efficace espressione di ascendenza polanyiana⁵¹ – si svolgono in un clima di grande incertezza, e gli approdi auspicati sembrano tanto lontani, quanto confuse e incerte risultano le indicazioni che provengono dalle

⁴⁸ Come scrisse in un articolo divenuto famoso G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, p. 313.

⁴⁹ V. E. Streit, W. Mussler, *The economic constitution of the European Community: from "Rome" to "Maastricht"*, in *European Law Journal*, 1995, pp. 5 ss.

⁵⁰ Il panorama della letteratura sul tema è notoriamente vastissimo: ci limitiamo perciò a richiamare – oltre al classico G. Lyon-Caen, *L'infiltration du Droit du travail*, cit., e ai noti studi di P. Davies, *Market integration and social policy in the Court of Justice*, in *Industrial Law Journal*, 1994, pp. 49 ss., e di M. Roccella, *Tutela della concorrenza e diritti fondamentali nella giurisprudenza della Corte di giustizia* (1993), poi in Id., *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, pp. 25 ss. – la recente, magistrale sintesi di Lord Wedderburn of Charlton, *Labour law 2008: 40 years on*, in *Industrial Law Journal*, 2007, pp. 397 ss.

⁵¹ V. J. G. Ruggie, *International regimes, transactions and change: embedded liberalism in the postwar economic order*, in *International Organization*, 1982, pp. 379 ss., e, volendo, Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, cit., pp. 17 ss.

concrete dinamiche di interazione tra ordinamento comunitario e nazionale e, in specie, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. L'epicentro della rottura del compromesso costituzionale delle origini, forse prima e più ancora che nella nuova architettura dell'unione monetaria europea disegnata a Maastricht⁵², va infatti ai nostri fini essenzialmente individuato nella giurisprudenza della Corte di giustizia sui rapporti tra i sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale ed i principi della costituzione economica comunitaria, sia sul versante delle regole in materia di concorrenza⁵³, sia – con particolare enfasi negli ultimi tempi – sul versante presidiato dalle libertà economiche fondamentali (di circolazione delle merci e, soprattutto, dei servizi). L'asimmetria costituzionale tra principi che presiedono alla costruzione del mercato europeo e autonomia dei sistemi sociali nazionali origina principalmente da qui.

La straordinaria complessità e ramificazione di questa giurisprudenza impedisce, peraltro, in questa sede, di tentare anche solo una sintesi degli approdi più significativi della medesima. Si ha del resto l'impressione che essi non siano, almeno oggi, più riconducibili ad un quadro unitario, e che il panorama si presenti, al contrario, significativamente differenziato⁵⁴, specie mettendo a confronto il percorso compiuto dai giudici di Lussemburgo nell'applicazione del diritto comune della concorrenza ad istituti tipici del diritto del lavoro e della sicurezza sociale – vicenda, questa, che ha conosciuto un graduale temperamento dei primitivi indirizzi, con una sorta di *décalage* dalle ragioni del mercato verso un apprezzamento sempre più attento delle ragioni della solidarietà⁵⁵ e delle finalità sociali protette dagli ordinamenti nazionali⁵⁶ – col quadro che emerge, più di recente, dalla giurisprudenza in tema di libertà di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, dove si concentrano, viceversa, le più forti tensioni tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali⁵⁷.

I limiti di questo contributo impongono inevitabilmente di restringere il campo d'osservazione, selezionando i materiali giurisprudenziali nei quali può dirsi oggi che più acutamente si manifesti la crisi del modello originario di separazione/non interferenza "virtuosa" tra costituzione economica comunitaria e costituzione sociale nazionale. E poiché è nel campo delle libertà economiche fondamentali – dapprima in quello della circolazione delle merci, con successiva estensione a quello della prestazione dei servizi – che si è originato, storicamente, il principio regolativo speculare (e tendenzialmente alternativo) a quello dell'armonizzazione nella sua concezione tradizionale, è su questo centrale profilo della costituzione economica comunitaria che sarà concentrata l'attenzione nei prossimi paragrafi.

5.- Dall'armonizzazione nel progresso alla competizione regolativa tra sistemi sociali nazionali

È sin troppo noto come il principio del mutuo riconoscimento – cardine del grande progetto di rilancio del mercato interno nel *Libro bianco* del 1985 – abbia avuto origine nel campo della libera circolazione delle merci con le celebri sentenze *Dassonville*⁵⁸ e *Cassis de Dijon*⁵⁹. Quella giurisprudenza fu alla base di un'autentica rivoluzione copernicana nelle tecniche – e nei sottostanti principi costituzionali – di costruzione giuridica del mercato integrato. Con essa si è

⁵² Sulla quale v. comunque i contributi di Cesare Pinelli e Antonio Brancasi in questo volume.

⁵³ Sulle quali, con particolare riguardo agli aiuti di stato, v. il capitolo di Gian Luigi Tosato. Ma v. anche, sotto altro profilo, il contributo di Roberta Bortone.

⁵⁴ È quanto emerge dalla più recente e organica ricerca in materia: v. S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, il Mulino, 2007.

⁵⁵ Un ruolo decisivo ha giocato a questo riguardo la giurisprudenza sull'art. 86.2 del Trattato CE: si rinvia al capitolo di Vincenzo Cerulli Irelli ed alla recente ricerca di G. Caggiano, *La disciplina dei servizi economici di interesse generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, Giappichelli, 2008.

⁵⁶ Molto significative della valorizzazione delle finalità sociali perseguite dagli istituti previdenziali nazionali (nella specie, da una cassa tedesca per la gestione dell'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro) sono, ad esempio, le recenti conclusioni dell'Avvocato generale Mazák nella causa C-350/07, *Kattner Stahlbau c. Maschinenbau - und Metall - Berufsgenossenschaft* (di cui v. in part. par. 43 e 45).

⁵⁷ In questo volume il tema è più diffusamente trattato da Tiziano Treu; ma v. anche *infra*, § 6 e 7.

⁵⁸ Corte di giustizia CE, 11 luglio 1974, causa 8/4, in *Racc.*, 1974, p. 837.

⁵⁹ Corte di giustizia CE, 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Racc.*, 1979, p. 649.

infatti per la prima volta affermato “un vero e proprio diritto di accesso al mercato, in tutto lo spazio europeo, per tutte le merci che siano state legalmente prodotte in ciascuno Stato membro, secondo le regole proprie dello Stato di origine”⁶⁰.

Se lo si assume nella sua versione idealtipica e pura – come tale mai attuata nella concreta vicenda della implementazione del progetto del mercato interno, che ha comportato un vastissimo processo di ri-regolazione, seppur di nuova generazione – il principio del mutuo riconoscimento rovescia l’ipostazione sino ad allora seguita dalle istituzioni comunitarie. In luogo della elaborazione minuta di *standard* comuni mediante pesanti direttive di dettagliata armonizzazione quale preconditione della circolazione delle merci nel mercato comune, si afferma un processo inverso, *bottom-up*, di liberalizzazione guidata dalla equivalenza presunta tra gli *standard* stabiliti rispettivamente nel paese d’origine e in quello di destinazione. Da un lato l’armonizzazione viene limitata al rispetto dei livelli minimi di sicurezza, affidati a un processo di regolazione tecnica ampiamente delegato ad organismi di standardizzazione; dall’altro l’accesso al mercato del produttore straniero può essere eccezionalmente limitato solo in presenza di ragioni imperative di interesse generale, che consentano di superare, derogandovi, al criterio della equivalenza presunta (*id est*, della legittima immissione del bene alla stregua delle regole dello Stato d’origine).

Nella sua configurazione stilizzata, il principio del mutuo riconoscimento (o di equivalenza) costituisce così una tecnica di integrazione del mercato radicalmente alternativa a quella della armonizzazione eteronoma “verso l’alto”⁶¹, perché affida al gioco degli arbitraggi tra le diverse regole presenti nello spazio comune la selezione degli *standard* normativi ritenuti più idonei ed appropriati dagli operatori del mercato. La “scelta del diritto” diventa appannaggio degli operatori economici⁶², i quali saranno indotti ad effettuarla – ben oltre i tradizionali congegni internazionalprivatistici – operando appropriati arbitraggi nel “mercato delle regole” in una logica di schietta concorrenza tra ordinamenti giuridici⁶³. Il governo delle differenze cessa di essere guidato dall’alto, con tutte le difficoltà del farraginoso processo politico-legislativo comunitario di vecchia generazione, per essere lasciato ad un gestione decentrata, improntata a criteri di razionalità economica, e solo il parziale intervento correttivo dell’armonizzazione minima degli essenziali *standard* di sicurezza pone un antidoto istituzionale ai rischi di competizione deregolativa e di *race to the bottom*.

I sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale sono rimasti in un primo tempo immuni – almeno direttamente – dalle nuove dinamiche di competizione regolativa innescate dalla istituzionalizzazione del mutuo riconoscimento quale principio cardine della libera circolazione delle merci nel mercato interno. I tentativi di mettere in discussione col grimaldello dell’art. 28 (ora 30) del Trattato CE la legittimità di ostacoli alla importazione delle merci derivanti da regole classiche (indistintamente applicabili) di diritto del lavoro, quali quelle sul divieto di lavoro domenicale (o di apertura festiva degli esercizi commerciali), dopo prime incertezze giurisprudenziali, sono stati infatti come noto scongiurati – pur non senza difficoltà e ambiguità – dalla Corte di giustizia⁶⁴. Il collegamento tra la sfera della regolazione del mercato del lavoro e la sfera delle politiche regolative con le quali gli Stati membri possono effettivamente incidere restrittivamente, seppur solo in potenza, sull’accesso transfrontaliero al mercato delle merci è in effetti troppo rarefatta, come la stessa Corte si sarebbe incaricata di precisare nel 1993,

⁶⁰ Torchia, *Il governo delle differenze*, cit., p. 75.

⁶¹ V. W. Streeck, *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un’economia non regolata?*, in *Stato e Mercato*, 1990, pp. 29 ss.

⁶² Cfr. M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004.

⁶³ V. in generale il volume curato da A. Zoppini, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma e Bari, Laterza, 2004, e – per le ricadute sui sistemi di diritto del lavoro – A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in A. Plaia (a cura di), *La competizione tra ordinamenti giuridici. Mutuo riconoscimento e scelta della norma più favorevole nello spazio giuridico europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, pp. 73 ss.

⁶⁴ V. per tutti M. Roccella, “Ricordati di santificare le feste”. *Note sulla questione del riposo domenicale*, in Id., *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, cit., pp. 85 ss.; M. Poiars Maduro, *Never on Sunday – What has (EU) law got to do with it?*, in S. Sciarra (ed.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Hart Publishing, Oxford, 2001, pp. 273 ss.

introducendo, con la famosa sentenza *Keck*, la nota distinzione tra norme tecniche e norme sulle modalità di vendita⁶⁵.

Il discorso cambia però radicalmente nel caso della libera prestazione dei servizi: tutte le volte in cui nel suo esercizio l'impresa stabilita in un altro Stato membro si avvalga, come in principio è evidentemente legittimata a fare, dei propri dipendenti, distaccandoli temporaneamente nel territorio del paese di destinazione della prestazione, le norme lavoristiche protettive di quest'ultimo possono infatti costituire un ostacolo indistintamente applicabile nell'ottica dell'art. 49 del Trattato CE. È perciò solo con l'espansione del principio del mutuo riconoscimento nella variante lessicale aggiornata del "paese d'origine" al campo proteiforme della libera circolazione dei servizi, quale definitivamente sancita dal *leading case Säger* del 1991⁶⁶, che la logica della concorrenza tra ordinamenti entra a vele spiegate nei territori occupati dai diritti del lavoro nazionali⁶⁷.

I sistemi di diritto del lavoro erano del resto già stati lambiti qualche tempo prima dall'inarrestabile *spill-over* della libertà di prestazione dei servizi. Nella sentenza *Rush Portuguesa*⁶⁸ i giudici di Lussemburgo avevano chiaramente attratto la mobilità dei lavoratori temporaneamente distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi⁶⁹ (nella specie, l'esecuzione di un appalto transnazionale) nell'orbita regolativa dell'art. 49 del Trattato CE, staccandola da quella – cui sino ad allora si era sempre guardato – dell'art. 39 del medesimo Trattato⁷⁰. La Corte aveva così chiarito che – in tali fattispecie – si sarebbero dovuti tenere in considerazione i principi elaborati nella interpretazione dell'art. 49 del Trattato CE, quali appunto di lì a poco affinati col passaggio dal divieto delle (sole) misure di carattere (pur indirettamente) discriminatorio in ragione della nazionalità, al divieto di qualunque ostacolo, indistintamente applicabile e perciò anche non discriminatorio, che non fosse giustificabile in ragione di esigenze imperative nel rispetto del criterio di proporzionalità⁷¹. Il principio di piena parità di trattamento dei lavoratori in base alla

⁶⁵ La distinzione, peraltro problematica in sé e meglio chiarita solo dalla successiva giurisprudenza, fu come noto enunciata per la prima volta nella sentenza del 24 novembre 1993 nelle cause riunite C-267 e C-268/91, *Keck e Mithouard*, in *Racc.*, 1993, I, p. 6097. Sui risultati dell'ampio dibattito dottrinale suscitato dalla pronuncia v. per tutti L. Daniele, *Diritto del mercato unico europeo*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 73 ss., e C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oxford, Oxford University Press, 2004, pp. 128 ss.

⁶⁶ Corte di giustizia CE, 25 luglio 1991, causa C-76/90, in *Racc.*, 1991, I, p. 4221. In essa la Corte afferma per la prima volta in maniera netta il principio per cui l'art. 49 del Trattato CE prescrive non solo l'eliminazione di qualsiasi discriminazione nei confronti del prestatore di servizi a causa della sua nazionalità, ma anche la soppressione di qualsiasi restrizione, anche qualora essa si applichi indistintamente ai prestatori nazionali ed a quelli degli altri Stati membri, allorché essa sia tale da vietare o ostacolare in altro modo le attività del prestatore stabilito in altro Stato membro dove fornisce servizi analoghi.

⁶⁷ Si rinvia all'ampia analisi di U. Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione di servizi nella CE*, in *Riv. giur. lav.*, 2007, I, pp. 33 ss.

⁶⁸ Corte di giustizia CE, 27 marzo 1990, causa C-113/89, in *Racc.*, 1990, I, p. 1417.

⁶⁹ La mobilità "all'interno dell'impiego", governata appunto dai principi sottostanti all'art. 49 del Trattato CE, come si sarebbe di lì in avanti detto in dottrina per distinguerla dalla mobilità "verso l'impiego", la sola ormai regolata dall'art. 39 e dalle relative norme derivate; v. tra gli altri Roccella, Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, cit., p. 143.

⁷⁰ Cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 62 ss., spec. pp. 70 ss.

⁷¹ È il passaggio, consumato in materia di servizi con *Säger*, che Barnard, *op. ult. cit.*, pp. 18-19, ha efficacemente descritto in termini di slittamento dal modello di giudizio centrato sulla non-discriminazione a quello basato sull'accesso al mercato, in cui la Corte sottopone a scrutinio, applicando rigorosamente i noti *test* di necessità e proporzionalità, anche le misure indistintamente applicabili. Non è necessario sottolineare la sostanziale differenza tra i due modelli di giudizio, laddove nel primo il perno regolativo della prestazione dei servizi resta, tendenzialmente, lo Stato ospitante, mentre il secondo sposta di massima sul paese d'origine la competenza a regolare la fattispecie. La prima formulazione della proposta "Bolkestein", poi approvata con rilevanti modifiche come direttiva 2006/123, non faceva che codificare nella forma per così dire più pura e quasi sublimata (v. il primitivo testo dell'art. 16) questo principio di chiara derivazione (e *acquis*) giurisprudenziale. Con riguardo alla sfera della libera circolazione delle merci la più importante elaborazione del rilievo costituzionale di tali principi resta quella proposta dell'influente libro di M. Poiares Maduro, *We, the Court - The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 of the EC Treaty*, Hart Publishing, Oxford, 1998, cui *adde* almeno J. H.H. Weiler, *The constitution of the common market place: text and context in the evolution of the free movement of goods*, in P. Craig, G. De Búrca (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 349 ss.

legislazione del paese ospitante ai sensi dell'art. 39 del Trattato CE non avrebbe più potuto costituire il referente normativo utile ai fini della regolazione di tali forme di mobilità temporanea e indiretta della manodopera nel mercato interno⁷².

In un assai controverso passaggio della pronuncia, la Corte, nel dichiarare l'illegittimità dell'obbligo di previa autorizzazione imposto nella specie dalla Francia, si era peraltro anche premurata di rassicurare gli Stati membri destinatari dei servizi sulla possibilità di continuare ad applicare i propri (più elevati) *standard* di protezione del lavoro, tanto se imposti dalla legge, quanto se previsti dai contratti collettivi. La Corte riconosceva perciò – sia pure ambigualmente – la legittimità della esigenza di preservare in capo agli Stati membri uno spazio di “sovranità sociale” nella determinazione delle condizioni di lavoro da applicare anche ai lavoratori che fossero solo temporaneamente distaccati nel proprio territorio per la esecuzione di un servizio, sia pure compatibilmente con i principi posti dall'art. 49 del Trattato CE.

