

# Governare le differenze: modelli sociali nazionali e mercato unico europeo

(di Stefano Giubboni)

*nota per il Gruppo di studio Astrid su  
“La Costituzione economica a 60 anni dalla Costituzione”  
(coord. Tiziano TREU)*

SOMMARIO: 1.- Premessa. 2.- Assetto costituzionale delle origini ed 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».

## 1.- Premessa

Nel 1956, nel pieno dei negoziati per la stipula del Trattato di Roma, il primo ministro francese Guy Mollet, sostenuto nella sua iniziativa anzitutto dalle organizzazioni imprenditoriali del suo paese, si batté con determinazione perché l’armonizzazione delle politiche sociali nazionali venisse assunta dalla nuova Comunità come una precondizione dell’integrazione dei mercati dei futuri paesi membri. L’opposta visione, sostenuta soprattutto dalla Germania, secondo cui l’armonizzazione dei sistemi sociali nazionali, lungi dal dover essere 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, come noto, nel rapporto redatto dalla commissione di esperti dell’OIL presieduta da Bertil Ohlin, e fu quindi sostanzialmente ripresa in quello che è stato efficacemente definito il «Libro bianco» del Trattato di Roma<sup>1</sup>: il rapporto Spaak.

In uno dei suoi studi più noti sul rapporto tra il cd. «modello sociale europeo»<sup>2</sup> 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

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> 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. C. Pinelli, *Modello sociale europeo e costituzionalismo sociale europeo*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 251 ss.

simili tra di loro di quanto non sarebbero diventati nei decenni successivi»<sup>3</sup>. Tenuto conto anche della relativa omogeneità delle strutture di *welfare* dei sei membri fondatori attorno al modello occupazionale e bismarckiano di Stato sociale, l'armonizzazione – per quanto assai esigente ed impegnativa sul piano dell'azione politica – «avrebbe allora ben potuto apparire non priva di speranza»<sup>4</sup>.

In questo contributo non ci interrogheremo ulteriormente sulle ragioni della «via non intrapresa»<sup>5</sup> a metà degli anni cinquanta dalla (allora) Comunità economica europea, ma assumeremo piuttosto come punto di partenza della nostra indagine l'originaria scelta di separare la costruzione del mercato comune dalla edificazione di una corrispondente sfera sopranazionale di politiche di *welfare*, per interrogarci in prospettiva diacronica sulle conseguenze di lungo termine di questa fondativa opzione costituzionale. Argomberemo 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 sintesi<sup>6</sup> – in termini di «governo delle differenze» (mai veramente ridotte, ed anzi aumentate nel tempo) dei sistemi nazionali in funzione delle esigenze di edificazione del 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 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 di uno spazio che esige la uniformazione delle condizioni di concorrenza delle imprese ed il libero, uniforme dispiegarsi delle libertà economiche.

Lo scopo di questo capitolo è anzitutto 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 dell'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 fa sembravano doverle essere del tutto preclusi, insinuandosi sin dentro le aree più protette dei diritti del lavoro nazionali. 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

---

<sup>3</sup> 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.

<sup>4</sup> *Ibidem*.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 645.

<sup>6</sup> L. Torchia, *Il governo delle differenze. Il principio di equivalenza nell'ordinamento europeo*, Bologna, Il Mulino, 2006.

seriamente indebolita la stessa legittimità del processo di integrazione europea, già minacciato da rigurgiti di protezionismo economico nazionale.

La fase attuale – di forte accentuazione delle dinamiche di competizione regolativa – può peraltro 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 osservazioni conclusive saranno così 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 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 alla erezione di barriere protezionistiche a difesa dei modelli sociali o *tout court* delle economie nazionali.

## 2.- Assetto costituzionale delle origini ed 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*»<sup>7</sup>.

I Trattati istitutivi della CECA e della CEE, a dispetto dell'oggettiva debolezza delle competenze comunitarie in materia, non ignorarono le questioni sociali, che furono come accennato ben presenti nei negoziati che ne precedettero la stesura e la ratifica, ma le inquadrarono in una prospettiva che voleva essere, e che per un significativo tratto del processo integrativo fu anche effettivamente, coerente con un duplice ordine di esigenze: 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 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 sociali 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 politici.

