

Crisi economica ed effettività dei diritti sociali in Europa

di di Giorgio Fontana**
(27 novembre 2013)

SOMMARIO: 1. Premessa. 2. L'Europa e la crisi, ovvero: i diritti sociali sono ancora diritti fondamentali? 3. Diritti sociali e vincoli economici 4. La nuova *governance* economica e le misure anti-crisi dell'Eurozona 5. Un diritto del lavoro "minimo"? 6. Ma si può fare a meno di una "politica" dei diritti"? 7. Il problematico ruolo dei giudici europei. 8. Continuità e discontinuità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Una rilettura critica del "Laval quartet" 9. La libertà di circolazione nel contesto della crisi economica. Qualche considerazione critica. 10. La giurisprudenza più recente della CGE 11. Il controcanto. La giurisprudenza CEDU sui diritti collettivi. 12. Conclusioni.

Premessa

Questo saggio si occupa del problematico assetto dei diritti sociali nella crisi europea. Oltre che sulle diverse ed in qualche caso profondissime smagliature determinate nei sistemi nazionali (e ciò ad opera, paradossalmente, proprio delle misure "anti-crisi" che, invece, avrebbero dovuto proteggere quei sistemi), intende riflettere su quello che appare (forse ancor più problematicamente) come un declassamento del primato che le costituzioni nazionali, sia pure in modi variabili, avevano assegnato ai diritti sociali. Questi diritti appaiono, oltre che finanziariamente ed economicamente condizionati, relativizzati, ingabbiati dal dispotismo dei mercati, ed i principi che ne costituiscono la matrice sono ancora una volta rinviati in uno spazio giuridico in cui la loro effettività è di fatto sospesa.¹ Inevitabilmente sono chiamate in causa le condizioni poste dai governanti europei al progetto di integrazione europea. Mentre i Trattati escludono la competenza dell'Unione in materie fondamentali per l'affermazione dei diritti sociali, sottratte in tal modo a politiche di armonizzazione, gli ostacoli posti alla piena operatività della Carta dei diritti fondamentali (quali fonti direttamente applicabili ai rapporti interprivati nell'ambito dell'Unione) ed il primato dell'obiettivo della realizzazione del mercato interno dimostrano, *inter alia*, quanto lontano sia nell'agenda europea il tema della costruzione di un *welfare* europeo. Potrebbe apparire una semplice coincidenza o uno dei tanti paradossi che la storia

*. Il presente saggio riprende e rielabora l'introduzione al Convegno *I diritti sociali dopo Lisbona. Il ruolo delle Corti, il caso italiano. Il diritto del lavoro fra riforme delle regole e vincoli di sistema*, Reggio Calabria 5 novembre 2011.

¹Come scrive Ruggeri "il fondamento dei diritti sociali non è ormai più – a quanto pare – nella carta costituzionale (o in altri documenti normativi ancora, anche di origine esterna) ma solo nelle risorse disponibili" (Ruggeri, 2012).

dissemina sul suo cammino, ma l'inizio della crisi europea coincide temporalmente con una drammatica svolta nella giurisprudenza della Corte di giustizia (il *Laval Quartet*, come è stato definito) che di fatto ha riaffermato, nel conflitto con i diritti sociali collettivi, il "predominio" delle libertà economiche fondamentali.

Le deboli basi dell'integrazione europea rischiano così di trascinare nel fallimento anche l'idea che l'Europa potesse essere protagonista di un nuovo "universalismo" dei diritti, promuovendo (accanto alla creazione di uno spazio senza frontiere per la libera circolazione di capitali, servizi e persone) la condivisione a livello globale di valori e diritti tipicamente "europei".² L'ironia con cui Bercusson ricordava che "the view of the EU as a catalyst and precursor in the field of global labour regulation may be viewed either as an optimistic aspiration or a fearful threat" cede oggi il passo all'amara considerazione del declino forse irreversibile di quel modello, di cui molti scongiurerebbero qualsiasi "replica".³ In queste condizioni è fin troppo facile per i mercati tenere sotto pressione gli stati nazionali imponendo di fatto l'agenda delle riforme dello stato sociale.⁴ Ma la crisi è anche occasione di ripensamento collettivo per promuovere nuovi e più avanzati equilibri. Sembra ormai largamente condivisa l'esigenza di ridiscutere le ragioni di fondo delle timidezze (o le "frigidità", per ricordare Mancini) in campo sociale dell'Unione, ritenute concause della "grande depressione" calata come un manto di neve sui paesi europei. I nodi irrisolti del rapporto fra costituzione economica e costituzione sociale probabilmente sono giunti al pettine ed esigono scelte politiche non più rinviabili.

