

Stefano Giubboni
(Università di Perugia)

I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione europea¹

SOMMARIO: **1.** – Il paradosso del “deficit sociale” europeo. **2.** – Un confronto sinottico tra la Costituzione repubblicana del 1948 ed il testo originario del Trattato di Roma. **3.** – Paradigmi ordoliberali e *raison d'être* originaria della costituzione economica comunitaria. **4.** – La crisi dell'equilibrio costituzionale delle origini. **5.** – L’“infiltrazione” del diritto della concorrenza nei sistemi sociali degli Stati membri e l'interpretazione “riequilibratrice” della Corte di giustizia. **6.** – La cittadinanza dell'Unione ed i nuovi spazi della solidarietà sociale su scala europea. **7.** – Autonomia collettiva e libertà di mercato nella recente giurisprudenza comunitaria, ed i nuovi rischi di “collisione costituzionale” col sistema nazionale. **8.** – Qualche spunto conclusivo. **9.** – Riferimenti bibliografici essenziali.

1. Il paradosso del “deficit sociale” europeo. Vorrei esordire con una osservazione che sembrerà, e forse è, banale, e che tuttavia mi consente di andare dritto al cuore del paradosso – almeno apparente – sul quale sarà in buona parte incentrata la mia relazione. L'osservazione – in estrema sintesi – è anzitutto questa: la Comunità europea ha 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, sulla scia del primo piano d'azione approvato in materia nel Vertice parigino del 1974. L'esordio delle politiche sociali, o almeno delle politiche armonizzatorie della Comunità economica europea in materia di lavoro, è avvenuto, quindi, non solo con un ritardo significativo rispetto all'entrata in vigore del Trattato di Roma, ma soprattutto – è questo il succo della mia osservazione, ed il primo elemento del sottostante paradosso – 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” che, a ben vedere, viviamo ancora oggi alla ricerca di approdi più stabili di quelli assicuratici dalle riforme pur vorticosamente succedutesi nell'ultimo quindicennio.

¹ Relazione alle Giornate fiorentine di riflessione storico-teorica nel sessantesimo anniversario della Costituzione italiana, Firenze, Palazzo Vecchio, 2 e 3 ottobre 2008.

Se riferiamo più specificamente questa prima osservazione al caso italiano, è giocoforza (e banale) constatare che – mentre durante la lunga fase di assenza d'una politica sociale comunitaria si era formato il nucleo fondamentale del diritto del lavoro post-costituzionale nella sua dimensione garantistica “classica” (dal consolidamento di quello che Giuseppe Pera definì il “sistema sindacale di fatto”, sviluppatosi secondo un modello alternativo a quello prefigurato nella seconda parte dell'art. 39 Cost. ma pur sempre coerente con la fondamentale garanzia di libertà sociale racchiusa nel primo comma della norma costituzionale, alla introduzione di fondamentali garanzie statutarie nello stesso rapporto di lavoro con la l. n. 300/1970, sino alle storiche riforme del sistema previdenziale, con l'introduzione in particolare della pensione retributiva e della pensione sociale tra il 1968 e il 1969) – la prima fase della politica sociale della Comunità, che non a caso per buona parte si risolve nelle direttive sulla crisi dell'impresa, coincide *grosso modo* con la stagione del “diritto del lavoro dell'emergenza”, anticamera di quello che sarebbe stato poco più tardi chiamato il “diritto del lavoro della crisi”.

Allo stesso tempo, può osservarsi come, nell'ambito tanto del dibattito politico che di quello scientifico, si prenda coscienza della (o almeno si avverta con maggiore acutezza la) questione – centrale, e più che mai irrisolta oggi – del cosiddetto “*deficit* sociale” europeo (un *deficit* che si lega, evidentemente, a quello “democratico”), a ben vedere *solo dopo* che – a partire dall'Atto Unico Europeo del 1986 – la Comunità, non solo espande la propria azione in materia sociale, anche sul versante (sia pure rivisitato) delle politiche di armonizzazione, ma immette finalmente nel corpo del Trattato istitutivo basi normative autonome per la politica sociale sopranazionale, cioè proprie di essa e, dunque, formalmente svincolate da quelle a *ratio* economica funzionali alla realizzazione del mercato comune. La percezione di questo *deficit* si fa del resto sempre più acuta e più grave nel corso degli anni, sino a diventare per certi versi lacerante oggi, *pur* a fronte della ulteriore espansione e dell'indubbio rafforzamento di quelle basi giuridiche, e del più ampio complesso di strumenti istituzionali di azione in materia sociale e del lavoro, messo in atto dalla Comunità a partire già dalla revisione di Maastricht ed in particolar modo con il Trattato di Amsterdam del 1997.

Il paradosso sotteso alla osservazione appena fatta è allora questo: i diritti sociali conoscono, certamente in Italia, ma in realtà anche nel resto dell'Europa comunitaria, la stagione del loro massimo riconoscimento a livello costituzionale e legislativo da parte degli Stati membri della Comunità, in una fase in cui quest'ultima è pressoché completamente assente da quella sfera di azione che solo a partire dalla seconda metà degli anni Settanta ha assunto – pur tra alterne vicende – la consistenza di una politica sociale europea vera e propria. Ed, al contempo, il *deficit* sociale comunitario comincia ad essere percepito ed elaborato, in ambito sia politico-istituzionale che all'interno della comunità scientifica, *proprio* quando si inizia effettivamente a gettare le basi di una “Europa sociale”, ed a costruire, pur faticosamente, uno “spazio sociale europeo” con una gamma sempre più

vasta e articolata, per quanto frammentaria, di interventi, normativi e non, delle istituzioni sopranazionali.

A prima vista, potrebbe osservarsi che esiste un rapporto inversamente proporzionale tra momento nazionale e momento comunitario nell'affermazione dei diritti sociali. Ma si ha ragione di credere che l'apparente paradosso che lega i due momenti, e che quindi intreccia l'ordinamento nazionale e quello comunitario nella vicenda storica della garanzia dei diritti sociali nello spazio costituzionale europeo, rimandi ad una realtà più complessa ed esiga, per questo, un'indagine più accurata. Che è quanto mi propongo di fare – seppure, come ovvio, per grandi linee – con le riflessioni che seguono.

2. Un confronto sinottico tra la Costituzione repubblicana del 1948 ed il testo originario del Trattato di Roma. Ora, se si mettesse a confronto, in una immaginaria tavola sinottica, il testo della Costituzione repubblicana entrata in vigore nel 1948 con quello del Trattato di Roma, istitutivo della Comunità economica europea, nella formulazione vigente nel 1958, non si faticerebbe a scorgere, proprio nella materia oggetto di questa relazione, una differenza tanto essenziale quanto manifesta tra i due testi normativi. Se la Costituzione repubblicana spicca per l'ampiezza ed il rilievo sistematico del catalogo dei diritti sociali che vi sono espressamente riconosciuti, tanto da poter essere giustamente definita un *unicum* nel pur rigoglioso panorama costituzionale dell'Europa del secondo dopoguerra, il Trattato di Roma si segnala, per contro, per la pressoché completa assenza di competenze sopranazionali in materia sociale, oltre che per la totale assenza di enunciati normativi volti alla garanzia dei cosiddetti diritti di “seconda generazione”. Neppure l'art. 119 del Trattato CEE – la norma che, nel fissare un principio di parità retributiva a parità di lavoro maschile e femminile, incunea più in profondità le competenze legislative della neonata Comunità in materia sociale, suggerendo un possibile accostamento con disposizioni costituzionali degli Stati membri d'apparente analogo tenore – è in effetti volto, almeno nell'intenzione dei suoi redattori, a garantire un vero e proprio diritto sociale.

L'ideale confronto sinottico tra i due testi normativi nella loro formulazione originaria darebbe così la conferma più immediata della fulminante precisione del celebre giudizio di Federico Mancini sulla “frigidità sociale” dei padri fondatori della Comunità economica europea. Allo stesso modo, l'analisi puntuale delle revisioni del testo del Trattato istitutivo, stratificatesi a partire dall'Atto Unico Europeo, non potrebbe che restituire, con la stessa immediatezza, l'immagine di una graduale, costante espansione della sfera delle competenze comunitarie in materia di politica sociale in senso lato, in una con la progressiva costruzione di un robusto *acquis* legislativo e giurisprudenziale europeo, ricco di sempre più estesi riconoscimenti anche in tema di diritti sociali. Nella prospettiva di analisi suggerita da tale lettura sinottica (prospettiva largamente prevalente nelle trattazioni, non solo manualistiche, della materia), la graduale espansione delle competenze sociali della Comunità ed il corrispondente avvio, allo stesso livello sopranazionale, di un processo di “costituzionalizzazione” dei diritti sociali fondamentali, ormai prossimo al suo approdo conclusivo col

richiamo della Carta di Nizza da parte dell'art. 6 del nuovo Trattato UE, convergono nella direzione del superamento di quella asimmetria costituzionale originaria, innervando anche l'ordinamento comunitario delle medesime radici sociali da cui germogliarono, prima fra tutte la Carta repubblicana del 1948, le costituzioni del secondo dopoguerra, e di cui ancora fundamentalmente si nutrono e traggono la loro legittimazione normativa – pur nel mutato contesto socio-economico – i sistemi di *Welfare* degli Stati membri.