L'attenzione ai temi sociali venne quindi declinata nei Trattati istitutivi riconoscendo agli Stati membri piena libertà di azione nella sfera – latamente intesa – delle politiche sociali e del lavoro. È stato autorevolmente suggerito che il modello teorico che meglio dà ragione di

---

<sup>7</sup> F.W. Scharpf, *op. cit.*, p. 646.

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 e ai secondi la realizzazione degli istituti della cittadinanza sociale sulla premessa delle politiche pubbliche di pieno impiego – è quello offerto dalla Scuola ordoliberal 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 comunitarie – innanzi tutto l'intima *raison d'être* della divisione di competenze tra livello comunitario e livello nazionale iscritta nel testo del Trattato di Roma e ben visualizzata dalla già evocata immagine della «scissione della dimensione sociale dalla istituzionalizzazione di un sistema europeo di concorrenza non distorta»<sup>8</sup>.

Come ha osservato Joerges, «nella impostazione ordoliberal 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»<sup>9</sup>. L'idea era quella di un sistema strutturato su due distinti canali: a livello sopranazionale, la giuridificazione necessariamente uniforme e assistita dalla forza 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 Europa<sup>10</sup>. 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 di questi. 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»<sup>11</sup>.

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 reg. n. 3/1958. Tale opzione, 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, 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 manodopera, riflettesse, più in profondità, il modello stesso dei rapporti tra mercato comune europeo e spazio sociale nazionale. Come è stato efficacemente puntualizzato, «i padri fondatori e la maggior parte delle *élite* nazionali concepivano l'integrazione europea come un

---

<sup>8</sup> C. Joerges, *What is left of the European economic constitution? A melancholic eulogy*, in *European Law Review*, 2004, pp. 461 ss., qui p. 471.

<sup>9</sup> *Ibidem*.

<sup>10</sup> G. Esping-Andersen, *The Three Worlds of Welfare Capitalism*, Cambridge, Polity Press, 1990.

<sup>11</sup> C. Joerges, *op. loc. cit.*

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»<sup>12</sup>. E il coordinamento dei regimi nazionali di sicurezza sociale realizzava quel tanto di apertura dei singoli sistemi necessario alla liberalizzazione controllata del movimento della manodopera, senza intaccare l'autonomia degli Stati membri in materia.

### 3.- La stagione breve dell'armonizzazione «nel progresso»

È peraltro pure noto come la CEE abbia iniziato a dotarsi di un proprio esile apparato di politiche sociali, pur in assenza di basi normative specifiche ed autonome nel corpo originario del Trattato istitutivo, a partire dalla metà degli anni settanta del secolo scorso, sulla scia del primo piano d'azione approvato in materia nel vertice parigino del 1974<sup>13</sup>, peraltro in singolare coincidenza con il momento nel quale in tutti i paesi membri si concludeva il ciclo espansivo dello Stato sociale avviatosi nel secondo dopoguerra. Al di là dell'apparente paradosso di questa sfasatura temporale rispetto al ciclo espansivo dei *welfare* nazionali, la stagione delle «grandi direttive» di armonizzazione che Massimo D'Antona ha chiamato «funzionalista»<sup>14</sup> non appare incoerente con le premesse costituzionali sottese all'assetto originario dei Trattati istitutivi, anche se certamente segna un primo scostamento dalla purezza dei paradigmi teorici ordoliberali. Con particolare evidenza nelle direttive sulla crisi d'impresa, 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»<sup>15</sup>, dall'altro si mira proprio a preservare, con esse, la tenuta dei sistemi nazionali di diritto del lavoro dalle pressioni della crisi economica e, in particolare, 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 Tr. CEE: quello della difesa dei sistemi nazionali dalle spire del *dumping* sociale e della concorrenza al ribasso sugli *standard* di tutela del lavoro<sup>16</sup>. 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 astensionista sul piano delle politiche sociali – evidente nella prefigurazione delle esilissime basi giuridiche del Tr. CEE – deve prevalere, in altre parole, una precisa garanzia di intervento eteronomo comunitario, in chiave di imperativa armonizzazione «nel progresso», tutte le volte che i fallimenti del mercato comune possano mettere a repentaglio, innescando forme di concorrenza al ribasso,

---

<sup>12</sup> M. Ferrera, *Amici o nemici? Integrazione europea e modelli sociali nazionali*, URGE Working Paper 4/2005, disponibile in [www.urge.it](http://www.urge.it), p. 5.