1. *L'Europa e la crisi, ovvero: i diritti sociali sono ancora diritti fondamentali?*

Che la "terapia" anti-crisi messa in campo dall'Unione europea e in particolare da quel sotto-insieme che definiamo "Eurozona" sia irrimediabilmente fallita è opinione anch'essa non certo isolata, eppure ancora oggi è fortemente scoraggiata ogni "dottrina" che non sia quella che fa leva sulle politiche di austerità, disegnando inevitabilmente una parabola involutiva dei modelli di welfare. Tutti i diritti sociali, anche se "fondamentali", divengono così il corpo vivo su cui chirurgicamente opera il tentativo di riassetto (dei bilanci pubblici e non solo) imposto ai paesi europei, soprattutto ai paesi più deboli, con la duplice, paradossale conseguenza di smentire di fatto il riconoscimento ad essi tributato

2 Alaimo, 2007

3 Bercusson, 2009 p. 15.

4 Hendrickx, 2011

dalle Carte e al contempo di negare ogni principio di autonomia della politica sociale degli stati.

Ma, come si è già accenato in premessa, non di sola recessione soffrono i diritti sociali nello spazio giuridico-economico europeo. Lo strano destino dei diritti sociali fondamentali – prima affermati in via di prassi dalle Corti ma obliterati dal diritto della U.E.; poi affermati in via di (pieno) diritto ma ridimensionati nella loro effettività dalla crisi economica e sociale – è frutto, come è oramai chiarissimo, di precise scelte politiche dei governanti europei, a partire dall’ambiguità impressa all’integrazione europea. Mai smentita, la teoria dominante è stata fino a ieri quella (tipicamente liberale) secondo cui il funzionamento del mercato interno avrebbe favorito o prodotto spontaneamente l’armonizzazione dei sistemi sociali (la linea dell’armonizzazione negativa, piuttosto singolarmente enunciata a chiare lettere in una clausola del TFUE: v. art. 151 co. 3).⁵ Con la crisi, le reticenze e gli accordi “al ribasso” dell’intesa che ha portato all’adozione del Trattato di Lisbona nel 2007 sono più evidenti che mai. L’ambizione dei governanti europei di disegnare un’architettura istituzionale molto complessa ed articolata ignorando i problemi di fondo dell’Unione in materia politica ed economica è risultata, anzi, totalmente inadeguata.⁶ Sicché anche i passi in avanti compiuti con l’adozione del Trattato - oltre al “riconoscimento” della Carta dei diritti, assegnandole il rango di Trattato ex art. 6 TFUE, la “decostituzionalizzazione” della concorrenza, non più formulata come obiettivo primario dal Trattato di Lisbona e inserita in un protocollo allegato, e la stessa esplicita affermazione dei fini dell’integrazione europea individuati nella elevazione e nel benessere dei cittadini europei⁷ – restano irretiti dai compromessi che hanno caratterizzato l’ultima fase dell’integrazione europea.⁸ E fra questi compromessi indubbiamente una valenza peculiare, dal punto di vista dei diritti sociali e in particolare del diritto del lavoro, ha la scelta di non mettere minimamente in discussione l’assetto delle competenze definito dall’art. 153.5 TFUE – disposizione che esclude il potere d’intervento dell’Unione in tema di retribuzione, diritto di associazione e diritto di sciopero, materie cruciali per l’integrazione europea - di cui ora si percepisce, come scrive