Questa appena evocata è la visuale – ancora prevalente, come dicevo, nelle ricostruzioni dottrinali della materia – che indubbiamente meglio consente, e consentirebbe anche qui, di dar conto dello sviluppo del diritto sociale comunitario e dell'incidenza che questo ha esercitato – in termini, come si dice, di “integrazione positiva” – sui sistemi nazionali di diritto del lavoro e della sicurezza sociale. È tuttavia possibile rileggere il rapporto tra Costituzione repubblicana e ordinamento comunitario in materia di diritti sociali anche da un'altra angolatura, non meno ricca di implicazioni teoriche, pur se inevitabilmente meno attenta di quella appena accennata a registrare lo sviluppo storico delle basi giuridiche della politica sociale nei Trattati e la conseguente attività di produzione normativa in materia sociale delle istituzioni comunitarie. Questa seconda prospettiva di analisi è, anzi, quella che si ritiene di dover privilegiare qui, in quanto è quella che sembra più adatta a misurarsi con quell'apparente paradosso che segna l'emersione dell'“Europa sociale”, di cui ho detto in esordio.

In questa relazione mi asterrò quindi dal seguire la tradizionale linea di lettura del rapporto tra i due ordinamenti, per tentare una ricostruzione di segno diverso. Da un lato proporrò, e non solo per ovvi limiti di tempo, una lettura molto più selettiva dell'incidenza dell'evoluzione dell'ordinamento comunitario sui diritti sociali riconosciuti dalla Costituzione repubblicana; dall'altro adotterò un punto di vista per l'appunto diverso, e in certa misura alternativo, rispetto a quello dischiuso dalla prospettiva di analisi ancora oggi più diffusa. Analizzerò l'incidenza dell'ordinamento comunitario sui diritti e le politiche sociali nazionali prevalentemente dal punto di vista di quella che viene usualmente definita come “integrazione negativa”, dando conto, in particolare, dei termini in cui è cambiato, dalle origini del processo integrativo ad oggi, il rapporto tra costruzione del mercato integrato e garanzia dei sistemi “domestici” di diritto del lavoro e del *Welfare* nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee. È infatti nelle tensioni che nascono da questo rapporto che risiede – a mio avviso – la prima ragion d'essere del paradosso al quale ho fatto cenno.

3. Paradigmi ordoliberali e *raison d'être* originaria della costituzione economica comunitaria. L'originaria assenza, nel corpo dei Trattati istitutivi, di significative competenze sociali della Comunità risponde, storicamente, ad una *ratio* ben precisa, che metafore come quella della “frigidità” o della “insensibilità sociale” dei padri fondatori rischiano in qualche modo di oscurare, o almeno di non cogliere appieno. In realtà, il Trattati istitutivi della CECA e della CEE, a dispetto dell'oggettiva pochezza delle competenze comunitarie, non ignorarono affatto le questioni sociali, che furono come

noto ben presenti nei negoziati che ne precedettero la stesura e la ratifica (basti pensare al Rapporto Spaak), ma le inquadrarono, peraltro con congegni istituzionali diversi, in una prospettiva che voleva essere, e che per un significativo tratto iniziale del processo integrativo fu anche effettivamente, coerente con un doppio, correlato ordine di esigenze: da un lato, certo, 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; ma dall'altro, e nello stesso tempo, 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 specificamente declinata nei Trattati CECA e CEE riconoscendo agli Stati membri piena libertà di azione nella sfera – latamente intesa – delle politiche sociali. E queste vennero effettivamente perseguite e sviluppate a livello nazionale – con la straordinaria intensità che segna la cosiddetta “età dell'oro” del *Welfare State* europeo – in adempimento di quelle promesse di liberazione dal bisogno e di emancipazione 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 alla prima assegnata 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 1958 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 competenza tra livello comunitario e livello nazionale iscritta nel testo del Trattato di Roma e ben visualizzata dalla immagine della "scissione della dimensione sociale dalla istituzionalizzazione di un sistema europeo di concorrenza non distorta".

Come ha ancora osservato Christian 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". 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 per l'appunto diverse le "famiglie" del *Welfare State* in Europa.

In sintesi, per riprendere ancora Joerges, "L'Europa veniva costituita come sistema duale. La sua costituzione economica era "impolitica", 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".

4. La crisi dell'equilibrio costituzionale delle origini. In quell'equilibrio, almeno teorico, "costituzione economica" e "costituzione sociale" appartengono dunque a due sfere chiaramente e nettamente 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, allora, in questa configurazione ideal-tipica, come non è effettivamente esistito in una prima fase del processo di 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 prescrizioni costituzionali 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 al sindacato.

Il *deficit* sociale europeo, così come viene concettualizzato a partire dalla fine degli anni Settanta, origina piuttosto 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 settoriale soprattutto col Trattato di Amsterdam, a produrre adeguate risposte compensative nella sfera delle politiche sociali, i principi della costituzione economica europea si impongono sempre più in profondità 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.

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 squisitamente politica. Ma nella nostra ottica, 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 e dei diritti sociali nazionali. È e resta questo, infatti, come cercherò di dimostrare con qualche esemplificazione tra breve, 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 in particolare dal riconoscimento, a quel livello costituzionale, di principi e diritti sociali fondamentali, appaiono essenzialmente come il tentativo – solo in parte coronato da successo, come dimostra da ultimo la revisione di Lisbona – di compensare la straordinaria espansione del processo di integrazione del mercato 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 la già citata, efficace espressione di ascendenza polanyiana – si svolgono in un clima di grande incertezza, e gli approdi auspicati sembrano tanto lontani, quanto confuse risultano le indicazioni che provengono dalle concrete dinamiche di interazione tra ordinamento comunitario e nazionale e, soprattutto, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Nell'analisi che segue – selettivamente dedicata, come anticipato in apertura, alla giurisprudenza dei giudici di Lussemburgo che appare più significativa ai nostri fini – si cercherà di dar conto della problematicità e persino della contraddittorietà di tali tentativi, dai quali è invero arduo poter estrapolare, non si dice una unitaria direzione di marcia, ma almeno una tendenza che possa dirsi sicuramente prevalente sulle altre.

5. L'“infiltrazione” del diritto della concorrenza nei sistemi sociali degli Stati membri e l'interpretazione “riequilibratrice” della Corte di giustizia. All'inizio degli anni Novanta, i cultori del diritto del lavoro e della sicurezza sociale furono scossi dal grido d'allarme lanciato da un compianto maestro europeo della disciplina con la denuncia dei gravissimi rischi di destabilizzazione derivanti dalla “infiltrazione” del diritto comunitario della concorrenza nei rispettivi sistemi nazionali. Gérard Lyon-Caen stigmatizzava in quella denuncia la sbrigativa argomentazione con la quale la Corte di giustizia aveva appena dichiarato l'illegittimità del monopolio pubblico di collocamento del personale direttivo, già previsto dalla legge tedesca, per contrasto col divieto di abuso di posizione dominante nel mercato comune, accingendosi di lì a poco a trarre la stessa conclusione per il ben più inefficiente e burocratico sistema italiano.

A motivare la preoccupata analisi di Lyon-Caen era peraltro soprattutto il rischio che un'analoga soluzione potesse essere estesa ai monopoli pubblici stabiliti dai legislatori nazionali in materia di assicurazioni sociali obbligatorie, la struttura portante – in tutta Europa – dei sistemi di *Welfare State*. Un giudice francese aveva infatti appena rinviato alla Corte di giustizia la questione se un siffatto monopolio legale – costituito nella specie a favore di un ente pubblico di previdenza istituito per talune categorie di lavoratori autonomi – potesse ritenersi in contrasto con le regole comunitarie in materia di concorrenza.

La risposta della Corte di giustizia fu, in quella prima occasione, favorevole alla legittimità del monopolio pubblico del regime di previdenza sociale obbligatoria. A poca distanza di tempo, tuttavia, la Corte ribaltò la conclusione raggiunta nella sentenza *Poucet e Pistre*, per affermare il carattere imprenditoriale della attività svolta da un altro ente di previdenza francese, sia pure impegnato, questa volta, nella gestione di un regime pensionistico integrativo e facoltativo. Un terreno di prioritaria rilevanza – anche costituzionale (come tipicamente nel caso italiano alla stregua dell'art. 38 Cost.) – in tutti i sistemi europei di protezione sociale, diveniva dunque improvvisamente ed inopinatamente conteso dal diritto comunitario della concorrenza e del mercato, messo a rischio dalla “infiltrazione” delle regole della costituzione economica sopranazionale.

A quindici anni di distanza dalla prima sentenza resa dai giudici di Lussemburgo in questo spazio conteso di intervento sociale degli Stati nazionali, può ragionevolmente dirsi che la Corte di giustizia – influenzando processi di riforma messi in atto sia nell'ordinamento comunitario che in quelli nazionali – abbia saputo ritrovare un equilibrio, ovviamente nuovo e diverso da quello iniziale, tra le istanze della integrazione dei mercati finanziari ed assicurativi e quelle della garanzia pubblica di essenziali diritti sociali di prestazione. Il filo rosso di tale giurisprudenza riequilibratrice è rappresentato dalla costruzione di una nozione dinamica di solidarietà sociale quale limite applicativo delle regole di concorrenza, flessibilmente modulabile a seconda della intensità delle funzioni solidaristiche assolte dagli enti previdenziali nazionali nello specifico contesto di volta in volta in rilievo. Una nozione di solidarietà che – inizialmente pensata in chiave di difesa dei sistemi nazionali di sicurezza sociale dalla eccessiva invadenza del

diritto comune della concorrenza – si è nel frattempo significativamente evoluta, come accennerò tra breve, verso nuove direzioni che potremmo chiamare attive, potenzialmente propulsive, cioè, di una nuova dimensione della solidarietà sociale su scala transnazionale ed europea.