<sup>13</sup> Cfr. solo M. Roccella, T. Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, CEDAM, 2007, pp. 9 ss.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo*, in S. Sciarra, B. Caruso (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del *Trattato di diritto privato dell'Unione europea* diretto da G. Ajani e G. A. Benacchio, Torino, Giappichelli, 2009, p. 9.

<sup>16</sup> V. *ex multis* 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.

la piena capacità dei sistemi nazionali di assicurare elevati livelli di protezione sociale all'interno dei propri confini.

In mancanza di basi adeguate, per quanto perseguito «con audacia e fantasia innovativa», «l'obiettivo della armonizzazione legale, cioè della normativa di intervento diretto sugli ordinamenti nazionali»<sup>17</sup>, rivelerà 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 comunitaria. L'«età dell'oro della regolazione delle direttive» – pur con i suoi innegabili successi nella «effettiva armonizzazione nel progresso»<sup>18</sup>, 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 ri-orienta 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 «minimalismo regolatorio»<sup>19</sup> lungo la quale cominceranno ad assumere progressiva prevalenza altre forme di intervento sopranazionale, di nuova generazione, meno invasive, post-regolative, miranti al coordinamento (o al più alla convergenza) di carattere politico, piuttosto che alla standardizzazione normativa<sup>20</sup>, e nelle quali l'armonizzazione è pensata, semmai, come aveva avvertito D'Antona, come processo (governato) di differenziazione<sup>21</sup>.

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

Si è 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

---

<sup>17</sup> T. Treu, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Europa e dir. priv.*, 2004, p. 33.

<sup>18</sup> *Ibidem*, p. 34.

<sup>19</sup> V. S. Simitis, A. Lyon-Caen, *Community labour law: a critical introduction to its history*, in P. Davies et al., *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, Clarendon Press, 1996, pp. 1 ss., spec. pp. 8-9.

<sup>20</sup> Cfr. la sintesi di M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Brescia, Promodis Italia Editrice, 2000.

<sup>21</sup> 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.

democratiche nazionali, le quali ovviamente includono nel loro perimetro l'autonomia sociale originaria riconosciuta e garantita 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 segnatamente 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»<sup>22</sup> 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 politica<sup>23</sup>. Ma nella prospettiva qui assunta, 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 nazionali<sup>24</sup>. 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 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 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 Maastricht, 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 concorrenza, 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 grande complessità di questa giurisprudenza impedisce peraltro di tentare anche solo una sintesi degli approdi più significativi della medesima. Si ha del resto l'impressione che essi non siano riconducibili ad un quadro unitario e che il panorama si presenti, al contrario,

---

<sup>22</sup> 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.

<sup>23</sup> V. E. Streit, W. Mussler, *The Economic Constitution of the European Community: from "Rome" to "Maastricht"*, in *European Law Journal*, 1995, pp. 5 ss.

<sup>24</sup> Il panorama della letteratura sul tema è notoriamente vastissimo: ci limitiamo a richiamare la recente, magistrale sintesi di Lord Wedderburn, *Diritto del lavoro: 40 anni dopo*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 155 ss.

significativamente differenziato, 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 solidarietà e delle finalità sociali protette dagli ordinamenti nazionali)<sup>25</sup> col quadro che emerge, più di recente, dalla giurisprudenza in tema di libertà di prestazione dei servizi, dove si concentrano, viceversa, le più forti tensioni tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali.

I limiti di questo contributo impongono 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 che occorre concentrare l'analisi.

#### 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*<sup>26</sup> e *Cassis de Dijon*<sup>27</sup>. 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 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»<sup>28</sup>.

Se lo si assume nella sua versione idealtipica – 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 (*i. e.*, della legittima immissione del bene alla stregua delle regole dello Stato d'origine).

Nella sua configurazione stilizzata, il principio del mutuo riconoscimento costituisce così una tecnica di integrazione del mercato radicalmente alternativa a quella della armonizzazione

---

<sup>25</sup> Cfr. S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, Il Mulino, 2007.

<sup>26</sup> Corte di giustizia CE, 11 luglio 1974, causa 8/4, in *Racc.*, 1974, p. 837.

<sup>27</sup> Corte di giustizia CE, 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Rewe-Zentral*, in *Racc.*, 1979, p. 649.