⁵ Hendrickx, 2011

⁶ Ashiagbor, Countouris, Lianos, 2012

⁷ v. Alaimo, Caruso, 2010

⁸ Pech, 2012 p. 21: una fase “largely shake by antagonistic interests and philosophies (e.g. supranationalism versus intergovernmentalism, enhanced democratisation versus preservation of national sovereignty, interest of small countries versus those of large countries)” ()

Bronzini, tutta la “potenzialità distruttiva”, paralizzando ogni possibile intervento regolativo ma consentendo, al tempo stesso, in materie socialmente delicatissime, “manutenzioni straordinarie” ad opera della Corte di giustizia.⁹ Non si riduce, in altre parole, l’asimmetria del modello di integrazione europea, in cui deboli matrici sociali convivono con forti e risolutive tendenze, particolarmente da Maastricht in avanti, a rafforzare i vincoli del mercato interno. La crisi di questo assetto, fondato sulla divaricazione/separazione fra “costituzione economica” e “costituzione sociale”, che a suo modo tutelava la sovranità sociale degli stati e l’autonomia delle parti sociali,¹⁰ non ha prodotto alcun ripensamento nella strategia dei governanti europei e il rapporto fra “stato e mercato” è e resta disciplinato sul principio dell’uniformazione delle condizioni concorrenziali e del libero ed uniforme dispiegarsi delle libertà economiche, lasciando agli stati il difficile compito di preservare gli equilibri sociali interni e governare la politica economica. All’epoca del declino dello stato-nazione, del tumultuoso attacco dei mercati finanziari all’autonomia degli stati, questo equilibrio (che le “aperture” del Trattato di Maastricht non hanno certo rovesciato) non poteva che sfaldarsi, tanto più che spontaneamente i sistemi nazionali non hanno affatto dimostrato quella convergenza o spontanea armonizzazione promessa. Viene allo scoperto, in tal modo, la congenita debolezza del “gradualismo” nelle politiche di integrazione - una sorta di “infantilismo nel determinismo storico”¹¹ - che come un *mantra* ha posseduto le *elite* europee, lasciando alla Corte di Giustizia il difficile compito di disegnare in modo quanto meno credibile i tratti di una cittadinanza europea che Giubboni, riprendendo Pinelli, ha definito più transnazionale che sovranazionale, ossia più spinta alla garanzia dell’integrazione dei lavoratori, individualmente considerati, nei sistemi nazionali di *welfare* che all’istituzione di un sistema autenticamente europeo. L’Europa sembra così destinata a subire gli stessi problemi di squilibrio dei paesi “aggredditi” dalla globalizzazione, un quadro cioè in cui si manifestano incisivamente forti tendenze alla deregolazione e all’apertura dei mercati ma debolissime politiche di ri-regolazione in materia di lavoro, relazioni industriali e mercati del lavoro.¹² Per di più, nel contesto di una crisi “epocale” che incide sulle strutture sociali ed economiche dei paesi europei in modo destrutturante, sottraendo garanzie e prestazioni. E dinanzi ad uno scenario che richiederebbe forti innovazioni, le risposte dei paesi europei sono apparse

⁹ Bronzini, 2012; v. pure Carabelli 2011.

¹⁰ Giubboni, 2012

¹¹ Cohn-Bendit, Verhofstadt, 2012, p. 73

¹² Hendrickx, 2011

invece timide, incongruenti, addirittura controproducenti, creando una spirale “negativa” inarrestabile e riproponendo posizioni fortemente conservatrici, con una strenua difesa degli interessi nazionali, senza un orizzonte comune (come ha dimostrato plasticamente la trattativa sul bilancio europeo 2014-2020, chiusa con esiti a dir poco fallimentari).¹³

Da un quinquennio di crisi ed incertezze ereditiamo così un vero e proprio “declassamento” dei diritti sociali, risultato al quale paradossalmente contribuiscono non solo le riforme della *governance* europea ma la stessa “traiettoria impressa al processo di integrazione europea dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sul mercato interno”.¹⁴ Autorevolissimi studiosi, preso atto del *decalage* dei diritti sociali, apertamente assumono come dato oramai molto concreto la “de-fondamentalizzazione” di questi diritti, pur formalmente equiordinati alle libertà economiche fondamentali.¹⁵