Dovendo sintetizzare un percorso irto di asperità tecniche e segnato ancora da non poche incertezze interpretative, può dirsi, quanto al primo versante di quella nozione, che il carattere solidaristico dell'attività svolta dall'ente (pubblico o privato) di previdenza ha finito per avere rilievo come limite al diritto della concorrenza in due modi. In una prima ipotesi, in presenza di determinati connotati sociali dell'attività svolta dall'ente previdenziale – e la Corte di giustizia ha potuto scrutinare un'ampia e variegata casistica, che ha coinvolto regimi pubblici e privati, legali e convenzionali, obbligatori e facoltativi, a ripartizione e a capitalizzazione –, la pur lata nozione d'impresa utilizzata dal caso *Höfner* in poi diventa inapplicabile, appunto in ragione del carattere non economico ma *tout court* solidaristico dell'attività in rilievo (è il caso della esclusione “a monte” delle regole concorrenziali, ovvero, per usare l'efficace espressione di una studiosa, della *market prevention*). In una seconda ipotesi, in qualche modo gradata rispetto alla prima, la presenza di (minori) elementi solidaristici nell'attività del fondo pensione, se non riesce ad escludere l'applicazione del diritto della concorrenza, consente tuttavia di giustificare deroghe, anche ampie, all'operatività delle relative regole a salvaguardia della missione d'interesse sociale e pubblico affidata all'ente all'interno del sistema previdenziale nazionale ai sensi dell'art. 86.2 del Trattato CE (è il caso della *market limitation*).

Non è ovviamente possibile dar qui conto in forma esaustiva della raffinata operazione di bilanciamento degli interessi in gioco che la Corte ha fatto transitare attraverso la modulazione di tale nozione “difensiva” di solidarietà sociale europea. Qui basti dire che, mentre in una prima fase la Corte ha adottato un approccio di tipo analitico, dando la prevalenza a indici tecnici di rilevazione della solidarietà quale, tipicamente, quello delle modalità di gestione finanziaria (a ripartizione o a capitalizzazione) delle risorse da parte dell'ente previdenziale, in tempi più recenti i giudici di Lussemburgo sembrano esseri indirizzati verso una valutazione che potremmo definire di tipo “sincretico” o “globale” della funzione solidaristica assolta dall'ente nell'ambito del sistema nazionale di sicurezza sociale.

Tracce della impostazione analitica sono ancora ben visibili in un importante caso riguardante il sistema italiano, nel quale la Corte di giustizia si è trovata a valutare la legittimità del monopolio attribuito dal legislatore nazionale all'INAIL praticamente a ridosso della sentenza con la quale la Corte costituzionale aveva negato l'ammissibilità del relativo referendum abrogativo. In un interessante dialogo indiretto condotto “a distanza” col nostro giudice delle leggi, la Corte di Lussemburgo ha negato che l'INAIL possa considerarsi un'impresa, escludendo quindi anche di poter applicare il diritto della concorrenza al monopolio sull'assicurazione obbligatoria contro gli infortuni sul lavoro, svolgendo una indagine analitica e rigorosa degli indici di solidarietà rilevanti nella specie, e concludendo per la preminente funzione redistributiva (in termini di rischio e di reddito)

assolta dall'Istituto capostipite del sistema italiano di assicurazioni sociali. Il caso *INAIL* ha così inaugurato una fase di deciso riassetto della giurisprudenza comunitaria, laddove – per il tramite d'una valutazione globale e complessiva dei diversi indici di solidarietà – si tende ora a riassegnare una decisa prevalenza alla funzione sociale perseguita dall'ente previdenziale all'interno del sistema nazionale di *Welfare*, subordinando ad essa le esigenze di tutela della concorrenza nel mercato comune.

Una conferma assai eloquente di tale nuovo corso giurisprudenziale viene da due recenti e importanti sentenze (*AOK Bundesverband* e *Federación Española de Empresas de Tecnología Sanitaria - FENIN*). Nella prima la Corte ha escluso che le casse di malattia tedesche possano essere qualificate come imprese nell'esercizio della prerogativa legale di fissazione dei massimali dei medicinali presi a carico dal sistema assicurativo pubblico, affermando che esse “contribuiscono alla gestione del sistema di previdenza sociale”, svolgendo, “a tale riguardo, una funzione di carattere esclusivamente sociale, fondata sul principio di solidarietà e priva di qualsiasi scopo lucrativo”. Nella motivazione della sentenza i profili di concorrenzialità, pur presenti in quel sistema, vengono totalmente assorbiti all'interno di una valutazione “olistica” di quella “sorta di comunità fondata sul principio di solidarietà (*Solidargemeinschaft*)”, forgiata dall'ordinamento nazionale, per essere ridotti ad additivi utili ad assicurare una gestione efficiente del servizio senza per ciò stesso alternarne il carattere esclusivamente sociale. La Corte sembra così prescindere da una verifica puntuale della ricorrenza dei singoli indici di solidarietà, nei termini che improntano invece l'*iter* argomentativo seguito in *Poucet e Pistre* ed ancora nel caso *INAIL*, per valorizzare piuttosto la complessiva missione sociale attribuita alle casse di malattia ed alle loro federazioni dentro il sistema nazionale di protezione sociale.

Analogamente, anche in *FENIN* la Corte adotta una valutazione globale e sincretica degli elementi di solidarietà presenti nel servizio sanitario nazionale spagnolo, per fondare sulla sua finalità sociale complessiva l'esclusione dell'operatività delle regole comunitarie di concorrenza. Pure qui si delinea un'ampia sfera di immunità dal diritto *antitrust* attraverso l'enucleazione di una definizione allargata di solidarietà, capace di escludere “a monte” la rilevanza della speculare nozione di impresa in chiave difensiva delle scelte di politica sociale compiute dal legislatore nazionale. Confermando le valutazioni già espresse sulla fattispecie dal Tribunale di primo grado, la Corte non si sofferma sulla descrizione dei meccanismi attraverso i quali il servizio sanitario nazionale spagnolo adempie alla sua funzione sociale di garanzia universalistica della tutela della salute, ma si limita a ribadire che, al fine di valutare la natura dell'attività di acquisto degli strumenti medici, non si deve separare il momento dell'approvvigionamento da quello dell'utilizzo successivo del prodotto, sul presupposto che entrambi siano inscindibilmente uniti dalla loro finalità sociale complessiva. In tal senso – come è stato osservato da un'attenta dottrina – la sentenza della Corte si segnala per il riconoscimento di una “potenziale *vis expansiva* della missione di interesse generale insita in un servizio pubblico corrispondente al diritto sociale alla salute, in grado di

attrarre nell'area dell'esenzione dal diritto comunitario anche attività strumentali poste a monte della erogazione del servizio”.

D'altra parte, anche nei casi in cui – essenzialmente in presenza di fattispecie di previdenza pensionistica complementare – la Corte di giustizia ha applicato l'ampia nozione di attività economica e di impresa elaborata nell'ambito del diritto della concorrenza, la valutazione finale è stata quasi sempre nel senso della legittimità comunitaria dei diritti esclusivi o delle vere e proprie situazioni di monopolio riconosciute ai fondi pensione dal legislatore nazionale, con applicazione della deroga consentita dall'art. 86.2 del Trattato CE. Pur qualificando come imprese i fondi pensione gestiti a capitalizzazione, la Corte ha invero chiaramente mostrato di esser pronta a fare un utilizzo piuttosto permissivo di tale ultima disposizione onde riconoscere la legittimità delle limitazioni del gioco della concorrenza nel mercato dei servizi eventualmente stabilite a vantaggio degli stessi dai legislatori nazionali. L'esempio paradigmatico è qui costituito dal celebre caso *Albany*, del 1999, in cui la Corte ha fissato anche i confini della immunità della contrattazione collettiva dal diritto comunitario *antitrust*. Nella sentenza *Albany*, Corte ha ritenuto la legittimità dei diritti esclusivi riconosciuti al fondo pensione olandese, accettando senz'altro l'argomento della cosiddetta spirale negativa dei rischi. La salvaguardia della missione d'interesse sociale del fondo pensionistico a capitalizzazione è perciò avvenuta sulla base di un'ampia valutazione prognostica di ragionevolezza circa la (possibile) avversa distribuzione dei rischi (“cattivi”) in caso di abolizione del monopolio.

Anche nel giudizio che si svolge “a valle” della qualificazione dell'attività previdenziale come di natura economica, sembra perciò ormai profilarsi una certa propensione della Corte a fare un uso piuttosto largo della deroga consentita dall'art. 86.2 del Trattato CE, ammettendo una corrispondente compressione del gioco della concorrenza ogni volta che la stessa appaia ragionevolmente necessaria per consentire lo svolgimento della missione di interesse generale in condizioni economicamente accettabili. Emerge in altri termini una propensione a giustificare limitazioni della concorrenza sulla base di considerazioni di natura sociale che, come vedremo tra breve, non si riscontra oggi nella sfera di applicazione delle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, ove la tendenza, rafforzata dalle pronunce più recenti, è, semmai, nel senso di un'applicazione rigorosa del *test* di necessità e proporzionalità.