Si tratta di un passaggio molto significativo: seppure in maniera ancora embrionale e solo implicita⁷³, la Corte di giustizia vi riconosce che la difesa dal *dumping* sociale – che nel modello storico aveva costituito la prima *ratio* della politica sociale di armonizzazione “nel progresso”, ormai irrimediabilmente in crisi – diviene, nel nuovo contesto, una potenziale ragione di giustificazione della norma protettiva nazionale nel caso in cui la sua legittimità venga messa in discussione *sub specie* di ostacolo alla libertà di prestazione intracomunitaria di un servizio. La prospettiva originaria vi è *in nuce* completamente capovolta: la difesa dai rischi di *dumping* sociale non costituisce più l'innescio di un processo di armonizzazione verso l'alto degli *standard* di protezione, essendo la generalizzazione dei livelli di tutela più garantistici ormai impensabile nell'Europa allargata⁷⁴, ma rappresenta piuttosto una ragione di giustificazione della legittimità della misura nazionale di maggior favore per il lavoratore distaccato, sia pure sotto il vincolo del controllo di adeguatezza/proporzionalità ai sensi dell'art. 49 del Trattato CE⁷⁵.

È una svolta concettuale gravida di tensioni e – forse – di irriducibili elementi di contraddizione⁷⁶: la giustificazione fondata sulla difesa dal *dumping* sociale mira, infatti, necessariamente a proteggere il sistema normativo e il mercato del lavoro nazionale contro l'ingresso dei più bassi *standard* di tutela dal paese di origine del prestatore del servizio, con tutto il loro potenziale carico deregolativo e destrutturante della autonomia normativa dello Stato membro ospitante. Senonché, come vedremo meglio tra breve, l'intero impianto della direttiva 96/71/CE, faticosamente costruita sullo scivoloso crinale di bilanciamento indicato da *Rush Portuguesa*, è centrata sulla protezione sociale del lavoratore temporaneamente *distaccato*, mettendo in secondo piano – rispetto a ciò – la funzione di determinazione di eque condizioni di concorrenza nel mercato comune. Far transitare questa funzione attraverso la protezione dei *lavoratori stranieri distaccati*⁷⁷ determina, però, inevitabili tensioni col fine di scongiurare il *dumping* sociale a difesa delle condizioni economiche e normative applicate ai *lavoratori nazionali*: le numerose controversie originate dall'implementazione della direttiva del 1996 dimostrano che gli interessi dei primi (a

⁷² Per una più articolata elaborazione di tali aspetti si rinvia a S. Giubboni, G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell'Unione europea. Principi e tendenze*, Bologna, il Mulino, cap. II e IV.

⁷³ Ma la Corte di giustizia avrebbe successivamente reso esplicito questo innovativo passaggio concettuale: cfr. le sentenze rese nelle cause C-60/03, *Wolff & Müller* (punto 41), C-244/04, *Commissione c. Germania* (punto 61), e soprattutto nelle notissime cause C-341/05, *Laval* (punto 103), e C-438/05, *Viking* (punto 77), pubblicate, queste ultime, tra l'altro, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, pp. 243 ss., con ampio commento critico di M. Corti, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro nell'Europa sociale*, *ivi*, I, pp. 249 ss. (spec. p. 263 per la sottolineatura di tale innovazione nella giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo).

⁷⁴ Già nell'Europa allargata a Spagna e Portogallo, cui si riferiva il caso *Rush Portuguesa*, e *a fortiori* oggi, nell'Unione europea a ventisette.

⁷⁵ Cfr. C. Barnard, *Employment Rights, Free Movement Under the EC Treaty and the Service Directive*, Europa Institute, Mitchell Working Paper Series, 5/2008, spec. pp. 6-7.

⁷⁶ Li mette in rilievo, con la consueta lucidità, G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 237 ss., sul punto pp. 270-272. Ma v. già in precedenza la classica analisi di P. Davies, *Posted Workers Directive: single market or protection of national labour law systems?*, in *Common Market Law Review*, 1997, pp. 571 ss.

⁷⁷ V. anche le acuminata osservazioni di N. Reich, *Free movement vs. social rights in an enlarged Union – the Laval and Viking cases before the ECJ*, in *German Law Journal*, 2008, n. 2, pp. 125 ss., sul punto pp. 139 e 141.

sfruttare il vantaggio competitivo derivante dal minor costo del lavoro del paese d'origine per reperire temporanee occasioni di impiego nel paese di esecuzione della prestazione del servizio) sono spesso in contrasto con quelle di secondi.

Non sorprende allora che la disciplina in materia di distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione intracomunitaria di servizi sia diventato il banco di prova – simbolico e pratico – della capacità di tenuta dei sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri (*i.e.*, delle legittime differenze dei modelli sociali nazionali) di fronte alla pervasiva applicazione del divieto di ostacoli non discriminatori al prestatore comunitario di servizi, col potenziale deregolativo ad esso sotteso⁷⁸. Il nuovo, decisivo banco di prova della possibilità di riequilibrare l'asimmetrico rapporto tra libertà economiche comunitarie e diritti sociali nazionali originato dalla crisi del modello costituzionale "binario" delle origini.

6.- Il caso paradigmatico del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi

Data la sua compromissoria e limitata funzione, la direttiva 96/71/CE non contiene norme di armonizzazione, neanche parziale, delle legislazioni del lavoro degli Stati membri, non dettando *standard* di tutela materiale in favore dei lavoratori subordinati coinvolti nelle tre fattispecie di distacco che essa stessa definisce per delimitare il proprio raggio di applicazione⁷⁹. Essa si limita a coordinare i sistemi di diritto del lavoro degli Stati membri, stabilendo entro quali limiti debba (par. 1 dell'art. 3) o possa (par. 10 della stessa disposizione) applicarsi la legislazione (o la contrattazione collettiva: par. 8) dello Stato membro in cui è fornita la prestazione lavorativa in regime di distacco. In tal senso – come ha riconosciuto la stessa giurisprudenza comunitaria – la direttiva si configura quale speciale strumento di diritto internazionale privato in quanto concorre a dare soluzione al problema della determinazione della disciplina applicabile ai lavoratori dipendenti da operatori economici che erogano servizi transfrontalieri mediante distacco del proprio personale, integrando le previsioni contenute nell'art. 7 della Convenzione di Roma sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali⁸⁰.

L'art. 3.1 della direttiva definisce anzitutto il nucleo minimo di tutela imperativa che lo Stato membro ospitante è tenuto ad assicurare al lavoratore temporaneamente distaccato nel suo territorio, a prescindere da quale sia legge applicabile al rapporto di lavoro. L'elenco delle materie che formano tale nucleo imperativo di tutela include le norme – risultanti da disposizioni legislative, regolamentari, amministrative o da accordi collettivi dichiarati di applicazione generale – relative ai periodi massimi di lavoro e minimi di riposo, alla durata minima delle ferie annuali retribuite, alle tariffe minime salariali (comprese le maggiorazioni per lavoro straordinario), alle condizioni di cessione temporanea dei lavoratori, alla tutela delle condizioni di lavoro di gestanti o puerpere e di bambini e giovani, ed infine alla parità di trattamento fra uomo e donna nonché alle altre disposizioni in materia di divieti di discriminazione. Si tratta di materie che da un lato costituiscono l'ossatura del diritto del lavoro comunitarizzato, cioè oggetto di normativa

⁷⁸ V., tra i tanti, e limitandoci qui alla dottrina italiana, oltre agli autori citati nelle note precedenti, M. V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Int.-55/2007; F. Bano, *Diritto del lavoro e libera prestazione dei servizi nell'Unione europea*, Bologna, il Mulino, 2008. Per ulteriori riferimenti al vivace dibattito suscitato in Europa dalle sentenze *Viking* e *Laval* (citate alla nota 73), v. anche il § seguente.

⁷⁹ Le ipotesi sono quelle: del distacco nell'ambito di un contratto, tipicamente d'appalto, concluso tra l'impresa che invia il lavoratore e il destinatario della prestazione del servizio; del distacco in uno stabilimento o in un'impresa appartenente al medesimo gruppo; del distacco nel contesto di una fornitura transnazionale di lavoro temporaneo, purché – in tutti i casi – continui a sussistere, tra il lavoratore e il datore distaccante, un rapporto di lavoro (art. 1.3 della direttiva).

⁸⁰ V. ora il regolamento CE n. 593/2008, del 17 giugno 2008, sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

armonizzatoria⁸¹, e che dall'altro possono considerarsi "determinanti ai fini del costo del lavoro (e dunque della concorrenza)"⁸².

La direttiva interviene tuttavia sulla materia con un'altra disposizione, molto più ambigua, e nella quale si riflette tutta l'ambivalenza, se non la contraddittorietà, delle sue effettive finalità, oscillanti, come ricordato, tra promozione della libertà di prestazione dei servizi, sia pure in un clima di leale concorrenza nel mercato comune, e protezione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro. L'art. 3.10 autorizza infatti gli Stati membri, pur nel rispetto del Trattato, ad imporre il rispetto, da un lato, di condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti *materie diverse* da quelle contemplate dal par. 1 del medesimo articolo, "laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico", e dall'altro di condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati, purché a norma del par. 8, che riguardino attività diverse da quelle (del settore edilizio) contemplate nell'allegato della direttiva. Si tratta di una delle norme più problematiche della direttiva, e non è un caso che le numerose controversie interpretative nelle quali è stata ed è impegnata la Corte di giustizia riguardino la delimitazione dei confini di tale sfuggente disposizione.