Dinanzi a così grandi difficoltà si prefigurano oramai apertamente soluzioni che presuppongono il fallimento, più che la crisi, del progetto di integrazione europea. Se potrebbe configurarsi come una stretta necessità l'accettazione di un modello di integrazione a due velocità (*a two-speed Europe*)¹⁶ o asimmetrica, mediante cooperazioni rafforzate,¹⁷ in modo anche più radicale si giunge ad invocare e teorizzare la necessità dello smantellamento dell'Unione monetaria, al cui attivo resta, come scrive Streeck, la divisione economica dei paesi europei.¹⁸ L'adozione di misure divisive avrebbe ovviamente ripercussioni critiche su qualsiasi possibile sviluppo futuro della dimensione sociale della cittadinanza europea,¹⁹ ma il fatto stesso di teorizzarne la possibilità (o addirittura necessità) è il segno che l'Europa di Bruxelles - come si è sviluppata secondo il disegno dei Trattati, a partire dal Trattato fondativo di Roma, e non certo, come si è anche di

13 Krugman 2011; Ruffolo, Sylos Labini 2012

14 Giubboni, 2013.

15 Per i riferimenti v. Giubboni 2013.

16 Piris, 2012

17 Caruso, 2011

18 Streeck, 2013

19 Giubboni, 2013

recente sostenuto, mutando la propria natura dopo Maastricht – è giunta oramai ad un tale stadio della propria crisi da apparire insostenibile agli occhi non di qualche euroscettico ma di raffinati intellettuali progressisti.

2. *Diritti sociali e vincoli economici*

Ma certamente la crisi non sollecita soltanto riflessioni critiche sulle politiche europee di integrazione e sui compromessi, talvolta poco “illuminati”, che hanno caratterizzato la vicenda dell’Unione europea. Un’acuta e in verità spiazzante riflessione che la dottrina più in incline a guardare al “sistema” (com’è indubitabilmente la dottrina costituzionalistica) sembra offrirci, è difatti sulla stessa *sostenibilità* del modello sociale europeo,²⁰ mettendo in chiaro (la crisi) che i diritti fondamentali non sono “variabili indipendenti e che la tenuta di quel compromesso costituzionale fra “stato” e “mercato”, o, per usare una metafora, fra Smith e Keynes, comune alla storia di tanti (o forse tutti i) paesi europei, non costituisce affatto una conquista irrevocabile. Al fondo, ci suggerisce Spadaro, s’impone oramai una revisione dei nostri “valori” e un deciso ri/orientamento delle nostre società, nel cui seno è sorta quell’aspettativa di benessere oggi drammaticamente messa in discussione dalla crisi, tanto da far emergere un’antitesi inaspettata, qual è l’immagine fortemente evocativa di un “modello sociale europeo più sobrio, solidale e sostenibile”.

In effetti può farsi risalire (almeno) al roosveltiano *Bill of Right* del 1944 l’affermazione secondo cui fra i diritti non possono darsi né gerarchie né tanto meno differenze, sul piano dell’effettività come della “sostenibilità”. Tutti i diritti – i diritti di libertà non meno dei diritti sociali - dipendono in misura maggiore o minore da “investimenti selettivi di risorse scarse”, e come scrivono Holmes e Sunstein hanno radici “nel terreno più instabile della politica”, destinati per questo “a essere più suscettibili di affievolimento di quanto l’aspirazione alla certezza giuridica potrebbe indurci ad auspicare”.²¹ Non dovrebbe sorprendere quindi che i bilanci pubblici degli stati europei siano divenuti il termine di riferimento per selezionare l’accesso ai diritti sociali e definire i loro contenuti positivi, anzi, è da tempo che si parla oramai dei diritti sociali come “diritti finanziariamente condizionati” anche nella giurisprudenza della nostra Corte costituzionale.²² Ma ciò che, a ben vedere, può fare di questa crisi un punto di rottura, è che la restrizione dei diritti sociali non è la risultante di scelte discrezionali degli stati o l’esito dei conflitti sui modelli di giustizia