Al di là delle incertezze e delle oscillazioni rinvenibili nella giurisprudenza comunitaria, il quadro che emerge dall'analisi degli usi “difensivi” della nozione di solidarietà sociale rispetto al diritto comune della concorrenza sembra dunque testimoniare dell'esistenza di un'ampia sfera di compatibilità o – come si è suggerito in dottrina – di “complementarietà” tra i diversi nuclei di interessi in gioco ed i corrispondenti ordini normativi. L'applicazione dell'art. 86.2 del Trattato CE agli assetti normativi nazionali di previdenza complementare – al variabilissimo *mix* di concorrenza e solidarietà, di libertà di mercato e di intervento vincolistico pubblico che questi esibiscono – sembra porre gli Stati membri sotto una “pressione giustificativa” tutt'altro che ostile alle esigenze della protezione sociale. Tale logica combinatoria tra solidarietà e concorrenza, nei termini implicati dall'applicazione dell'art. 86.2

del Trattato CE in un'ottica molto attenta al rispetto delle scelte regolative compiute dai legislatori e dalle parti sociali nazionali, sembra così indicare la via metodologicamente più corretta ed appropriata per situare le attività dei fondi pensione dentro lo spazio comunitario. I guadagni di efficienza garantiti dal gioco (controllato) della concorrenza nel mercato comune, al pari delle economie di scala consentite dalla libertà (coordinata) di circolazione transfrontaliera dei servizi pensionistici, giovano, infatti, allo sviluppo dei sistemi nazionali di previdenza complementare, lasciando intravedere la possibilità di nuovi terreni di affermazione di forme di solidarietà sociale su scala transnazionale ed europea.

Questa logica, per tornare al tema del confronto con le garanzie rintracciabili nell'art. 38 della nostra Costituzione in tema di accesso ai diritti sociali di prestazione di natura previdenziale, colloca del resto l'evoluzione della giurisprudenza comunitaria in una posizione di innegabile convergenza con la parallela evoluzione della giurisprudenza costituzionale e dello stesso sistema normativo italiano. Specialmente l'evoluzione registratasi in tema di disciplina della previdenza complementare, dimostra infatti che la Corte costituzionale ha ormai fatto interamente propria una lettura dell'art. 38 Cost. che consente il concorso dei privati nella attuazione della garanzia costituzionale dei mezzi adeguati alle esigenze di vita del lavoratore, prevista da quella norma, con una corrispondente (legittima) parziale ritrazione del sistema pensionistico pubblico in vista del contemperamento con le esigenze di equilibrio del bilancio dello Stato. Quella lettura, nel contemplare una funzionalizzazione della previdenza complementare agli obiettivi di adeguatezza della tutela previdenziale di cui all'art. 38, comma 2, Cost., sconta, come è stato autorevolmente notato, "l'accettazione del superamento del monopolio pubblico, attraverso l'adozione di un sistema binario di protezione sociale", che sembra andare nella medesima direzione del tentativo di combinazione di solidarietà e concorrenza perseguito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sopra ricordata.

6. La cittadinanza dell'Unione ed i nuovi spazi della solidarietà sociale su scala europea. Del resto, come accennavo, la giurisprudenza della Corte comunitaria è all'origine di un altro importante sviluppo – pure di forte impatto costituzionale – nel senso di una nuova apertura dei meccanismi di solidarietà attuati nell'ambito degli Stati sociali nazionali ad una dimensione autenticamente europea e transnazionale. In questa giurisprudenza, la libertà di circolazione riconosciuta dal Trattato CE a tutti i cittadini dell'Unione in quanto tali, a prescindere dalla loro collocazione funzionale nel mercato comune, è divenuta veicolo di accesso ai sistemi di assistenza sociale degli Stati membri ben oltre i limiti che, ad una lettura rigorosa, potrebbero dedursi dal diritto comunitario derivato.

Quella giurisprudenza è all'origine di una tendenza ad una piena de-nazionalizzazione e de-territorializzazione dei circuiti statuali (o sub-statali) della solidarietà sociale, non lontana dal raggiungere il traguardo preconizzato qualche anno fa dall'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer con formula di felice sintesi: "la creazione di una cittadinanza dell'Unione,

con il descritto corollario in materia di libera circolazione dei suoi titolari nel territorio di tutti gli Stati membri, indica un considerevole progresso qualitativo in quanto separa tale libertà dai suoi tradizionali elementi funzionali o strumentali (la relazione con un'attività economica o con la creazione del mercato interno) e la eleva a categoria di diritto proprio e indipendente, inerente allo *status* politico dei cittadini dell'Unione".

Oggi è un dato acquisito che i cittadini europei sono in grado di esercitare i loro diritti di circolazione e di soggiorno – coi correlati titoli di accesso ai sistemi nazionali di protezione sociale – sostanzialmente oltre quanto stabilito, non solo dalle direttive europee degli anni Novanta, ma dalla stessa direttiva di "ricodificazione" del 2004. I giudici di Lussemburgo hanno operato una sostanziale inversione dell'ordine in cui l'art. 18 del Trattato CE poteva essere visualizzato – nella prospettiva tradizionale – rispetto alle altre disposizioni in materia di libertà fondamentali. Il risultato di tale innovazione interpretativa è che la libertà del cittadino che si sposta all'interno dell'Unione non è più assunta, come già nell'impostazione tradizionale, quale mera libertà di mercato, ma in qualche modo si connota (anche) come libertà dal bisogno, che reclama, per questo, il soccorso solidaristico della comunità del paese ospitante, ovvero – per citare la formula impiegata dalla Corte di giustizia – "un certo grado di solidarietà finanziaria dei cittadini di uno Stato membro con quelli degli altri Stati membri, specie quando le difficoltà cui va incontro il beneficiario del diritto di soggiorno sono di carattere temporaneo".

Anche in tal caso non senza ambiguità e contraddizioni, i giudici di Lussemburgo hanno assunto un preciso ruolo di "ingegneria sociale", fondando sullo *status* di cittadino dell'Unione il centro propulsore di nuove forme di solidarietà transnazionale. Si tratta di una forma, sia pure *statu nascenti*, di solidarietà nuova rispetto a quella "meccanica" e "funzionale", già dominante nella storia della costruzione del mercato integrato e selettivamente rivolta a vantaggio dei soli soggetti attivi nel processo di produzione e di circolazione europea della ricchezza. Qui emerge infatti un'idea di "solidarietà organica", per riadattare con Reiner Zöll le note categorie di Durkheim, che ha vocazione ad estendersi sia al di fuori della cerchia di quanti partecipano ai processi di mercato (seppure su scala europea), sia, e simultaneamente, oltre i confini delle comunità nazionali, cui è storicamente ristretto l'intervento del *Welfare State*. E dunque un'idea di solidarietà che si realizza autenticamente "tra estranei" su di un piano transnazionale.

Questi sviluppi fanno tesoro – sul piano delle applicazioni dell'istituto della cittadinanza dell'Unione – di una lunga esperienza di elaborazione creativa dei principi di non discriminazione e di parità di trattamento da parte della giurisprudenza della Corte di giustizia. Quella giurisprudenza – che in materia sociale ha avuto come principale punto di ancoraggio normativo il principio di parità di trattamento tra lavoratori e lavoratrici quale sancito oggi dall'art. 141 del Trattato CE e da una ramificata disciplina secondaria – ha rivestito anzi storicamente un rilievo decisivo nelle dinamiche dello stesso ordinamento interno, con ricadute innovative assai rilevanti in termini costituzionali. Non è un caso allora che anche su questo terreno si siano registrate importanti convergenze nella elaborazione

giurisprudenziale della Corte di giustizia comunitaria e della Corte costituzionale nazionale.

Per rievocare le problematiche della “solidarietà tra estranei” sottese alla richiamata giurisprudenza comunitaria, non sembra improprio scorgere una qualche assonanza di impostazione, o quantomeno una significativa convergenza di risultati di tutela, con la coraggiosa giurisprudenza costituzionale con cui il nostro giudice delle leggi ha finalmente posto un argine alla tendenza, ma diremmo meglio alla deriva legislativa, volta ad escludere da prioritarie prestazioni di assistenza sociale cittadini stranieri non comunitari, pur regolarmente residenti nel territorio nazionale (v. da ultimo l'importante sentenza n. 306 del 2008). Si tratta peraltro di una tendenza radicata, che alle consuete esigenze di contenimento o senz'altro di ridimensionamento della spesa sociale, associa qui una selettiva calibratura su soggetti che si ritiene di dover escludere dalla sfera della solidarietà sociale realizzata dalla “comunità nazionale di destino”, e che si è ad esempio ancora di recente manifestata con l'introduzione di un draconiano requisito di residenza (valevole anche per i cittadini comunitari) ai fini dell'accesso all'assegno sociale previsto dall'art. 3, comma 6, della legge n. 335 del 1995. Ma ad arginare questa tendenza è di conforto ora il fatto che possono in prospettiva concorrere – accanto ai principi fondamentali della Costituzione repubblicana (qui soprattutto gli artt. 2 e 3, in combinato disposto con l'art. 38) – anche i principi di solidarietà europea, elaborati dalla Corte di giustizia sulla scorta degli artt. 12, 17 e 18 del Trattato CE.

7. Autonomia collettiva e libertà di mercato nella recente giurisprudenza comunitaria, ed i nuovi rischi di “collisione costituzionale” col sistema nazionale. Se il quadro sinteticamente tratteggiato sin qui ha consentito di mettere in luce – pur con le rilevate incertezze interpretative – significativi esempi di riequilibrio e di convergenza “virtuosa” tra Costituzione nazionale e ordinamento dell'Unione europea in un'area così delicata quale quella della organizzazione e della provvista pubblica di classici diritti sociali di prestazione, ben altro è lo scenario dei rapporti tra i due ordinamenti che si dischiude oggi su di un versante non meno centrale nella strutturazione dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, qual è quello costituito dalla garanzia del diritto di sciopero e, più in generale, della libertà di azione e di contrattazione collettiva.