Le questioni principali si sono peraltro poste sia sul versante delle condizioni di estensione della disciplina contenuta nei contratti collettivi (allorquando questi non siano dotati di effetti *erga omnes* ma risultino in "genere applicabili a tutte le imprese simili", nell'ambito di applicazione territoriale e nella categoria professionale interessata, ovvero siano stati conclusi dalle organizzazioni sindacali più rappresentative sul piano nazionale e siano applicati in tutto il territorio dello Stato: par. 8 dell'art. 3); sia, per l'appunto, in relazione alla delimitazione della nozione di "disposizioni di ordine pubblico". La giurisprudenza stratificatisi in argomento offre un quadro ormai sufficientemente definito sugli orientamenti della Corte, che tra le diverse opzioni interpretative rese possibili dalla trama aperta e in certo modo volutamente ambigua della direttiva ha decisamente scelto quelle di segno più liberale, ovvero più inclini a fare dello strumento legislativo comunitario un potente veicolo di liberalizzazione della prestazione di servizi nel mercato interno, anche oltre quanto la diretta interpretazione dell'art. 49 del Trattato CE avrebbe, con ogni probabilità, potuto consentire⁸³.

Soprattutto con le ultime pronunce⁸⁴, la Corte ha infatti dato della direttiva un'interpretazione "minimalistica"⁸⁵, che ne mina alla radice la logica compromissoria (la sua "doppia anima", come spesso si è detto), nella misura in cui fa di essa uno strumento pressoché esclusivamente deputato alla promozione dell'integrazione negativa del mercato dei servizi in assenza di adeguati contrappesi sul versante della difesa dal *dumping* sociale⁸⁶. Il punto nevralgico di tale interpretazione sta nella restrittiva interpretazione del combinato disposto dei paragrafi 1, 7 e 10 dell'art. 3 della direttiva, alla cui stregua il nucleo di protezione minima definita dalla normativa lavoristica dello Stato ospitante finisce per fissare gli *standard massimi* di tutela legittimamente

⁸¹ V. per tutti M. Magnani, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, pp. 391 ss., spec. p. 394.

⁸² Carabelli, *Una sfida determinante*, cit., p. 46.

⁸³ Come rilevato da in particolare Carabelli, *Un sfida determinante*, cit., e da G. Orlandini, *I lavoratori europei nell'impresa transnazionale orizzontale tra regole sociali e libertà di mercato*, dattiloscritto in corso di pubblicazione (2009).

⁸⁴ Oltre alle celebri e già citate *Viking* e *Laval*, v. le più recenti sentenze del 3 aprile 2008, in causa C-346/06, *Rüffert*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, II, p. 479 (con nota critica di V. Brino, *Gli equilibrismi della Corte di giustizia: il caso Rüffert*), e del 19 giugno 2008, in causa C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*, sulla quale cfr. criticamente G. Orlandini, *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 663 ss.

⁸⁵ S. Borelli, *Social clause in the public contract and Article 49 TEC: bad news! The Rüffert case*, in *Transfer*, n. 4 del 2008.

⁸⁶ Pur con diverse sfumature, i numerosi commenti della dottrina sono in massima parte in questo senso. Oltre agli autori già citati sopra (al § ed alle note precedenti), e limitando i riferimenti alla letteratura in lingua italiana, v. soprattutto M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 371 ss.; U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2008, pp. 147 ss.; B. Veneziani, *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Bari, Cacucci, 2008, tomo II, pp. 1281 ss.; M. Pallini, *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in *Riv. giur. lav.*, 2008, II, pp. 3 ss.; L. Patruno, *La caduta del "principio lavorista". Note a margine di Viking e Laval: un'innovativa giurisprudenza CE fondata su antiche disuguaglianze*, in *Giur. cost.*, 2008, pp. 524 ss.

applicabile ai lavoratori distaccati – nell’ampio senso accolto dalla fonte comunitaria – nell’ambito di una prestazione transnazionale di servizi.

Tali *standard* devono essere perciò identificati “nei livelli minimi di protezione definiti dalla normativa dello Stato ospitante nelle materie elencate dall’art. 3.1. e nelle eventuali ulteriori disposizioni di ordine pubblico identificabili dallo Stato in forza dell’art. 3.10”⁸⁷. Sotto la spinta di tale impostazione liberalizzante, evidentemente favorevole alla massima estensione del vantaggio competitivo derivante dal minor costo del lavoro dei paesi di nuova accessione dell’Est europeo⁸⁸, la direttiva è stata in buona sostanza “trasformata da strumento basato sulla protezione minima dei lavoratori in distacco transfrontaliero a modello che determina il livello massimo di protezione”⁸⁹.

Questa interpretazione “*liberal*”⁹⁰ della disposizione cozza con la *ratio* storica della direttiva e non è affatto imposta dalla lettera dell’art. 3. Una corretta lettura sistematica della disposizione, coerente con la *ratio* della direttiva, era stata persuasivamente proposta dall’Avvocato generale Bot nella conclusioni presentate il 20 settembre 2007 nella causa *Rüffert*, laddove si era chiarito che agli Stati membri nei quali viene eseguita la prestazione, ai sensi dell’art. 3.7, è “consentito migliorare, nelle materie indicate all’art. 3.1 di tale direttiva il livello di protezione sociale che essi intendono garantire ai lavoratori occupati sul loro territorio, e che pertanto potranno applicare ai lavoratori ivi distaccati”⁹¹. Tale disposizione, a differenza di quanto ritenuto dalla Corte, può quindi essere letta nel senso di autorizzare lo Stato membro ospitante alla applicazione, ovviamente nei limiti consentiti dall’art. 49 del Trattato CE⁹², “di una protezione rinforzata a livello nazionale”⁹³.

Non meno discutibile è, d’altra parte, la lettura che la Corte accoglie dell’art. 3.10 della direttiva. Al riguardo, non è tanto criticabile l’interpretazione restrittiva del concetto di ordine pubblico internazionale ivi accolta; interpretazione che porta la Corte ad escludere che possano esser fatte surrettiziamente rientrare nella clausola in parola *tutte* le norme inderogabili di diritto del lavoro dello Stato ospitante⁹⁴. Questa è una affermazione difficilmente contestabile⁹⁵, anche perché coerente con l’elementare principio per cui al prestatore di servizi straniero, già in base all’art. 49 del Trattato CE, non può essere incondizionatamente imposto il rispetto dell’*intero* diritto del lavoro del paese ospitante, pena la violazione dello stesso principio di non

⁸⁷ Così Orlandini, *I lavoratori europei*, cit., p. 15 del dattiloscritto, nel sintetizzare efficacemente i risultati cui la Corte è giunta in *Laval, Rüffert e Commissione c. Lussemburgo*.

⁸⁸ Quasi una compensazione, per via di politica giudiziaria del diritto, della soppressione – invero più nella forma che nella sostanza – del famigerato “principio del paese d’origine” nel paragrafo d’apertura dell’art. 16 della originaria proposta Bolkestein. V. *infra*, nota 97 e testo corrispondente.

⁸⁹ V. Van Den Eeckhout, *Promoting human rights within the Union: the role of European private international law*, in *European Law Journal*, 2008, pp. 105 ss.

⁹⁰ Reich, *op. cit.*, p. 156.

⁹¹ Così al par. 83 delle conclusioni.

⁹² Ovvero nel rispetto del principio di adeguatezza e proporzionalità nella garanzia di un effettivo vantaggio sociale aggiuntivo al lavoratore distaccato.

⁹³ Sempre il par. 83 delle citate conclusioni dell’Avvocato generale Yves Bot. Si vuol dire che almeno nelle materie individuate dall’art. 3.1, come anche in quelle (pur restrittivamente intese) riferibili al concetto di ordine pubblico, la tutela applicabile al lavoratore distaccato deve essere esattamente quella – e tutta quella – valevole, in virtù della legislazione o della contrattazione collettiva generalmente applicabile, nell’ordinamento del paese ospitante, salvo naturalmente il confronto coi livelli di protezione già garantiti nello Stato d’origine. Rispetto alla chiusura dimostrata sul punto dalla Corte in *Laval e Rüffert*, la sentenza *Commissione c. Lussemburgo* sembrerebbe peraltro ammettere – almeno in astratto – l’applicabilità di livelli di tutela più elevati rispetto allo *standard* minimo: ma si tratta di apertura allo stato più teorica che pratica. V. ancora Orlandini, *Ordine pubblico*, pp. 670-671.