<sup>28</sup> L. Torchia, *Il governo delle differenze*, cit., p. 75.



eteronoma «verso l'alto»<sup>29</sup>, 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 economici<sup>30</sup>, 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 giuridici<sup>31</sup>. 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 *standard* essenziali 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 TCE 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, dopo prime incertezze giurisprudenziali, sono stati infatti come noto scongiurati – pur non senza difficoltà e ambiguità – dalla Corte di giustizia<sup>32</sup>. 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, introducendo con la famosa sentenza *Keck* la distinzione tra norme tecniche e norme sulle modalità di vendita<sup>33</sup>.

Il discorso cambia, però, 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 dei propri dipendenti, distaccandoli temporaneamente nel paese di destinazione della prestazione, le norme protettive di quest'ultimo possono infatti costituire un ostacolo indistintamente applicabile nell'ottica dell'art. 49 TCE. 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 1991<sup>34</sup>, che la logica della concorrenza tra ordinamenti entra a vele spiegate nei territori occupati dai diritti del lavoro nazionali<sup>35</sup>.

---

<sup>29</sup> V., classicamente, W. Streeck, *La dimensione sociale del mercato unico europeo: verso un'economia non regolata?*, in *Stato e Mercato*, 1990, pp. 29 ss.

<sup>30</sup> Cfr. M. Gnes, *La scelta del diritto. Concorrenza tra ordinamenti, arbitraggi, diritto comune europeo*, Milano, Giuffrè, 2004.

<sup>31</sup> 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.

<sup>32</sup> Cfr. M. Roccella, *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro*, Torino, Giappichelli, 1997, 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.

<sup>33</sup> 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.

<sup>34</sup> Corte di giustizia CE, 25 luglio 1991, causa C-76/90, in *Racc.*, 1991, I, p. 4221.

<sup>35</sup> Si rinvia all'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.

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*<sup>36</sup> i giudici di Lussemburgo avevano chiaramente attratto la mobilità dei lavoratori temporaneamente distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi (nella specie, l'esecuzione di un appalto transnazionale) nell'orbita regolativa dell'art. 49 TCE, staccandola da quella – cui sino ad allora si era sempre guardato – dell'art. 39<sup>37</sup>. La Corte aveva così chiarito che – in tali fattispecie – si sarebbero dovuti tenere in considerazione i principi elaborati nella interpretazione dell'art. 49 TCE, 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 proporzionalità. Il principio di piena parità di trattamento dei lavoratori in base alla legislazione del paese ospitante ai sensi dell'art. 39 TCE non avrebbe più potuto costituire il referente normativo utile ai fini della regolazione di tali forme di mobilità temporanea della manodopera nel mercato interno.

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 dell'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 TCE.

Si tratta di un passaggio molto significativo: seppure in maniera ancora embrionale e solo implicita<sup>38</sup>, 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 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 è perciò *in nuce* completamente capovolta: la difesa dai rischi di *dumping* sociale non costituisce più l'innescò 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 allargata, 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 TCE<sup>39</sup>.

È una svolta concettuale gravida di tensioni e di irriducibili elementi di contraddizione<sup>40</sup>: la giustificazione fondata sulla difesa dal *dumping* sociale mira, infatti, necessariamente a

---

<sup>36</sup> Corte di giustizia CE, 27 marzo 1990, causa C-113/89, in *Racc.*, 1990, I, p. 1417.

<sup>37</sup> 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.

<sup>38</sup> 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).

<sup>39</sup> 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.

<sup>40</sup> Cfr. 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 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.

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. Sennonché, l'intero impianto della dir. 96/71/CE, faticosamente costruita sullo scivoloso crinale di bilanciamento indicato da *Rush Portuguesa*, è centrato sulla protezione sociale del lavoratore temporaneamente *distaccato*, mettendo in secondo piano la funzione di determinazione di eque condizioni di concorrenza nel mercato comune. Far transitare questa funzione attraverso la protezione dei *lavoratori stranieri distaccati* 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 dir. dimostrano che gli interessi dei primi (a 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 sotteso.

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

Data la sua ridotta funzione, la dir. 96/71/CE non contiene norme di armonizzazione, neanche parziale, delle legislazioni del lavoro degli Stati membri, ma si limita a coordinare i sistemi di diritto del lavoro degli stessi, 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, 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 contrattuali<sup>41</sup>.