È anzi su questo versante che la questione del *deficit* sociale (e democratico) europeo rischia oggi di incancrenirsi con ripercussioni drammatiche sulla tenuta dei sistemi nazionali di protezione del lavoro. La garanzia dei diritti sociali fondamentali consacrati segnatamente dagli artt. 39 e 40 della nostra Costituzione esce infatti in prospettiva notevolmente indebolita, sino al limite del rischio di “collisione costituzionale” già evocato da una parte della dottrina, dal confronto con le libertà economiche di prestazione dei servizi e di stabilimento nei termini affermati da una giurisprudenza comunitaria che ha già prodotto conseguenze di forte destabilizzazione normativa sui sistemi di relazioni industriali sui quali si è appuntata (in particolare, su quello svedese e su quello finlandese).

Nelle recenti sentenze *Viking* e *Laval* – ormai note ben oltre la cerchia dei cultori del diritto del lavoro europeo – la Corte di giustizia era stata sollecitata per la prima volta a dare risposte esplicite e dirette su uno dei gangli più delicati del funzionamento del mercato interno nell'Unione allargata, qual è quello costituito dal rapporto tra diritti di azione e di contrattazione collettiva, riconosciuti dagli ordinamenti costituzionali nazionali, e spazi di libertà assicurati all'impresa transnazionale dagli artt. 43 e 49 del Trattato CE.

La prima controversia nasceva dalla decisione d'una compagnia finlandese di navigazione di cambiare bandiera ad una delle navi addette al servizio nella tratta tra Helsinki e Tallin, con la conseguente graduale sostituzione dell'equipaggio (e naturalmente del correlativo trattamento economico e normativo previsto dal contratto collettivo) di nazionalità finlandese con lavoratori estoni, alle più favorevoli condizioni economiche consentite dalla normativa legale e contrattuale del paese di nuovo stabilimento. Alla azione collettiva (nella forma dello sciopero e del boicottaggio), avviata dal sindacato finlandese dei marittimi col sostegno della federazione internazionale dei lavoratori del settore, la Viking Line, assumendo la violazione della propria libertà di stabilimento ex art. 43 del Trattato CE, aveva contrapposto un'azione giudiziale inibitoria e risarcitoria incardinata, giusta le previsioni del regolamento n. 44/2001, dinanzi alla *Commercial Court* di Londra e, all'esito dell'impugnazione della *injunction* da questa concessa, davanti alla Corte d'appello londinese. Tale ultimo giudice chiedeva in sostanza alla Corte se l'azione collettiva intrapresa dal sindacato finlandese con l'appoggio della federazione internazionale potesse considerarsi una violazione – anche nella forma dell'ostacolo ingiustificato o sproporzionato – della libertà di stabilimento della Viking Line, la risposta positiva al quesito presupponendo, all'evidenza, che fosse risolta in senso affermativo la questione di fondo sollevata dalla controversia: se la libertà di cui all'art. 43 del Trattato CE dispiegasse una efficacia diretta orizzontale nei rapporti interprivati e fosse per ciò stesso opponibile dalla impresa interessata alle contrapposte organizzazioni sindacali.

La seconda controversia sollevava una questione simile, ma riferita stavolta alla asserita efficacia orizzontale della libertà di prestazione dei servizi ex art. 49 e significativamente complicata dal fatto che alla fattispecie oggetto del rinvio pregiudiziale risultava applicabile, accanto alla norma del Trattato, anche la direttiva 96/71/CE, recante la disciplina del distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione intracomunitaria di servizi. L'azione di lotta – nella forma dello sciopero (anche di solidarietà) e del blocco – era stata infatti in questo caso intrapresa dal sindacato svedese contro una società lettone che, aggiudicatasi un appalto pubblico per la costruzione d'una scuola nei sobborghi di Stoccolma attraverso una sua filiale stabilita in Svezia, aveva poi distaccato direttamente dalla casa madre le maestranze necessarie per l'esecuzione dei lavori, avvalendosi della facoltà riconosciuta dall'art. 1 della citata direttiva del 1996. La società, che applicava ai propri dipendenti in distacco il trattamento previsto dal contratto collettivo concordato col sindacato lettone, si era rifiutata di aderire al contratto di categoria svedese che avrebbe poi consentito, con garanzia di pace sindacale,

di negoziare a livello aziendale il trattamento retributivo – di gran lunga superiore a quello in essere – da applicare concretamente nel cantiere ai lavoratori ivi distaccati. Questo rifiuto aveva determinato una dura risposta sindacale, risoltasi in buona sostanza in un blocco di tutte le attività della filiale svedese della Laval e nel conseguente fallimento della stessa: di qui l'azione risarcitoria della società davanti al giudice svedese.

La concrete vicende all'origine dei due rinvii pregiudiziali – ed in particolar modo del secondo – riuscivano così a condensare in sé tutti gli elementi tipici di quello che il dibattito che ha preceduto il grande allargamento del maggio 2004 aveva identificato come il principale pericolo di destabilizzazione sociale della nuova Europa: lo spettro del *dumping* sociale – che già aveva aleggiato sul contrastato processo di negoziazione della direttiva sulla liberalizzazione dei servizi (la cosiddetta “Bolkestein”) – sembrava essersi improvvisamente materializzato nel suo aspetto più sinistro, sovraccaricando i casi *Viking* e *Laval* di un significato simbolico e politico che andava ben al di là del pur centrale rilievo delle questioni giuridiche rimesse alla Corte. Questa era comunque chiamata ad esprimere il proprio giudizio su questioni di cruciale rilievo costituzionale per la *polity* europea, in quanto direttamente incidenti sui meccanismi di interdipendenza tra i sistemi sociali nazionali e la costituzione economica sopranazionale.

La Corte ha fornito risposte improntate ad un arcigno dogmatismo liberale, molto lontano dalla sensibilità dimostrata nei confronti della manifestazioni della autonomia collettiva, sia pure in un distinto ambito tecnico-normativo, nella già ricordata sentenza *Albany*, alla quale non a caso avevano fatto ampio richiamo le difese spiegate in giudizio dalle organizzazioni sindacali interessate. Un acuto osservatore americano – con un paragone certamente improprio e forzato sul piano storico e giuridico, ma indubbiamente suggestivo su quello retorico – ha addirittura accostato gli accenti protoliberali coi quali la Corte comunitaria interpreta la garanzia costituzionale-sopranazionale delle due libertà di mercato alla giurisprudenza dell’“era *Lochner*” della Corte Suprema degli Stati Uniti. Per quanto forzata, la similitudine segnala efficacemente la tendenza alla assolutizzazione della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi che riviene in primo luogo dalla scarna argomentazione con la quale la Corte di giustizia attribuisce alle due libertà di mercato una diretta efficacia orizzontale nei rapporti tra soggetti privati e, quindi, una notevolissima capacità di compressione della sfera di libertà, di autotutela e di autonomia collettiva, delle organizzazioni sindacali.

Anche la nostra Costituzione ammette come sin troppo noto limiti esterni all'esercizio del diritto di sciopero in connessione con la garanzia della libertà di iniziativa economica privata di cui all'art. 41, comma 1. Onde è innegabile, sotto questo profilo, come ricorda la Corte di giustizia con riferimento all'ordinamento svedese e a quello finlandese, che, come l'esercizio del diritto di sciopero può incontrare limiti nelle normative interne in coerenza con le rispettive previsioni costituzionali, così può tollerare una limitazione derivante dalla necessità di conciliazione con le esigenze relative alle libertà di circolazione tutelate dal Trattato istitutivo. La questione cruciale diventa tuttavia quella della esatta determinazione di siffatti limiti, ovvero, per

formulare la stessa osservazione in modo tecnicamente più appropriato, quella della individuazione dei termini per un corretto bilanciamento tra gli interessi ed i diritti in rilievo, salva la inevitabile discrezionalità di ponderazione giudiziale riferita al singolo caso concreto. Ed è qui che la Corte dà indicazioni che divergono significativamente da (e forse rischiano di configgere con) quelle desumibili dai principi che ispirano la nostra Costituzione, non diversamente da quanto vale per altre tradizioni costituzionali.

Applicando in maniera rigorosa lo scrutinio di adeguatezza e proporzionalità cui è ordinariamente sottoposta la valutazione di legittimità degli ostacoli posti all'esercizio delle libertà economiche comunitarie, la Corte, infatti, come è stato ben osservato, "va oltre l'accertamento di eventuali limiti "esterni" al conflitto ed entra nel merito delle rivendicazioni sindacali". Lo si ricava con particolare chiarezza dalle indicazioni che la Corte dà nella sentenza *Viking* al giudice del rinvio pregiudiziale affinché questo verifichi il concreto rispetto nella fattispecie del vincolo di adeguatezza/proporzionalità che si impone allo sciopero con il quale si contrasti l'esercizio di una libertà comunitaria fondamentale, quale quella di stabilimento garantita dal Trattato.