⁹⁴ Come pretende, in evidente violazione del diritto comunitario (primario e secondario), il legislatore italiano col d. lgs. n. 72 del 2000; cfr. G. Orlandini, *A proposito del d. lgs. n. 72/2000: considerazioni in merito ad una normativa “fantasma”*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, cit., pp. 785 ss.

⁹⁵ Sia permesso il rinvio a S. Giubboni, *Norme imperative applicabili al rapporto di lavoro, disciplina del distacco ed esercizio di libertà comunitarie*, in *Dir. lav. merc.*, 2008, pp. 558 ss. Semmai, come si dirà al § seguente, la vera questione riguarda la scelta – tutta politica, in quanto non imposta dalla logica del mercato interno dei servizi – di limitare l’autonomia normativa del legislatore e delle parti sociali nazionali al rispetto del rigoroso limite dell’ordine pubblico internazionale.

discriminazione⁹⁶, prima e più ancora che della libertà di accesso al mercato ora codificata in via generale dall'art. 16 della direttiva 2006/123⁹⁷.

Ad essere criticabile, pur dopo i più ampi spiragli aperti da *Commissione c. Lussemburgo*, è il ruolo, davvero minimale e restrittivo, che con la sua interpretazione della norma la Corte assegna alla autonomia collettiva nella determinazione del contenuto degli *standard* di tutela alla stregua della clausola dell'ordine pubblico. Come ha efficacemente puntualizzato Giovanni Orlandini "incrociando" la non agevole lettura di *Laval* e *Commissione c. Lussemburgo*, "l'ordine pubblico non può essere invocato dagli attori sociali (ovvero dai sindacati) per indurre un'impresa di servizi a rispettare le clausole di un contratto collettivo relative a materia diverse da quelle elencate dall'art. 3.1 della direttiva, ma tale nozione resta utilizzabile dallo Stato membro per imporre per via legislativa alle imprese straniere l'applicazione delle medesime clausole; ciò sempre che, naturalmente, sia dimostrata la riconducibilità ad essa delle esigenze che s'intendono tutelare"⁹⁸.

Nella lettura legalistica della Corte, la direttiva finisce così per divenire un formidabile veicolo di competizione deregolativa direttamente all'interno dell'area centrale dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, visto che ad essere posta in discussione è, in buona misura, la stessa funzione "tariffaria" del contratto collettivo⁹⁹. I giudici di Lussemburgo sposano una linea esegetica che riduce drasticamente il ruolo dell'autonomia collettiva, fin quasi ad annullarlo ai livelli decentrati.

Nella sentenza *Rüffert* il disfavore verso meccanismi di sostegno dell'applicazione del contratto collettivo, diversi da quelli strettamente tipizzati dalla direttiva, arriva a mettere in discussione – attraverso un percorso interpretativo viziato da forti elementi di contraddizione – forme di tutela che appartengono a pieno titolo allo strumentario classico del diritto del lavoro e che sono strettamente connesse alla missione fondativa sul quale esso si è costruito come limite invalicabile alla mercificazione del lavoro umano. La Corte ha perentoriamente statuito la contrarietà di un provvedimento legislativo, emanato dall'autorità di uno Stato membro (nella specie, la Germania), che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti di lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati nella esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto pubblico, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo di esecuzione dei lavori in questione. I legislatori nazionali sono dunque avvertiti: norme come quella del *Land* della Bassa Sassonia, o come quella non molto diversa contenuta dell'art. 36 del nostro Statuto dei lavoratori, rischiano di esser giudicate incompatibili con requisiti di "continenza regolativa" imposti dal nuovo corso interpretativo sul mercato interno dei servizi.

Se a ciò si aggiunge – ed è in realtà il profilo più inquietante di questa giurisprudenza¹⁰⁰ – il trattamento che la Corte di giustizia ha riservato nelle sentenze *Viking* e *Laval* agli spazi del conflitto e dell'azione collettiva che impattino con l'esercizio delle libertà economiche fondamentali garantite dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE, il quadro di rottura complessiva degli equilibri costituzionali su cui si è retta storicamente l'Unione, e di conseguente asimmetria tra modelli sociali nazionali e mercato unico europeo, risulta ancor più netto e marcato. Come è stato icasticamente detto, "il diritto di azione collettiva viene ampiamente anestetizzato"¹⁰¹ sulla base di un bilanciamento fittizio, solo proclamato a livello "retorico"¹⁰², con le contrapposte libertà di mercato, le quali vedono viceversa riaffermata una prevalenza assiologica e normativa aprioristica, che stride palesemente con il nuovo tessuto valoriale dell'Unione europea, oltre che col

⁹⁶ V. pure Reich, *op. cit.*, p. 140.

⁹⁷ V. C. Barnard, *Unravelling the Service Directive*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 323 ss.

⁹⁸ Orlandini, *Ordine pubblico*, cit., p. 672.

⁹⁹ Cfr. A. Lo Faro, *Is a Decent Wage Part of a Decent Job? Answers from an Enlarged Europe*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Int.-64/2008, pp. 13 ss.

¹⁰⁰ Per una trattazione esaustiva di tale profilo si rinvia nuovamente al capitolo di T. Treu.

¹⁰¹ Corti, *op. cit.*, p. 250.

¹⁰² Barnard, *Employment Rights*, cit., p. 14.

riconoscimento della centralità dei valori sociali e solidaristici che in altri contesti discorsivi la stessa Corte ha saputo esprimere con grande forza¹⁰³.

7.- *Diritti sociali e libertà di mercato nell'Unione allargata: alla ricerca di nuovi equilibri nel "governo delle differenze"*

È stato osservato da molte parti che una così incisiva erosione per via d'integrazione negativa della sfera di autonomia sociale dei soggetti collettivi e, con essa, delle stesse fondamenta del diritto del lavoro nazionale, rischia di esacerbare, assieme al *deficit* sociale, quello democratico, nella misura in cui corrode – per usare l'espressione di Scharpf – le già esigue risorse di legittimazione democratica orientata all'*input* dell'Unione europea, senza peraltro dare risposte efficaci in termini di *output* politico¹⁰⁴.

Un così forte impulso alla assolutizzazione delle libertà di mercato appare del resto in singolare contrasto, non solo con l'espansione degli obiettivi e della stessa *finalité* sociale dell'Unione, quale emergeva già dal Trattato costituzionale europeo e continua ad emergere per certi versi rafforzata dalla riforma di Lisbona¹⁰⁵, ma con quella stessa giurisprudenza con la quale la Corte è venuta gradualmente elaborando una nozione di solidarietà europea che pare senz'altro suscettibile di ulteriori sviluppi, in funzione sia difensiva della legittima diversità dei modelli sociali nazionali, sia propulsiva di nuove forme di intervento coesivo o redistributivo potenzialmente imputabili al livello di governo sopranazionale.

Basti pensare alla straordinaria opera di "ingegneria sociale" avviata dai giudici di Lussemburgo con l'affermazione, alla stregua dei principi di parità di trattamento e di cittadinanza dell'Unione, di un "certo grado di solidarietà finanziaria"¹⁰⁶ in favore dei cittadini in stato di bisogno che esercitino la propria fondamentale libertà di circolazione in quanto titolari di uno *status civitatis* comune, che come tale si svincola dalla logica funzionale del mercato per radicarsi in una concezione inclusiva di eguaglianza sostanziale¹⁰⁷ e di cittadinanza sociale transnazionale¹⁰⁸. Pur con tutte le perplessità legate a questa "superimposizione d'un sentimento di solidarietà ad un'ignara popolazione"¹⁰⁹ per via giudiziale, resta tuttavia innegabile tutta l'importanza di questa giurisprudenza nella emersione di un'idea di solidarietà sociale transnazionale, riflessiva, legata "non già al processo produttivo o al mercato del lavoro, ma al "luogo" o alla residenza", ma riguardante "i cittadini [europei: n.d.r.] di un dato ambito territoriale"¹¹⁰.

Sono innegabilmente in atto tendenze contraddittorie, anche dentro il corpo in progressiva dilatazione della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ad esempio negli ultimi anni, pur non senza oscillazioni, si è dimostrata assai sensibile alla affermazione di alcune garanzie fondamentali in favore dei lavoratori impiegati in rapporti di lavoro *non standard*, anche per il tramite di una rigorosa applicazione del principio di non discriminazione e di parità di trattamento¹¹¹. Ma è la

¹⁰³ Cfr. in particolare M. Ross, *Solidarietà: un nuovo paradigma costituzionale per l'Unione europea?*, di prossima pubblicazione in *Riv. dir. sic. soc.*, fasc. 2 del 2009.

¹⁰⁴ Cfr. F. W. Scharpf, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, trad. it., Bologna, il Mulino, 1999, pp. 13 ss.