L'art. 3.1 dir. 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 la 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

---

<sup>41</sup> V. ora il reg. n. 593/2008 sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali (Roma I).

lavoro comunitarizzato<sup>42</sup> e che, dall'altro, possono considerarsi «determinanti ai fini del costo del lavoro (e dunque della concorrenza)»<sup>43</sup>.

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, in osservanza 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.

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 applicazione dell'art. 49 TCE avrebbe, con ogni probabilità, potuto consentire<sup>44</sup>. Soprattutto con le ultime pronunce<sup>45</sup>, la Corte ha infatti dato della direttiva un'interpretazione minimalistica che ne mina alla radice la logica compromissoria, 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* sociale<sup>46</sup>.

Il punto nevralgico di tale interpretazione sta nella restrittiva interpretazione del combinato disposto dei paragrafi 1, 7 e 10 dell'art. 3 dir., alla cui stregua il nucleo di protezione minima definita dalla normativa lavoristica dello Stato ospitante finisce per fissare gli *standard massimi* di tutela legittimamente applicabile ai lavoratori distaccati 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»<sup>47</sup>. 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 europeo, 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»<sup>48</sup>.

---

<sup>42</sup> V. M. Magnani, *I rapporti di lavoro con elementi di internazionalità*, in *Mass. giur. lav.*, 2004, pp. 391 ss.

<sup>43</sup> U. Carabelli, *Una sfida determinante*, cit., p. 46.

<sup>44</sup> Come rilevato spec. da G. Orlandini, *I lavoratori europei nell'impresa transnazionale orizzontale, tra regole sociali e libertà di mercato*, in corso di pubblicazione in *Riv. giur. lav.*

<sup>45</sup> Oltre alle celebri e già citate *Viking* e *Laval*, v. le più recenti sentenze del 3 aprile 2008, in causa C-346/06, *Rüffert*, e del 19 giugno 2008, in causa C-319/06, *Commissione delle Comunità europee c. Granducato di Lussemburgo*.

<sup>46</sup> Pur con diverse sfumature, i numerosi commenti della dottrina sono in massima parte in questo senso. Nella impossibilità di compiere richiami esaustivi alla straripante letteratura, cfr., per tutti, il recente volume a cura di A. Andreoni e B. Veneziani, *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, Ediesse, 2009.

<sup>47</sup> G. Orlandini, *I lavoratori europei*, cit., p. 15 del dattiloscritto.

<sup>48</sup> 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.

Quest'interpretazione della disposizione cozza con la *ratio* storica della direttiva e non è affatto imposta dalla lettera del suo 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 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»<sup>49</sup>. 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 TCE, «di una protezione rinforzata a livello nazionale»<sup>50</sup>.

Non meno discutibile è, d'altra parte, la lettura che la Corte accoglie dell'art. 3.10 dir.; 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 ospitante. Questa è un'affermazione difficilmente contestabile, anche perché coerente con l'elementare principio per cui al prestatore di servizi straniero, già in base all'art. 49 TCE, non può essere incondizionatamente imposto il rispetto dell'*intero* diritto del lavoro del paese ospitante, pena la violazione dello stesso principio di non discriminazione. Ad essere criticabile, pur dopo i più ampi spiragli aperti da *Commissione c. Lussemburgo*, è il ruolo, davvero minimale, 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 è stato efficacemente puntualizzato in sede di lettura «incrociata» 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 materie 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»<sup>51</sup>.

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 collettivo<sup>52</sup>. 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 forme di tutela che appartengono a pieno titolo allo strumentario classico del diritto del lavoro. La Corte ha perentoriamente statuito la contrarietà di un provvedimento legislativo, emanato dall'autorità di uno Stato membro, che imponga agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti di lavori edili esclusivamente alle

---

<sup>49</sup> Così al par. 83 delle conclusioni.

<sup>50</sup> Sempre il par. 83 delle citate conclusioni dell'Avvocato generale Yves Bot. 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 con i livelli di protezione già garantiti nello Stato d'origine.

<sup>51</sup> G. Orlandini, *Ordine pubblico e dumping sociale nel mercato interno dei servizi*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, pp. 663 ss., qui p. 676.