Sotto tale profilo, si richiede in primo luogo al giudice nazionale di verificare se gli obiettivi perseguiti dal sindacato mediante l'azione collettiva intrapresa riguardino effettivamente "la tutela dei lavoratori", ipotesi da escludere – precisa la Corte – ove "fosse accertato che i posti o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati". Ed ancora si chiede al giudice del rinvio, ai fini dell'applicazione del *test* di proporzionalità, ovvero al fine di verificare se l'azione collettiva in esame vada al di là di quanto è necessario per conseguire l'obiettivo perseguito, se il sindacato, da un lato, "non disponesse di altri mezzi, meno restrittivi della libertà di stabilimento, per condurre a buon fine il negoziato collettivo avviato con la Viking e, dall'altro lato, se detto sindacato avesse esperito tutti questi mezzi prima di avviare l'azione in questione". Ma l'idea che l'esercizio dello sciopero, o comunque il ricorso al conflitto collettivo, costituisca rimedio estremo e residuale, da esperire appunto in via di *ultima ratio*, ricorre chiaramente anche nella sentenza *Laval*, dove i vincoli alla libertà del sindacato – sempre in termini di valutazione del merito e degli obiettivi delle strategie rivendicative da esso messe in atto – risultano ulteriormente aggravati dagli specifici limiti imposti dalla direttiva 96/71/CE alla applicazione della disciplina contrattuale collettiva in favore dei lavoratori temporaneamente distaccati nello Stato membro ospitante.

Nella sostanza – e nonostante l'importante affermazione contenuta in entrambe le sentenze secondo cui "il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali di cui la Corte garantisce il rispetto" –, non viene in realtà effettuato alcun bilanciamento con le contrapposte libertà di mercato. Nel confronto con la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, il diritto fondamentale di sciopero risulta in effetti degradato, nello stereotipato ragionamento della Corte, ad interesse che in tanto è meritevole di tutela e può essere

legittimamente perseguito, in quanto non ecceda gli stretti confini imposti al suo esercizio dallo scrutinio di adeguatezza e di proporzionalità. Ciò che ha indotto un'attenta dottrina a parlare di concreta "irrilevanza del riconoscimento del diritto di sciopero" come diritto fondamentale e di "carattere quasi beffardo" della relativa affermazione nelle pronunzie della Corte di giustizia.

I nuovi limiti comunitari che la Corte ricava dal Trattato in ordine all'esercizio del diritto di sciopero ed al libero esplicarsi dell'autonomia contrattuale collettiva rischiano, allora, di produrre effetti dirompenti sulle dinamiche dell'azione sindacale in Europa, se i giudici di Lussemburgo non si riconvertono in fretta a formule di bilanciamento con le libertà di mercato degne di questo nome ed effettivamente rispettose almeno del contenuto essenziale dei diritti sociali fondamentali in gioco. E non meno problematiche e discutibili sono, d'altra parte, le conclusioni raggiunte dalla Corte – e da questa puntigliosamente ribadite, e in qualche modo "aggravate", nelle successive sentenze *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo* – sul significato della direttiva 96/71/CE. La Corte dà infatti della direttiva un'interpretazione minimalistica che mina alla radice la logica compromissoria – la "doppia anima", come spesso si è detto – della stessa, 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. Nella lettura legalistica della Corte, la direttiva finisce in realtà per divenire – con un singolare rovesciamento del suo significato "storico" – un formidabile veicolo di competizione (de-)regolativa direttamente all'interno dell'area centrale dei sistemi nazionali di diritto del lavoro, visto che ad essere posta in discussione è, in certa misura, la stessa funzione "tariffaria" del contratto collettivo. I giudici di Lussemburgo sposano, infatti, pur contro significative evidenze anche testuali della direttiva, una linea esegetica che riduce drasticamente il ruolo dell'autonomia collettiva, fin quasi ad annullarlo ai livelli decentrati, per favorire in definitiva quello della legge nella fissazione degli *standard* di tutela praticabili nel distacco transnazionale.

Nella sentenza *Rüffert* il disfavore verso meccanismi di sostegno della applicazione del contratto collettivo diversi da quelli strettamente tipizzati dalla direttiva, arriva del resto a mettere in discussione – attraverso un percorso interpretativo viziato da forti elementi di contraddizione e da vere e proprie fallacie logiche – forme di tutela che appartengono a pieno titolo allo strumentario storico 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. In essa la Corte ha perentoriamente statuito la contrarietà di un provvedimento legislativo, emanato dall'autorità di uno Stato membro (*in casu*, 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 nell'art. 36 del nostro Statuto dei lavoratori e nella disciplina che ha ancor di recente ripreso e rafforzato tale classico precetto, sono ormai incompatibili coi requisiti di contenenza regolativa imposti dal nuovo corso interpretativo sul mercato interno dei servizi.

8. Qualche spunto conclusivo. È stato giustamente detto che una così incisiva erosione per via d'integrazione negativa della sfera di autonomia sociale dei soggetti collettivi e, con essa, delle "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. 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 Lisbona, 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.

Sono certamente in atto tendenze contraddittorie, anche dentro il corpo in progressiva espansione della giurisprudenza della Corte di giustizia, che ad esempio negli ultimi anni, per vero non senza oscillazioni, si è dimostrata assai sensibile alla affermazione di alcune garanzie fondamentali in favore dei lavoratori impiegati in rapporti di lavoro cosiddetti atipici, anche per il tramite di una rigorosa applicazione del principio di non discriminazione e di parità di trattamento. Ma anche la giurisprudenza sui principi della costituzione economica comunitaria mostra di assecondare tendenze di segno diverso, irriducibili a logiche unitarie.

Offre un eloquente esempio di tale perdurante fluidità dei percorsi interpretativi della Corte di giustizia, non solo la già vista parabola della giurisprudenza sui monopoli legali degli enti previdenziali, ma la stessa applicazione delle norme sulle libertà economiche di circolazione. Se oggi si assiste – con un'innegabile opzione liberalizzante di politica giudiziaria del diritto – ad una straordinaria penetrazione della libertà di prestazione dei servizi praticamente in ogni area di regolazione pubblica o collettiva (compresa, come visto, quella del mercato e del rapporto di lavoro), occorre anche dare atto che da tempo, nell'interpretazione delle norme sulla libera circolazione delle merci, i giudici di Lussemburgo hanno saputo temperare gli eccessi a forte potenziale deregolativo registratisi soprattutto alla fine degli anni Ottanta. Per cui non è affatto detto che la Corte di giustizia – che pure sembra oggi così ferma nel difendere il nuovo corso à la *Lochner* nell'interpretazione degli artt. 43 e 49 del Trattato CE – possa in un futuro,

magari non lontano, rimeditare in parte tali orientamenti, giustamente avvertita delle critiche che le rivolge la comunità aperta degli interpreti della costituzione europea o degli stessi sviluppi del diritto comunitario (l'attribuzione alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea della stessa forza giuridica dei Trattati potrebbe in ciò avere un peso maggiore di quello che pessimisticamente ritiene di doverle assegnare in prospettiva una parte, pur significativa, della dottrina giuslavoristica).

Ed occorre del resto rammentare che oscillazioni ed inversioni di tendenza hanno costellato la stessa storia della giurisprudenza costituzionale italiana sui diritti sociali: sia, e soprattutto, della giurisprudenza stratificatasi sui diritti di prestazione, con una chiarissima svolta restrittiva tra la fine degli anni Ottanta e l'inizio degli anni Novanta, all'esito della quale risulta indubitabile un "fenomeno di sostanziale svalutazione dei diritti sociali" garantiti dall'art. 38 Cost. in nome del vincolo delle risorse finanziarie disponibili; sia, benché in misura minore, di quella relativa agli spazi di praticabilità del conflitto collettivo (specie nel settore dei servizi pubblici essenziali) o degli stessi limiti apponibili alla autonomia collettiva in ragione di inderogabili esigenze di interesse generale. L'adattabilità degli indirizzi giurisprudenziali – *in primis* di quelli delle Corti costituzionali – al mutare della realtà sociale, economica e politica circostante, è l'unica vera "costante" di cui dispone l'interprete.

È allora 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 però 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".

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 principi costituzionali della *polity* comunitaria. 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 improvide 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 comunitarie. Anche in sede dottrinale si è affacciata una prospettiva simile, seppure in una variante decisamente più corretta, che presuppone la definizione di uno *standard* di tutela propriamente comunitario del diritto di sciopero, sul quale ritagliare una corrispondente sfera di immunità.

Ma almeno quella della completa "immunizzazione" è prospettiva che – a prescindere ogni (assai scettica) valutazione circa l'effettiva praticabilità sul

piano 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 non regge, 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 competizione regolativa, hanno del resto dimostrato di poter giovare ai processi di riforma dei sistemi nazionali di *Welfare*. Anche l'autonomia collettiva, nella sua caratterizzazione di “governo privato”, è parte di questi processi, onde sembra 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”. Il confronto con le regole del mercato eccede del resto l'ambito della integrazione funzionale, per assumere una più profonda valenza politica e costituzionale nella costruzione del sistema comunitario. Il divieto di discriminare le imprese straniere ovvero di imporre ostacoli non giustificati agli operatori economici transnazionali, accettando parte delle regole prodotte dall'ordinamento straniero, costringe infatti in definitiva ad una salutare inclusione nei processi regolativi nazionali del punto di vista di interessi “altri” da quelli dei regolatori domestici.

La difesa delle specifiche tradizioni dei modelli sociali nazionali non sembra dunque poter essere perseguita attraverso chiusure immunitarie, ma costruendo un più equilibrato sistema di interdipendenze tra valori sociali ed esigenze di integrazione economica e politica europea. Occorre continuare a perseguire con pazienza, adattando gli strumenti interpretativi alle mutate esigenze del processo di integrazione europea, la difficile ricerca di nuove forme di equilibrio e di bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche, in ambito interno e comunitario, per quanto ancora possa avere un qualche preciso significato questa distinzione di sfere normative. Non fosse altro perché questa ricerca – pur così diversa nei modi e negli esiti transitoriamente conseguiti nel corso dello sviluppo storico del processo integrativo – è l'unica vera costante nella vicenda dell'affermazione dei diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione europea.