¹⁰⁵ Si pensi in particolare alla formula, riproposta dall'art. 3.3 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea, che vuole l'Unione impegnata ad un modello di sviluppo retto su un'economia sociale di mercato fortemente competitiva. Cfr. in generale G. Bronzini, *Il modello sociale europeo*, in F. Bassanini, G. Tiberi (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, il Mulino, 2008, pp. 109 ss.

¹⁰⁶ Corte di giustizia CE, 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, in *Racc.*, 2001, I, p. 6193, punto 31.

¹⁰⁷ Barnard, *Social policy revisited*, cit., p. 134.

¹⁰⁸ Cfr. M. Paci, *Welfare, solidarietà sociale e coesione della società nazionale*, in *Stato e Mercato*, 2008, pp. 3 ss., spec. pp. 18 ss.

¹⁰⁹ Barnard, *op. ult. cit.*, p. 129.

¹¹⁰ Ancora Paci, *op. cit.*, p. 24.

¹¹¹ Cfr. S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2006, pp. 39 ss.

stessa giurisprudenza sui principi della costituzione economica comunitaria a mostrare, come si è accennato¹¹², tendenze di segno diverso, non riducibili a logiche unitarie¹¹³.

È proprio la fluidità, ed in qualche modo anche l'ineliminabile ambiguità o contraddittorietà dei processi in corso a livello europeo e nazionale, a suggerire che l'atteggiamento giustamente critico nei confronti della giurisprudenza comunitaria sulla libera prestazione dei servizi non deve, tuttavia, anche tradursi in forme di chiusura o arroccamento protezionistico a tutela della intangibilità dei singoli patrimoni costituzionali nazionali, quasi a volerne evidenziare gli aspetti di unicità "idiosincratica" rispetto alla costruzione comunitaria. Il processo di integrazione costituzionale è giunto d'altra parte ad uno stadio così avanzato che è difficile tracciare una sicura linea di confine tra "europeo" e "nazionale"¹¹⁴.

Per questo motivo non convincono le pur autorevoli reazioni critiche che negano *tout court* alla Corte di giustizia la stessa legittimazione a mediare tra la nostra tradizione costituzionale ed i principi costituzionali della *polity* comunitaria¹¹⁵. Così come non convincono le proposte di totale immunizzazione normativa della sfera sociale nazionale dai processi d'integrazione economica sopranazionale. È noto che tra le diverse iniziative messe in campo dal movimento sindacale europeo per reagire alle improvvide decisioni assunte dalla Corte nelle sentenze *Viking* e *Laval*, figura la proposta d'introdurre per via di (ulteriore) riforma dei Trattati un'apposita clausola di immunità dei diritti collettivi, se non anche dell'intera materia sociale, dalla possibile incidenza delle libertà economiche comunitarie¹¹⁶. Anche in sede dottrinale si è affacciata una prospettiva simile, seppure in una variante senz'altro più condivisibile, che presuppone la definizione di uno *standard* di tutela propriamente comunitario del diritto di sciopero, sul quale ritagliare una corrispondente sfera di immunità¹¹⁷.

Ma almeno quella della completa "immunizzazione" è prospettiva che – a prescindere ogni (scettica) valutazione circa l'effettiva praticabilità politico-istituzionale – non riesce a persuadere, sorretta come sembra da un tentativo di ripristino d'una sorta di separazione funzionale tra l'economico ed il sociale, che richiama alla mente, sebbene in ottica invertita, proprio l'originaria concezione ordoliberal, la quale voleva appunto separatamente assegnata alla sfera funzionale dell'integrazione europea la garanzia costituzionale dei processi di mercato, lasciando dentro i confini degli Stati nazionali piena sovranità sulle politiche sociali. La storia del processo di costruzione del mercato integrato si è tuttavia incaricata di dimostrare che quella separazione oramai non regge più, o almeno non è più adeguata alla profondità raggiunta oggi dal processo integrativo. Un confronto ben governato con le regole del mercato, un certo grado di apertura,

¹¹² *Supra*, § 5.

¹¹³ In materia di libera circolazione delle merci – l'epicentro dai cui è originato e si è propagato il principio del mutuo riconoscimento – la sentenza *Keck* avrebbe riaffermato, secondo taluni, un decisivo ridimensionamento della formula *Dassonville*, con un sostanziale "ritorno alla regola della non discriminazione (invece della regola transitoria della rimozione di tutti gli ostacoli alla libertà di circolazione)" (Gnes, *La scelta del diritto*, cit., p. 327, ove ulteriori riferimenti). Per altro verso, la giurisprudenza che dopo le oscillazioni degli anni novanta riconosce ormai la piena legittimità comunitaria dei monopoli legali attribuiti dagli ordinamenti nazionali nella gestione delle assicurazioni sociali obbligatorie (come anche dei diritti esclusivi attribuiti ai fondi pensione integrativi), ha saputo trovare un equilibrato bilanciamento tra valori della solidarietà ed esigenze di tutela della concorrenza. Si veda il citato volume a cura di Sciarra, *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, ed *ivi* soprattutto il contributo di G. Ricci, L. Di Via, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, pp. 39 ss., al quale *adde*, volendo, S. Giubboni, *La previdenza pensionistica complementare e le regole del mercato integrato*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 651 ss.

¹¹⁴ Nel senso qui sostenuto v. principalmente B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Int.-61/2008. E v. anche, sulla stessa condivisibile linea metodologica, per una possibile valorizzazione delle potenzialità della tutela multilivello dei diritti sociali fondamentali in Europa, A. Alaïmo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", Int.-60/2008.

¹¹⁵ V. in particolare Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval*, cit., pp. 390-391.

¹¹⁶ V. D. Gottardi, *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 555 ss., sul punto p. 576.

¹¹⁷ G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in *Europa e dir. priv.*, 2006, pp. 947 ss., spec. pp. 995 ss.

ovviamente controllata, alla concorrenza, hanno del resto dimostrato di poter giovare ai processi di riforma dei sistemi nazionali di *welfare*¹¹⁸. Anche l'autonomia collettiva, nella sua caratterizzazione di "governo privato", è parte di questi processi, onde è senz'altro da condividere l'idea – suggerita da Silvana Sciarra – "che l'autonomia dei governi privati nazionali non si tutela attraverso un sistema di immunità dalle regole del mercato; essa si rafforza nel confronto assiduo con tali regole e può perfino emergere da questi contesti con nuove e più vaste funzioni"¹¹⁹.

La difesa delle specifiche tradizioni dei modelli sociali nazionali non sembra dunque poter essere perseguita attraverso chiusure "identitarie", ma costruendo un più equilibrato sistema di interdipendenze tra valori sociali ed esigenze di integrazione economica. Occorre però per questo elaborare riposte efficaci ed adeguate alle nuove sfide. Le tecniche post-regolative del metodo aperto di coordinamento – che dal vertice di Lisbona del 2000 occupano saldamente il centro della agenda sociale europea¹²⁰ – sono evidentemente inadeguate. Se il problema centrale dopo l'allargamento è quello del governo delle accresciute differenze sociali evitando le derive della *regime competition* deregolativa basata sul *dumping* salariale, il metodo aperto di coordinamento appare per definizione inadeguato¹²¹.

Occorre piuttosto rafforzare altre istanze di coordinamento – robustamente basate sulla *hard law* comunitaria – unendole, semmai, ad un tentativo di rilancio di nuove forme, flessibili e attente alle diversità regionali, di determinazione di *standard* minimi inderogabili di protezione dei lavoratori impegnati nella produzione transnazionale della ricchezza europea. In questo contesto, occorre anche tornare a ripensare – si direbbe: a "prendere sul serio" – la questione, centrale in un'ottica costituzionale, del bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche, valorizzando le potenzialità insite nella attribuzione alla Carta di Nizza dello stesso valore giuridico dei Trattati (art. 6.1 del nuovo Trattato UE riformato dal Trattato di Lisbona)¹²².

Le osservazioni e le proposte che seguono a mo' di conclusione di questo contributo intendono essere un primo, assai parziale e sommario abbozzo in questa direzione.

8.- Osservazioni e proposte conclusive

a) La prima istanza di coordinamento a dover esser rafforzata, onde evitare che la costituzione economica comunitaria del nuovo millennio poggi sulla legittimazione sistematica del *dumping* sociale, è proprio quella offerta dalla direttiva sul distacco dei lavoratori del 1996. Per vero, la direttiva – così come è formulata già oggi – sarebbe capace di fornire risposte maggiormente adeguate: l'interpretazione in chiave liberistica (à la *Lochner*, come è stato provocatoriamente detto)¹²³, che ne ha dato la Corte di giustizia, poggia, in passaggi centrali, su fragili basi logiche. Le più sfumate ed articolate soluzioni argomentate dagli Avvocati generali nei casi *Viking*, *Laval* e *Rüffert* – ove accolte dalla Corte – avrebbero in buona parte sdrammatizzato i problemi ora posti dalla direttiva ai sistemi nazionali di diritto del lavoro e di relazioni industriali, specie dei paesi additati ad esempio virtuoso nel saper coniugare competitività economica e coesione sociale.