20 Spadaro, 2011

21 Holmes-Sunstein, 2000, p. 129-130; su questi temi Salazar, 2000 p. 178 ss.

22 Salazar, 2013

distributiva, e neppure della scarsità di risorse pubbliche, bensì del “dispotismo” dei mercati finanziari, in grado di sottrarsi al controllo dei dispositivi statali e tuttavia capaci di sovra-determinare le politiche pubbliche. Parafrasando un’espressione di Guy Peters si potrebbe dire che la crisi è “l’asso pigliatutto”, irrompe nella storia come un *deus ex machina* - proprio come in una tragedia greca – senza che neppure sia chiaro se la sua rappresentazione come evento esogeno, ineluttabile, corrisponda ad un dato di realtà o non sia invece un modo alquanto sofisticato per esorcizzare le responsabilità politiche delle *elite* europee incapaci di un’efficace regolazione del mercato.

Alain Supiot ci offre un’amara constatazione dell’impotenza delle forze progressiste ed europeiste – “condamnée à accompagner sur le mode compassionnel la dégradation des conditions de vie et de travail engendrées par la globalisation”.²³ Alla prospettiva neoliberale e alla sua durissima ricetta economica si contrappongono così sollecitazioni a rilanciare il modello sociale europeo, ma in un contesto di frammentazione e di generale debolezza, di rinascita degli egoismi nazionali e di rafforzamento dei “freni costituzionali interni”. Né la convinzione oramai diffusa della necessità di una politica europea che finalmente consideri come asse prioritario l’economia reale stimola risposte adeguate, anzi, è proprio qui che l’assenza di “ricette” credibili appare in tutta la sua criticità. Sembra quasi che tutte le opzioni politiche ed economiche sul tavolo siano state bocciate dalla crisi economica. Se le politiche neo-liberiste sono il principale imputato degli squilibri economici e del potere assunto dall’economia finanziaria,²⁴ fallendo proprio nella loro solenne promessa di generare ricchezza – sul piano cioè della capacità di “concepire e applicare schemi esecutivi per stimolare e organizzare la produzione”²⁵ – ed agendo piuttosto sul piano della “distribuzione”, con la conseguenza di accrescere le diseguaglianze e generare nuove povertà,²⁶ quella diversa ed antitetica prospettiva di politica economica che per comodità può definirsi “socialdemocratica” o keynesiana - basata sull’accordo fra capitale e lavoro e in particolare sull’intervento pubblico in campo economico (non solo per correggere i “fallimenti del mercato”) - siede anch’essa sul banco degli imputati, poiché è proprio il massiccio investimento di risorse pubbliche nella “spesa sociale” ad aver causato, secondo le spiegazioni ricorrenti sulla crisi finanziaria europea, la crescita

23 Supiot, 2011

24 fra gli altri C. Crouch, 2012

25 Hardt-Negri, 2010

26 Ruffolo, Sylos Labini, 2012

esponenziale del debito sovrano degli stati più deboli dell'Unione creando le premesse dell'aggressione dei mercati. Il duplice fallimento delle strategie regolative più accreditate nell'economia politica è l'espressione di una crisi che travolge stato e mercato in egual misura: "alla *market failure* si affianca la *state failure*", nota efficacemente (e causticamente) Cassese.²⁷ Sotto questo aspetto la crisi potrebbe davvero dischiudere nuovi orizzonti, mettere in moto processi che ci "costringano" a rivedere i presupposti di fondo del nostro modello di sviluppo. Nel presente, tuttavia, gli effetti della crisi continuano ad incidere sulle condizioni di vita (sui salari e sui redditi) e sui livelli occupazionali in modo recessivo, senza che si vedano all'opera contro-tendenze di analoga forza ed impatto ma semmai, come si è notato,²⁸ soltanto un "lieve mutamento di rotta" (dall'*austerità* alla crescita) auspicato dalla stessa Commissione nelle sue Raccomandazioni sul programma di stabilità.²⁹