9. Riferimenti bibliografici essenziali. Quelli che si danno di seguito – per debito di trasparenza e completezza – non sono che i riferimenti bibliografici strettamente essenziali agli autori che risultano espressamente richiamati o evocati nel corso della trattazione che precede, o che di questa hanno, comunque, più immediatamente influenzato l'impianto ricostruttivo. Nella selezione della bibliografia si è poi preferita l'indicazione degli scritti più

recenti ed aggiornati, anche al prezzo della inevitabile omissione di qualche opera classica più risalente nel tempo.

Relativamente al primo paragrafo, ed al riferimento alla nozione di “sistema sindacale di fatto”, v. ad es. G. PERA, *Gli artt. 39 e 40 della Costituzione* (1976), ora in *Scritti di Giuseppe Pera*, Milano, 2007, vol. II, p. 1445 ss., nonché ID., *Diritto del lavoro*, Padova, 2000 (sesta ed.), pp. 40-41. Sulla vicenda dell'art. 39 Cost. è inoltre d'obbligo almeno il rinvio al commento dedicato alla norma da G. GIUGNI, in *Commentario della Costituzione* a cura di G. Branca, *Rapporti economici*, Tomo I, Bologna e Roma, 1970, p. 257 ss., nonché a M. D'ANTONA, *Il quarto comma dell'art. 39 della Costituzione, oggi*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 1998, p. 665 ss. Per una sintetica rivisitazione del rilievo del lavoro (subordinato e autonomo) nella Costituzione repubblicana, v. da ultimo M. G. GAROFALO, *Unità e pluralità del lavoro nel sistema costituzionale*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 21 ss., cui adde, per un ampio panorama critico della giurisprudenza costituzionale, i saggi raccolti nel volume curato da R. SCOGNAMIGLIO, *Diritto del lavoro e Corte costituzionale*, Napoli, 2006.

Sullo sviluppo storico della politica sociale europea sia permesso il rinvio a S. GIUBBONI, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Bologna, 2003, ove è rintracciabile una compiuta illustrazione delle ragioni di quello che si indica qui come il “paradosso” del deficit sociale europeo.

Quanto al § 2, la citazione del famoso giudizio di G. F. MANCINI è attinta da *Principi fondamentali del diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, ne *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Atti del Convegno di Parma, 30-31 ottobre 1985, Padova, 1988, p. 23 ss., qui p. 33. Sulla eccezionale ampiezza ed intensità del riconoscimento dei diritti sociali nella Costituzione italiana nel confronto con le vicine esperienze costituzionali europee (caratteri che, come osservato da M. V. BALLESTRERO, *Brevi osservazioni su costituzione europea e diritto del lavoro italiano*, in *Lav. dir.*, 2000, p. 547 ss., fanno della Cara repubblicana “un unicum” in tale panorama), v. per tutti A. BALDASSARRE, *Diritti sociali* (1989), ora in ID., *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, p. 123 ss.; L. MENGONI, *I diritti sociali* (1998), ora in ID., *Il contratto di lavoro*, a cura di M. Napoli, Milano, 2004, p. 129 ss.; P. CARETTI, *I diritti fondamentali. Libertà e diritti sociali*, Torino, 2002, p. 87 ss., nonché da ultimo S. GAMBINO, *Droit sociaux et intégration européenne*, leggibile nella “Newsletter” n. 9/2008 della Fondazione Lelio e Lisli Basso, disponibile nel sito <http://www.europeanrights.eu/>.

Per una rivisitazione del dibattito che si svolse in merito in seno all'Assemblea costituente v. inoltre B. PEZZINI, *La decisione sui diritti sociali. Indagine sulla struttura costituzionale dei diritti sociali*, Milano, 2001. Al riguardo, è doveroso qui almeno far cenno alla posizione contraria alla costituzionalizzazione dei diritti sociali espressa in quella sede da P. CALAMANDREI, di cui v. spec. *Costituente e questione sociale* (1945), ora in ID., *Scritti e discorsi politici*, Firenze, 1966, vol. I, p. 141 ss. Per una ricostruzione complessiva della posizione di contrarietà di Calamandrei, giustamente attenta ad evitare equivoci sugli orientamenti del grande giurista fiorentino,

sostenitore di estesi programmi di riforma sociale e convinto che il problema vero non fosse quello della enunciazione formale di tali diritti, ma appunto quello della predisposizione dei mezzi pratici e degli strumenti politico-economici per soddisfarli concretamente, v. S. MERLINI, *La forma di governo della nuova Costituzione. La “questione sociale”, le norme programmatiche e la proposta della Repubblica presidenziale*, in ID. (a cura di), *Piero Calamandrei e la costruzione dello Stato democratico*, Roma e Bari, 2007, p. 99 ss.

Per la tradizionale linea ricostruttiva – ancora dominante in dottrina e certamente nelle trattazioni manualistiche – in termini di progressiva conquista e di graduale arricchimento di una dimensione sociale europea a fronte della pressoché completa assenza d’una tale dimensione nell’assetto originario dei Trattati istitutivi, v. ad es. G. ARRIGO, *Il diritto del lavoro dell’Unione europea*, Tomo I, Milano, 1998; J. KENNER, *EU Employment Law*, Oxford e Portland (Oregon), 2003.

Sullo sviluppo storico delle fonti del diritto sociale europeo e sulla incidenza dello stesso sul diritto del lavoro italiano v. comunque, da ultimo, S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo: un’analisi delle fonti*, 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, 2008, nonché, in precedenza, della medesima autrice, *Di fronte all’Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 31, 2002, II, p. 427 ss. Sugli ambivalenti orientamenti “europei” della dottrina giuslavoristica italiana, v. inoltre la sintesi critica proposta più di recente da R. DEL PUNTA, *Il diritto del lavoro fra due secoli: dal Protocollo Giugni al Decreto Biagi*, in P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell’Italia repubblicana. Teorie e vicende dei giuslavoristi dalla Liberazione al nuovo secolo*, Milano, 2008, p. 253 ss., in part. p. 335 ss. Per una recente trattazione organica, v. ad ogni modo l’ultima edizione dell’ormai classico manuale di M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2007.

Quanto ai § 3 e 4, i riferimenti alla teorica ordoliberal sono essenzialmente mutuati da C. JOERGES, *What is left of the European Economic Constitution? A melancholic eulogy*, in *European Law Review*, 2004, p. 461 ss. (di cui v. spec. le pp. 471-472, per le citazioni testuali). Dello stesso autore v. in precedenza *European Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*, in R. DEHOUSSE (ed.), *Europe after Maastricht. An Ever closer Union?*, München, 1994, p. 29 ss., e da ultimo *Democracy and European Integration: A Legacy of Tensions, A Re-conceptualisation and Recent True Conflicts*, *EUI Working Papers – Law* 2007/25.

Per una ormai classica ricostruzione della rottura degli originari equilibri comunitari in conseguenza dello *spill-over* delle dinamiche di “integrazione negativa”, v. F. SCHARPF, *Governing in Europe: Effective and Democratic?*, Oxford, 1999, cui *adde* ora, con specifico riguardo alle politiche sociali, M. FERRERA, *The Boundaries of Welfare. European Integration and the New Spatial Politics of Social Protection*, Oxford, 2005.

La citazione che compare all’inizio del § 5 è da riferire a G. LYON-CAEN, *L’infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit ouvrier*, 1992, p. 313 ss. I successivi riferimenti testuali sono – nell’ordine – a: N.

BOEGER, *Solidarity and EC competition law*, in *European Law Review*, 2007, p. 319 ss. (cui si deve appunto la distinzione tra *market prevention* e *market limitation*); E. MENICETTI, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in S. SCIARRA (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, Bologna, 2007, p. 109 ss., spec. p. 127; V. BRINO, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 319 ss.; M. CINELLI, *Previdenza pubblica e previdenza complementare nel sistema costituzionale*, in G. FERRARO (a cura di), *La previdenza complementare nella riforma del Welfare*, Milano, 2000, I, p. 93 ss., qui p. 106, cui appartiene il brano citato alla conclusione del paragrafo.

Per un'ampia ricostruzione dei rapporti tra diritto comune della concorrenza ed istituti nazionali del *Welfare State* v. comunque i saggi raccolti nel volume a cura di SCIARRA, *Solidarietà, mercato e concorrenza*, cit., ed ivi in part. il contributo di G. RICCI e L. DI VIA, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, p. 39 ss., nonché, da ultimo, volendo, S. GIUBBONI, *La previdenza pensionistica complementare e le regole del mercato integrato*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 651 ss.

Per una più ampia analisi della giurisprudenza comunitaria oggetto del § 6 e delle possibili valenze positive o propulsive della nozione di solidarietà europea, sia permesso ancora un rinvio a S. GIUBBONI, *Un certo grado di solidarietà. Libera circolazione delle persone e accesso al welfare nella giurisprudenza della Corte di giustizia Ce*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, p. 19 ss., ove i necessari riferimenti alle evocate pronunce della Corte di giustizia. Sul tema v. inoltre, più in generale, M. FERRERA, *Towards an "Open" Social Citizenship? The New Boundaries of Welfare in the European Union*, in G. DE BÚRCA (ed.), *EU Law and the Welfare State. In Search of Solidarity*, Oxford, 2005, p. 11 ss.; C. BARNARD, *EU Citizenship and the Principle of Solidarity*, in M. DOUGAN, E. SPAVENTA (eds.) *Social Welfare and EU Law*, Oxford e Portland (Oregon), 2005, p. 157 ss.; M. ROSS, *Promoting solidarity: from public services to a European model of competition?*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1057 ss.