Ma forse è la direttiva stessa a dover essere emendata in punti non secondari. È stato persuasivamente argomentato che la scelta di allargare il nucleo minimo di materie elencate

¹¹⁸ V. Ferrera, *The Boundaries of Welfare*, cit., cap. 6.

¹¹⁹ Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 244 ss., qui p. 263.

¹²⁰ Per una recente sintesi, largamente improntata ad una (non del tutto convincente) valutazione positiva di tale nuova forma di *governance* comunitaria, v. C. F. Sabel, J. Zeitlin, *Learning from difference: the new architecture of experimentalist governance in the EU*, in *European Law Journal*, 2008, pp. 271 ss. Per una valutazione in chiaroscuro v. anche la recente, efficace sintesi di E. Ales, *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un'analisi "genealogica"*, dattiloscritto in corso di pubblicazione (2009).

¹²¹ Cfr. Treu, *Le regole sociali europee*, spec. pp. 43 e 50; Lo Faro, *Is a Decent Wage Part of a Decent Job?*, cit., pp. 7 e 13-14.

¹²² V. per tutti M. Dougan, *The Treaty of Lisbon: winning minds, not hearts*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 617 ss., spec. pp. 661 ss.

¹²³ I. H. Eliasoph, *"A switch in time" per la Comunità europea? La dottrina Lochner e la rimodulazione dei diritti economici e sociali in Europa*, in corso di pubblicazione in *Dir. lav. re. ind.*, fasc. 1/2009.

dall'art. 3.1 nei limiti del rispetto dell'ordine pubblico internazionale, non è affatto imposta dalla logica dell'integrazione del mercato interno dei servizi, ma ha rappresentato un'opzione politica, che – inizialmente pensata come capace di abbracciare la *magna pars* del diritto del lavoro domestico¹²⁴ – si è poi risolta nel principale veicolo di compressione della autonomia normativa dei legislatori nazionali (dei paesi ospitanti)¹²⁵. In assenza di quella scelta politica (ed a prescindere dalla singolare eterogeneità giurisprudenziale dei fini da essa prodotta), gli Stati membri destinatari della prestazione transnazionale del servizio sarebbero più liberi di applicare ai lavoratori distaccati gli *standard* protettivi domestici¹²⁶.

Fermo il nucleo di norme di applicazione necessarie individuate dall'art. 3.1 della direttiva in via di integrazione della Convenzione di Roma, gli Stati membri potrebbero infatti avvalersi della più ampia ed elastica clausola delle esigenze imperative elaborata dalla Corte di giustizia ai fini della legittimazione degli ostacoli non discriminatori alla prestazione del servizio *ex art.* 49 del Trattato CE. Quella clausola scongiurerebbe comunque l'applicazione protezionistica dell'intero diritto del lavoro nazionale, respingendo la tentazione di riportare sotto il principio della piena parità di trattamento coi lavoratori nazionali i dipendenti temporaneamente distaccati dall'impresa prestatrice del servizio. La flessibile modulazione del sindacato di adeguatezza e proporzionalità consentirebbe, tuttavia, l'applicazione a questi ultimi di *standard* di tutela più elevati di quelli oggi ammessi dalla Corte di giustizia sulla scorta della direttiva, scongiurando meglio deteriori forme di *dumping* sociale¹²⁷.

Si tratta di modeste proposte concrete per riportare la direttiva dentro un modello di coordinamento "cooperativo", capace di aprire il mercato interno dei servizi senza tuttavia esacerbare la *regime competition* sui terreni più sensibili dei diritti nazionali del lavoro. Se si vuole trovare un referente teorico generale a questo pragmatico suggerimento, lo si può rintracciare nella raffinata proposta di Joerges di riconcettualizzazione del diritto comunitario come "*First Order Conflicts of Laws*"¹²⁸. L'idea fondamentale che sorregge la proposta è efficacemente riassunta dal suo autore: il compito essenziale del diritto comunitario diviene quello di dar voce alle esigenze ed alle preoccupazioni dei *partner* europei essenzialmente in ciò, che "gli Stati membri si impegnano a riconoscere reciprocamente i rispettivi diritti (pronti ad applicare il diritto straniero), a tollerare quindi differenze di regolazione e ad astenersi dall'imporre in ogni caso i propri interessi domestici e la *lex fori*. Questo tuttavia in linea di principio, in quanto i vincoli per tal via imposti sulla autonomia politico-normativa dei singoli Stati membri debbono essere limitati"¹²⁹; con un bilanciamento tra interesse (non necessariamente economico) europeo ed interesse

¹²⁴ V. M. Biagi, *Fortune smiles on the Italian EU Presidency: talking half-seriously about the posted workers and the parental leaves directives*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 1996, pp. 97 ss. È su questa convinzione che molti legislatori, tra cui spicca quello italiano, hanno recepito la direttiva imponendo al prestatore di servizi straniero il rispetto praticamente dell'intero apparato protettivo giuslavoristico nazionale.

¹²⁵ Cfr. Orlandini, *I lavoratori europei*, cit., pp. 15-16 del dattiloscritto; Id., *Ordine pubblico*, cit., p. 678.

¹²⁶ Va preso atto, peraltro, che l'art. 16 della direttiva 2006/123, pur formalmente orbato del principio del paese d'origine, riproduce in buona sostanza la scelta restrittiva effettuata su scala minore in materia di distacco, stabilendo che "Allo Stato membro in cui il prestatore si reca non può essere impedito di imporre requisiti relativi alla prestazione di un'attività di servizi qualora siano giustificati da motivi di ordine pubblico, di pubblica sicurezza, di sanità pubblica o di tutela dell'ambiente conformemente al paragrafo 1" (così il par. 4 della disposizione). Solo per la libertà di stabilimento l'art. 9.1, lett. b), fa riferimento alla clausola del "motivo imperativo di interesse generale" ai fini della legittima imposizione di misure di autorizzazione. La scelta compiuta dalla direttiva sui servizi è ben rilevata da Barnard, *Unravelling the service directive*, cit., spec. pp. 360-366. È appena il caso di ricordare che la direttiva 2006/123/CE non si applica ai sistemi di diritto del lavoro e della sicurezza sociale e lascia interamente la materia del distacco alla direttiva 96/71/CE (e, *in parte qua*, al regolamento n. 1408/71).

¹²⁷ In realtà, si è acutamente suggerito che un'apertura alle regole generali – in questo caso del diritto internazionale privato e della Convenzione di Roma sulle obbligazioni contrattuali – potrebbe dare risposte più appaganti, e più sintoniche coi comuni principi del mercato interno, anche su altri versanti. È ancora Orlandini, *Autonomia collettiva*, cit., pp. 277-278, a suggerire una simile prospettiva di riforma con riguardo al caso della disciplina del distacco intragruppo. Non c'è spazio per approfondire questo importante (e paradossale) tassello tecnico della direttiva del 1996.

¹²⁸ C. Joerges, *Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, Re-conceptualisation and Recent True Conflicts*, EUI Working Papers - Law 2007/25, spec. pp. 14 ss.

¹²⁹ Ivi, p. 15.

nazionale che Joerges rintraccia (forse troppo ottimisticamente) nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libera circolazione delle merci dopo la svolta “tollerante” di *Keck*¹³⁰.

b) Evidenti connessioni con la proposta appena evocata ha il tema – di pari rilievo costituzionale sul futuro della *polity* europea – del bilanciamento tra diritti sociali fondamentali e libertà economiche riconosciute dai Trattati istitutivi. Si è accennato che il panorama offerto dalla giurisprudenza della Corte non si presta a ricostruzioni lineari ed univoche¹³¹. È tuttavia indiscutibile che nella linea di faglia che produce la più forte asimmetria tra i due poli – quella appunto della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento – i giudici di Lussemburgo hanno, almeno allo stato, fornito risposte gravemente “elusive”¹³², per usare un eufemismo, rispetto alle esigenze poste da un corretto bilanciamento. *Viking* e *Laval* svuotano nella sostanza di contenuto il diritto di sciopero riconosciuto dagli ordinamenti costituzionali di Finlandia e Svezia, ammantando questa operazione di politica del diritto solo della retorica, ma non certo della sostanza, del bilanciamento tra diritti in conflitto¹³³.