<sup>52</sup> 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.

imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati nell'esecuzione dei lavori oggetto dell'appalto pubblico, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo, pur privo di efficacia *erga omnes*, vigente nel luogo di esecuzione dei lavori in questione.

Se a ciò si aggiunge 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 TCE, 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 detto, «il diritto di azione collettiva viene ampiamente anestetizzato»<sup>53</sup> sulla base di un bilanciamento fittizio 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 riconoscimento della centralità dei valori sociali e solidaristici che in altri contesti la stessa Corte ha saputo esprimere con forza.

#### *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 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<sup>54</sup> – le già esigue risorse di legittimazione democratica orientata all'*input* dell'Unione europea, senza dare risposte efficaci in termini di *output* politico. Un così forte impulso alla assolutizzazione delle libertà di mercato appare del resto in contrasto, non solo con l'espansione degli obiettivi e della stessa *finalité* sociale dell'Unione, quale emergeva già dal Tr. costituzionale europeo e continua ad emergere per certi versi rafforzata dalla riforma di Lisbona<sup>55</sup>, 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<sup>56</sup>.

Sono innegabilmente in atto tendenze contraddittorie nella stessa giurisprudenza della Corte, per cui è proprio la fluidità e in qualche modo l'ineliminabile ambiguità dei processi in corso a suggerire che l'atteggiamento giustamente critico nei confronti della giurisprudenza comunitaria sulla libera prestazione dei servizi non deve anche tradursi in forme di chiusura o arroccamento protezionistico a tutela della intangibilità dei singoli patrimoni costituzionali nazionali. Il processo d'integrazione costituzionale è giunto d'altra parte a uno stadio così

---

<sup>53</sup> M. Corti, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro nell'Europa sociale*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2008, I, pp. 249 ss., qui p. 250.

<sup>54</sup> 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.

<sup>55</sup> Si pensi in particolare alla formula, riproposta dall'art. 3.3 del TFUE; v. 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.

<sup>56</sup> V. M. Paci, *Welfare, solidarietà sociale e coesione della società nazionale*, in *Stato e Mercato*, 2008, pp. 3 ss.

avanzato che è difficile tracciare una sicura linea di confine tra ciò che è «europeo» e ciò che è «nazionale»<sup>57</sup>.

Per questo motivo non convincono le reazioni critiche che negano *tout court* alla Corte di giustizia la stessa legittimazione a mediare tra la nostra tradizione costituzionale ed principi costituzionali della *polity* comunitaria<sup>58</sup>. Così come non convincono le proposte di totale immunizzazione normativa della sfera sociale nazionale dai processi d'integrazione economica sopranazionale<sup>59</sup>. 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 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, ovviamente controllata, alla concorrenza, hanno del resto dimostrato di poter giovare ai processi di riforma dei sistemi nazionali di *welfare*.

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 europea – 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 inadeguato<sup>60</sup>. È necessario piuttosto rafforzare altre istanze di coordinamento – 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. In questo contesto, occorre anche tornare a ripensare 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 TUE).

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 dir. sul distacco dei lavoratori. Invero, la direttiva – così come è formulata – sarebbe già oggi capace di fornire risposte più appropriate ed adeguate: l'interpretazione in chiave liberista, 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 dir. ai

---

<sup>57</sup> Cfr. 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.

<sup>58</sup> V. in particolare M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia «bilancia» il diritto di sciopero*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 371 ss., spec. pp. 390-391.

<sup>59</sup> È noto che tra le diverse iniziative messe in campo dal movimento sindacale europeo per reagire alle improvvise decisioni assunte dalla Corte nelle sentenze *Viking* e *Laval*, figura la proposta d'introdurre, in via di riforma dei Trattati, un'apposita clausola di immunità dei diritti collettivi, se non anche dell'intera materia sociale, dalla possibile incidenza delle libertà economiche comunitarie (v. D. Gottardi, *Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in *Lav. dir.*, 2008, pp. 555 ss.).

<sup>60</sup> V. ad es. T. Treu, *Le regole sociali europee*, cit., pp. 43 e 50.

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 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 domestico<sup>61</sup> – si è poi risolta nel principale veicolo di compressione della autonomia normativa dei legislatori nazionali (dei paesi ospitanti)<sup>62</sup>. In assenza di quella scelta politica (ed a prescindere dalla singolare eterogenesi 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 domestici.