Né tanto meno l'Unione europea sembra in grado di difendere se stessa e il suo progetto di integrazione. Dopo le grandi direttive degli anni novanta si è tornati alla logica del "doppio binario" – accentramento della politica monetaria ed ora della politica di bilancio, decentramento della politica economica e sociale – mentre, nel quadro giuridico definito dai Trattati, è proseguita senza soste la realizzazione del mercato interno, eliminando ogni ostacolo alla libertà di circolazione e così sottraendo agli stati sovranità sulla disciplina dei rapporti economici e sociali all'interno dei propri confini. Questa forte matrice liberista dell'integrazione europea si esprime in modo molto sofisticato, ma semplificando al massimo si potrebbe dire che se da un lato, con il principio di attribuzione, l'Europa ossequia i "signori dei trattati", dall'altro, con la dottrina del "primato", svuota l'acqua in cui nuotano gli stati. Come nel wendersiano *falso movimento*, verrebbe da dire.³⁰

In un quadro dunque già ipotecato da queste ambiguità di fondo intervengono, in modi particolarmente incisivi, i provvedimenti anti-crisi dell'Eurozona, aggravando le

27 Cassese 2012 p. 325

28 Salazar, 2013

29 COM 2013, 362

30 Nel film scritto a due mani da Handke e Wenders (tratto dal romanzo di Goethe *Wilhelm Meister*) viaggiare è come un errare completamente al di fuori di una nozione di meta, in balia soltanto delle leggi del caso, in questo senso un "falso movimento", una condizione ontologica che non è portatrice di arricchimento ma, semmai, di sottrazione (come afferma alla fine del viaggio Wilhelm, giunto in vetta allo Zugspitze: "perché ero fuggito?...Era come se avessi perduto e continuassi a perdere qualcosa ad ogni nuovo movimento". Da L. Antoccia, *Il viaggio nel cinema di Wim Wenders*, Ed. Dedalo Bari 1994).

diseguaglianze e creando le premesse di una vera e propria rottura fra paesi in grado di difendere i propri modelli sociali adottando in vario modo misure “protezionistiche” e paesi deindustrializzati ed impoveriti che rischiano di precipitare in un violentissimo scontro sociale (fra i quali si può certamente annoverare l'Italia).

4. La nuova governance economica e le misure anti-crisi dell'Eurozona.

Il Trattato di Maastricht aveva disegnato un equilibrio fondato essenzialmente sulla realizzazione del mercato interno e su regole di bilancio comuni, ma al trasferimento della sovranità monetaria all'Unione non ha fatto seguito analoga cessione della sovranità sulla politica economica degli stati, oggetto piuttosto, in base al Trattato di Maastricht (art. 3 punto A), del coordinamento fra gli stati membri in quanto materia di “interesse comune” (artt. 5 e 119 TFUE) ed affidata in linea di principio alla responsabilità degli stati (art. 120 TFUE). Sicchè, se la disciplina di bilancio si è avvalsa di una strumentazione vincolante, a partire dalle disposizioni poste dall'art. 126 TFUE, il coordinamento della politica economica degli stati è stato attuato mediante strumenti di *soft law* “collocati all'esterno della dimensione comunitaria”, prevedendosi poi (art. 121 TFUE) un meccanismo di “sorveglianza multilaterale” (con il potere del Consiglio di adottare mere “raccomandazioni” ai paesi membri). La politica economica dell'Unione si è fondata, in altri termini, sull'impegno degli Stati di rispettare gli “indirizzi di massima” del Consiglio per il raggiungimento di obiettivi comuni e sul patto di stabilità e di crescita (il cui obiettivo è il contenimento dei disavanzi pubblici), sottoposti alla sorveglianza della Commissione e del Consiglio (art. 126 TFUE).

Medesimo equilibrio, come è noto, concerne le politiche sociali, per le quali i Trattati prevedono unicamente il coordinamento a livello dell'Unione (art. 156 TFUE) ovvero, ma per un numero limitato di materie, l'adozione di misure di incoraggiamento alla cooperazione degli Stati, o ancora “prescrizioni minime applicabili progressivamente”, oltre tutto lasciando in piedi per le materie più sensibili la procedura di deliberazione all'unanimità (v. art. 153 TFUE).