L'unico “diritto fondamentale” ad esser riconosciuto nelle due sentenze è, in realtà, la libertà economica, rispettivamente di stabilimento e di prestazione del servizio, mentre lo sciopero o le forme di azione collettiva con effetti *cross-border* vengono ridotte a mere eccezioni, legittimanti restrizioni all'esercizio dei poteri di mercato dell'impresa transnazionale entro confini angusti, presidiati da un'applicazione rigorosa del *test* di necessità e proporzionalità alla luce di uno *strict scrutiny*. L'efficacia diretta orizzontale delle due libertà – un'oggettiva innovazione delle due sentenze – dà alle imprese europee un'arma potenzialmente formidabile di “contenimento” degli effetti (e della stessa “agibilità”) del conflitto collettivo nello spazio economico europeo, sbilanciando ulteriormente i rapporti di forza tra le parti, già sfavorevoli al sindacato¹³⁴.

Il discorso sul rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali meriterebbe invero di essere ripensato *funditus* in vista, finalmente¹³⁵, dell'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea della stessa forza giuridica dei Trattati, conseguente alla (auspicata) conclusione del processo di ratifica del Trattato di Lisbona. In una raffinata critica de-costruttiva del discorso della Corte di giustizia, Eleanor Spaventa ha giustamente richiamato l'attenzione sulla necessità di mettere in discussione le stesse premesse concettuali dalle quali muovono i giudici i Lussemburgo. È probabilmente la stessa equiparazione terminologica e concettuale tra libertà economiche e diritti fondamentali a dover essere ridiscussa *in limine*. “L'uso della stessa terminologia, quella appunto dei diritti fondamentali, per identificare due tipi radicalmente diversi di diritti è discutibile in sé”¹³⁶, laddove suggerisce una omogeneità che non è concettualmente fondata. È invero sulla base di tale claudicante premessa che, con un'evidente inversione concettuale, anche in *Viking* e *Laval* la Corte può convertire i diritti (nella specie sociali) fondamentali da diritti soggettivi a ragioni oggettive, ad motivi di interesse pubblico¹³⁷, che in tanto possono giustificare una restrizione alle libertà di mercato – la vera premessa assiologica del ragionamento della Corte – in quanto rispettino – rigorosamente – il duplice vincolo di necessità/proporzionalità.

L'ordine del discorso andrebbe semplicemente e correttamente rovesciato: e così in *Viking* e *Laval* la Corte avrebbe dovuto chiedersi, al di là delle diverse risposte concretamente date nei due casi, *non se* i diritti sociali fondamentali in parola avessero potuto giustificare una restrizione della

¹³⁰ *Supra*, note 65 e 113 e testo corrispondente.

¹³¹ Si veda ancora il capitolo di C. Pinelli in questo volume.

¹³² M. Poiaras Maduro, *Striking the elusive balance between economic freedom and social rights in the EU*, in Ph. Alston (ed.), *The EU and Human Rights*, Oxford, Oxford University Press, 1999, pp. 449 ss.

¹³³ Si tratta di valutazioni largamente condivise presso la dottrina (non solo) giuslavoristica europea (v. i riferimenti forniti *supra*, al § precedente). Si rinvia in ogni caso al capitolo di T. Treu.

¹³⁴ Sia consentito un rinvio a S. Giubboni, G. Orlandini, *Il conflitto collettivo nell'ordinamento comunitario*, in *Democrazia e Diritto*, 3/2004, pp. 119 ss.

¹³⁵ Cfr. da ultimo G. Bronzini, V. Piccone, *Introduzione*, in G. Bisogni, G. Bronzini, V. Piccone (a cura di), *La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Casi e materiali*, Taranto, Chimienti Editore, 2009, pp. 13 ss.

¹³⁶ E. Spaventa, *Federalisation versus centralisation: tensions in fundamental rights discourse in the EU*, in M. Dougan, S. Currie (eds.), *50 Years of the European Treaties*, Oxford, Hart Publishing, 2009, pp. 343 ss., qui p. 355.

¹³⁷ Ivi, p. 357.

libertà di circolazione, “ma piuttosto se la libertà di circolazione potesse essere interpretata in termini tali da garantire il rispetto dei diritti fondamentali”¹³⁸. Probabilmente, una rilettura dell’art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea, nei termini suggeriti sempre da Spaventa in questa diversa ottica¹³⁹, potrebbe dare ulteriore e positivo sostegno alla coerenza di questa proposta de-costruttiva e ri-costruttiva.

c) Il discorso sui diritti (sociali fondamentali), per quanto necessario, non è tuttavia sufficiente a dare le risposte che servono per correggere e riequilibrare l’asimmetria determinatasi. Occorrono anche politiche (sociali) conseguenti¹⁴⁰, pur nella consapevolezza di tutta la difficoltà, specialmente oggi, di un effettivo percorso in questa direzione.

Ancora una volta, non si può infatti pensare al solo metodo aperto di coordinamento. Né evidentemente è realistico pensare alla rivitalizzazione su larga scala del metodo dell’armonizzazione sociale per direttive, sia pure minima e graduale. Non c’è lo spazio qui per argomentare in modo più articolato che il primo strumento è insufficiente ed il secondo è, appunto, nella migliore delle ipotesi, improbabile¹⁴¹. L’impressione è che si tratti comunque di una diagnosi largamente condivisa tra gli osservatori.

Occorre per questo pensare a forme di intervento politico in materia sociale di segno almeno in parte nuovo, che da un lato non si limitino alla dimensione essenzialmente procedurale del metodo aperto di coordinamento e dall’altro non rinuncino al compito di fissare, sia pure in modo flessibile e opportunamente differenziato, gli *standard* minimi materiali necessari per governare le accresciute differenze socioeconomiche all’interno dell’Unione, scongiurando il *dumping* sociale. Nel repertorio di proposte teoriche formulate negli ultimi anni a questo fine, due sembrano meritevoli di sintetica segnalazione a conclusione di questo contributo.

La prima proposta – dovuta a Fritz Scharpf – punta a combinare la *governance* sperimentale del metodo aperto di coordinamento con l’uso di direttive quadro volte a stabilire *standard* minimi differenziati in relazione al grado di sviluppo dei diversi sistemi europei di *welfare* e al diverso modello istituzionale da essi accolto, ovvero alla “diversa concezione della solidarietà sociale”¹⁴² in essi incorporata. La proposta ha il pregio di determinare, per via di *hard law*, il tasso di differenziazione accettabile sulla base di *standard* sostativi di tutela che non possono, tuttavia, essere omogeneamente imposti alle diversissime realtà dell’Europa oggi a ventisette¹⁴³.

La seconda proposta – formulata alla Commissione europea nel rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale redatto da un prestigioso gruppo di esperti coordinato da Edoardo Ales¹⁴⁴ – mira tra le altre cose a sostenere la fissazione per via negoziale di *standard* economici e normativi di trattamento, da calibrare pensando soprattutto alle aree a forte integrazione economica regionale, creando un chiaro quadro normativo legittimante a livello comunitario. A tal fine, lo strumento più idoneo è indicato in “una direttiva che preveda un quadro legale opzionale per la contrattazione collettiva transnazionale comunitaria”¹⁴⁵, nell’ambito del quale possano essere conclusi siffatti accordi.

¹³⁸ B. Bercusson, *The trade union movement and the European Union: the judgment day*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 279 ss., qui p. 303.

¹³⁹ *Op. cit.* alla nota 136, pp. 349 ss.

¹⁴⁰ Insiste giustamente su tale profilo C. Pinelli, nel suo contributo a questo volume e in Id., *Modello sociale europeo*, cit., pp. 267 ss.

¹⁴¹ Sia permesso ad ogni modo il rinvio a S. Giubboni, *La costituzionalizzazione asimmetrica dell’Europa sociale*, in M. Barbera (a cura di), *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche sociali*, Milano, Giuffrè, 2006, pp. 367 ss.

¹⁴² Scharpf, *The European social model*, cit., p. 663.

¹⁴³ La gravissima crisi economico-finanziaria in atto sta del resto accentuando tali differenze, non solo tra vecchi e nuovi Stati membri, ma anche tra gli stessi paesi dell’Est Europa.

¹⁴⁴ V. E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, Bruxelles, 2005. Una sintesi del rapporto è in E. Ales, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato, presente e futuro*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 2007, pp. 541 ss., con commento di A. Lo Faro, *La contrattazione transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale in Europa?*, *ivi*, pp. 551 ss.

¹⁴⁵ Ales, *La contrattazione*, cit., p. 548.

Pensando nuovamente all'esempio paradigmatico delle asimmetrie prese in esame in questo studio, è stato giustamente suggerito che uno dei primi obiettivi della contrattazione collettiva transnazionale dovrebbe essere proprio quello di regolare le forme di prestazione intracomunitaria di servizi mediante distacco di manodopera, attraverso la fissazione di livelli retributivi minimi da rispettare integrando le previsioni della direttiva del 1996 con *standard* materiali¹⁴⁶. Un tassello – certo non decisivo, ma neppure insignificante – nella direzione di un nuovo e più efficace governo comunitario delle legittime differenze dei modelli sociali nazionali.

¹⁴⁶ Lo Faro, *Is a Decent Wage Part of a Decent Job?*, cit., p. 15.