Fermo il nucleo di norme di applicazione necessaria individuate dall'art. 3.1 dir. 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 TCE. 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 con i 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* sociale. Il sindacato di proporzionalità andrebbe infatti svolto, nella specie, secondo quel criterio di «manifesta inadeguatezza»<sup>63</sup>, già utilizzato dalla Corte in altri casi e convincentemente proposto in dottrina con riguardo ai settori nei quali manca uno *standard* comunitario.

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*»<sup>64</sup>. 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»<sup>65</sup>; con un bilanciamento tra interesse (non necessariamente economico) europeo ed interesse nazionale che Joerges rintraccia (forse

---

<sup>61</sup> 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 quello italiano, hanno recepito la direttiva imponendo al prestatore di servizi straniero il rispetto praticamente dell'intero apparato protettivo nazionale.

<sup>62</sup> Cfr. G. Orlandini, *Ordine pubblico*, cit., p. 678.

<sup>63</sup> «*Manifestly inappropriate test*»: v. W. Sauter, H. Schepel, *State and Market in European Union Law. The Public and Private Spheres of the Internal Market before the EU Courts*, Cambridge, Cambridge University Press, 2009, spec. pp. 186 e 220.

<sup>64</sup> C. Joerges, *Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, Re-conceptualisation and Recent True Conflicts*, EU Working Papers - Law 2007/25, pp. 14 ss.

<sup>65</sup> *Ibidem*, p. 15.



troppo ottimisticamente) nella stessa giurisprudenza della Corte di giustizia sulla libera circolazione delle merci dopo la svolta «tollerante» di *Keck*.

b) Evidenti connessioni con la proposta appena evocata ha il tema – di pari rilievo costituzionale – 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 e univoche. È tuttavia indiscutibile che nella linea di faglia che produce la più forte asimmetria tra i due poli – quella della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento – i giudici di Lussemburgo hanno, almeno allo stato, fornito risposte gravemente elusive, 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 conflitto.

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 sindacato. Il discorso sul rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali meriterebbe invero di essere ripensato in radice in vista dell'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea della stessa forza giuridica dei Trattati, conseguente all'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 di Lussemburgo. È 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»<sup>66</sup>, in quanto suggerisce un'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, a motivi di interesse pubblico<sup>67</sup>, che in tanto possono giustificare una restrizione alle libertà di mercato – la vera premessa assiologica del ragionamento della Corte – in quanto rispettino il duplice vincolo di necessità/proporzionalità.

L'ordine del discorso andrebbe 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 libertà di circolazione, «ma piuttosto se la libertà di circolazione potesse essere interpretata in termini tali da garantire il rispetto dei diritti fondamentali»<sup>68</sup>. Probabilmente, una rilettura delle

---

<sup>66</sup> 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.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 357.

<sup>68</sup> B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: the Judgment Day*, in *European Law Journal*, 2007, pp. 279 ss., qui p. 303.

«clausole orizzontali» della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea 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) conseguenti<sup>69</sup>, pur nella consapevolezza della estrema difficoltà, oggi, di un 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 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, nella migliore delle ipotesi, improbabile. 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 capitolo.

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»<sup>70</sup> in essi incorporata. La proposta ha il pregio di determinare, via *hard law*, il tasso di differenziazione accettabile sulla base di *standard* sostanziali di tutela che non possono, tuttavia, essere omogeneamente imposti alle diversissime realtà dell'Europa oggi a ventisette. La seconda proposta – formulata alla Commissione europea nel rapporto sulla contrattazione collettiva transnazionale redatto dal gruppo di esperti coordinato da Edoardo Ales<sup>71</sup> – 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»<sup>72</sup>, nell'ambito del quale possano essere conclusi siffatti accordi.

Pensando nuovamente al caso 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, attraverso la fissazione di livelli retributivi minimi da rispettare integrando le previsioni della dir. del 1996 con *standard* materiali<sup>73</sup>. 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.

---

<sup>69</sup> Cfr. C. Pinelli, *Modello sociale europeo*, cit., pp. 267 ss.

<sup>70</sup> F.W. Scharpf, *The European social model*, cit., p. 663.

<sup>71</sup> 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.

<sup>72</sup> E. Ales, *La contrattazione*, cit., p. 548.

<sup>73</sup> A. Lo Faro, *Is a Decent Wage Part of a Decent Job?*, cit., p. 15.