Quanto alla citazione di R. ZOLL, si veda il suo: *La solidarietà*, trad. it., Bologna, 2003, p. 27 ss. Sulla solidarietà "tra estranei" v. inoltre J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale. Mercato globale, nazioni e democrazia*, trad. it. a cura di L. Ceppa, Milano, 1999, spec. p. 116 ss.

Sulla giurisprudenza, europea e nazionale, in tema di accesso dei cittadini stranieri alla assistenza sociale in Italia, v. infine l'accurata rassegna critica di W. CHIAROMONTE, *Le prestazioni di assistenza sociale per i cittadini non comunitari ed il principio di non discriminazione*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 101 ss.

Sulle sentenze *Viking* e *Laval* – oggetto di sintetica analisi nel § 7 – è fiorito un vero e proprio filone di letteratura critica. Tra gli scritti più significativi, e senza alcuna pretesa di completezza, valga qui segnalare: G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, *Working Paper Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo* Massimo D'Antona, INT.-66/2008 (al quale appartengono i passi riportati tra virgolette nel testo circa il superamento del

sindacato sui limiti esterni dello sciopero in situazioni rilevanti per il funzionamento del mercato interno e l'effettiva irrilevanza del suo riconoscimento come diritto fondamentale comunitario da parte della Corte di giustizia); ID., *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, p. 947 ss. (anche per la segnalazione dei rischi di collisione costituzionale con l'ordinamento italiano); A. LO FARO, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 63 ss. (spec. per la critica sul ribaltamento del rapporto tra art. 39 e art. 49 del Trattato CE nella disciplina delle ipotesi di distacco temporaneo dei lavoratori nell'ambito di una prestazione intracomunitaria di servizi e del successivo svuotamento del significato di tutela della direttiva del 1996); M. V. BALLESTRERO, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *ivi*, p. 371 ss. (in part. per l'osservazione della assenza, nel ragionamento della Corte, di un vero bilanciamento dello sciopero con le libertà economiche fondamentali di cui agli artt. 43 e 49 del Trattato CE); U. CARABELLI, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2008, p. 147 ss. (che oltre a rilevare le fallacie argomentative delle due sentenze si preoccupa dei rischi di possibile contrasto dei rispettivi *dicta* con la consolidata interpretazione dell'art. 40 Cost. da parte della Corte di Cassazione e del giudice delle leggi). Per una vigorosa critica alla sentenza *Rüffert v. infine S. BORELLI, Social clauses in public contracts, the Posted Workers Directive and Article 49 EC: the Rüffert case*, in *Transfer*, n. 4 del 2008.

L'irriverente ma suggestivo accostamento tra la Corte di giustizia di *Laval* e *Viking* e la Corte suprema americana dell'epopea protolibérale di *Lochner vs. New York*, 198 U.S. 45 (1905), è proposto da I. H. ELIASOPH, *A "switch in time" for the European Community? The recalibration of economic and social rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008 (in corso di pubblicazione anche in *Giornale dir. lav. rel. ind.*). Ma per la sottolineatura di "ironici ritorni" agli accenti usati dalle Corti inglesi all'inizio del secolo scorso intorno alla giustificabilità dell'azione collettiva, prima dell'introduzione del sistema delle immunità a partire dal Trade Dispute Act del 1906, v. anche LORD WEDDERBURN OF CHARLTON, *Diritto del lavoro, 40 anni dopo*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 155 ss., spec. p. 184 ss.

L'allarmata osservazione, con cui si apre il § 8, e secondo la quale, insieme al *deficit* sociale, la recente giurisprudenza comunitaria sulla drastica riduzione degli spazi di legittima praticabilità del conflitto collettivo nel mercato interno aggrava anche il *deficit* democratico dell'Unione europea, è proposta, sotto varie angolature, soprattutto da A. LYON-CAEN, *Droit communautaire du marché vs. Europe sociale*, dattiloscritto (2008); A. SUPLOT, *L'Europe gagnée par l'économie communiste de marché*, in *Le Monde* del 24 gennaio 2008; C. JOERGES e F. RÖDL, *On De-formalisation in European Politics and Formalism in European Jurisprudence in Response to the "Social Deficit" of the European Integration Project. Reflections on the Judgements of the ECJ in Viking and Laval*, in <http://europeanrights.eu/>, "Newsletter" n. 9/2008. A supporto dell'osservazione, compiuta subito dopo, alla cui

stregua, proprio in considerazione di siffatti rischi, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha saputo tuttavia adattarsi nel tempo alle mutate esigenze del processo d'integrazione europea, e del resto già oggi è dato registrare un significativo riassetto degli orientamenti interpretativi in materia di libertà di circolazione delle merci nel mercato comune, laddove è su questa libertà che si è storicamente costruita la più forte spinta normativa alla liberalizzazione delle transazioni economiche intracomunitarie, v. per tutti M. POIARES MADURO, *Harmony and dissonance in free movement*, in M. ANDENAS, W.-H. ROTH (eds.), *Services and Free Movement in EU Law*, Oxford, 2004, p. 41 ss. Per il cenno fatto alla giurisprudenza comunitaria sui rapporti di lavoro *non standard* v. poi S. SCIARRA, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella "modernizzazione" del diritto del lavoro*, in *Diritto e libertà. Studi in memoria di Matteo Dell'Olio*, Torino, 2008, II, p. 1607 ss.

Sull'adattamento degli orientamenti della Corte costituzionale italiana specialmente in tema di diritti sociali di prestazione, in risposta alle istanze di riduzione e di razionalizzazione della spesa pubblica impostesi in modo pressante a partire dai primi anni Novanta, v. la recente rassegna critica di A. ANDREONI, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Torino, 2006, spec. p. 228 ss., e F. MIANI CANEVARI, *Costituzione e protezione sociale. Il sistema previdenziale nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Torino, 2007. Che tale adattamento abbia peraltro portato a forme di sostanziale svalutazione della garanzia costituzionale di adeguatezza delle prestazioni previdenziali, consegnata *in toto* alla discrezionalità del legislatore ordinario col solo limite del controllo di ragionevolezza, è circostanza criticamente rilevata da CINELLI, *Previdenza pubblica*, cit., p. 118. Per una sostanziale adesione a tale riorientamento valutativo operato dalla Corte costituzionale negli esercizi di bilanciamento tra diritti di previdenza sociale e limite delle risorse pubbliche in relazione ai vincoli posti dall'art. 81 Cost., v. invece M. PERSIANI, *Aspettative e diritti nella previdenza pubblica e privata* (1998), ora in ID., *La previdenza complementare*, Padova, 2008, p. 65 ss., spec. pp. 90-93.

Per la tesi, criticata nel testo, giusta la quale alla Corte di giustizia dovrebbe ritenersi in buona sostanza preclusa la facoltà di mediare direttamente tra la nostra tradizione costituzionale (in materia sociale) ed i diritti economici sanciti dal Trattato, v. soprattutto BALLESTRERO, *Le sentenze*, cit., p. 391. Coerente con questa impostazione ci sembra la prospettiva *de jure condendo* di una radicale immunizzazione normativa della sfera sociale nazionale dal diritto dei Trattati sulle libertà economiche.

Diversa e più condivisibile ci sembra invece la tesi argomentata in dottrina soprattutto da ORLANDINI, *Diritto di sciopero*, cit., pp. 1002-1004, secondo la quale sono proprio le esigenze poste dall'apertura transnazionale dei mercati ad esigere la fissazione – a livello comunitario – di “una nozione ampia di diritto al conflitto che lo renda immune dai vincoli del Trattato CE”. La definizione di un elevato *standard* di garanzia propriamente comunitario per i diritti di azione collettiva servirebbe a delimitare lo spazio di legittimità di tali azioni, con conseguente sottrazione, in tale ambito, alle norme sulle libertà di mercato, le quali ultime tornerebbero naturalmente ad essere

protette da forme di lotta che eccedano – per le modalità in cui vengono poste in essere – gli ambiti riconosciuti al diritto di sciopero nell'ordinamento dell'Unione. Formulata in questi termini, la proposta di introdurre una sfera di immunità comunitaria (v. pure ID., *Autonomia collettiva*, cit., p. 50), a ben vedere non fa altro che riprodurre al livello del diritto dell'Unione europea lo schema di contemperamento tra sciopero e libertà di iniziativa economica che da tempo la nostra giurisprudenza di legittimità fonda sul limite esterno individuato nel danno alla produttività. Ed in questo senso ci pare del tutto condivisibile, salve ovviamente le difficoltà oggettive derivanti dalla assenza, anche nel nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea firmato a Lisbona nel 2007, delle basi giuridiche che sarebbero necessarie per definire legislativamente tali *standard* a livello sopranazionale [v. G. BRONZINI, *Il modello sociale europeo*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2008, p. 109 ss.).

Per la prospettiva teorica che punta a ricercare nuovi rapporti di coesistenza e di contemperamento “virtuoso” tra diritti sociali e libertà di mercato nello spazio costituzionale europeo, rifiutando improbabili difese immunitarie dei primi dalle logiche di funzionamento delle seconde, v. spec. S. SCIARRA, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. dir.*, 2008, p. 245 ss., spec. p. 263 (da cui è tratto il passo riportato nel testo), e B. CARUSO, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, *Working Paper Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo Massimo D'Antona*, INT.-61/2008.