Con i provvedimenti assunti nel contesto della crisi economica e finanziaria questo quadro, per quanto non contraddetto nelle sue linee di fondo, è stato profondamente modificato con innovazioni “costituzionali” di un certo rilievo.³¹

La nuova linea, velocemente disegnata sul fallimento dei vincoli di Maastricht, è ora quella

31 Il primo passo in direzione di una “presa di controllo” delle leve di politica economica dei governi nazionali lo si è avuto con il Patto Euro Plus adottato dal Consiglio nel vertice del 23-24 marzo 2011, grazie al quale, con la modifica dell'art. 136 FFUE, il meccanismo di stabilità finanziaria viene basato esplicitamente sul principio di “rigorosa condizionalità”. Viene così recisa quella linea di controllo dei bilanci pubblici, varata con il Trattato di Maastricht, per la quale “lo stato resta padrone della distribuzione delle risorse ..ma non controlla la possibilità di incrementare le spese ricorrendo al debito pubblico” (Cassese, 322-323), passando ad un regime di più stretto controllo dei paesi più deboli.

di consentire interventi diretti sugli ordinamenti nazionali, dettando non solo i limiti macroeconomici ma le “riforme” ritenute necessarie. Il principio di “condizionalità” – già adottato dal FMI nel rapporto con gli Stati sottoposti a programmi di aiuti e riforme strutturali – diviene così la stella polare per regolamentare il rapporto fra nuove “istituzioni” intergovernative come l’ESM (l’istituzione finanziaria degli stati della zona Euro deputata a gestire il fondo salva-stati permanente che di fatto dovrà accompagnare la realizzazione del Trattato sul Fiscal Compact) ed i paesi più deboli della UE, a cui possono essere concessi aiuti solo se in cambio si impegnano a rispettare i programmi di tagli e le riforme strutturali (fra le quali primeggiano le riforme che interessano il sistema di welfare e il mercato del lavoro) dettati da questi organismi, e sempre che, beninteso, attuino la regola del pareggio di bilancio introdotta dal *Fiscal Compact*.

Viene in tal modo profondamente modificata quella linea dualistica, a cui si è fatto cenno, grazie alla quale veniva garantita l’autonomia degli stati membri nella gestione delle politiche sociali, autonomia che l’emergenza finanziaria, complice l’approccio delle istituzioni europee, ha completamente distrutto.

Sono emerse direttrici di intervento che, per quanto in certa misura necessitate, hanno determinato un impatto fortemente critico, sia sul piano della tenuta dei diritti sociali che sul piano della legittimazione democratica dei poteri che hanno assunto un ruolo “direttorio” nei paesi colpiti con maggiore evidenza dalla crisi economica.³² Del resto, il fatto stesso che con un Trattato internazionale si preveda l’obbligo per gli stati di

32 Dal *Six Pack*, approvato il 4 ottobre 2011, che ha introdotto una serie di limiti stringenti per i paesi europei con un’interpretazione restrittiva delle regole sul patto di stabilità e un meccanismo di sorveglianza sui bilanci pubblici sia sul piano preventivo che repressivo-sanzionatorio, al *Two Pack* che anticipa alcune delle misure che verranno poi approvate con il *Fiscal Compact*, consentendo alla Commissione europea, in caso di scostamento dagli obiettivi assunti, di rendere un parere negativo sul documento programmatico di bilancio direttamente al parlamento nazionale, fino al Trattato intergovernativo sulla stabilità, il coordinamento e la governance, meglio noto come *Fiscal Compact*, sottoscritto il 2 marzo 2012 ed operativo dal 1° gennaio 2013. Il Trattato sul Fiscal Compact impone due regole fondamentali: da un lato il pareggio di bilancio, ossia la determinazione di una soglia del deficit strutturale consentito, dall’altro la previsione di un rigido percorso di riduzione del debito pubblico rispetto al PIL. Sul rispetto di queste regole sul governo dei conti pubblici è inoltre previsto il sindacato della Corte di Giustizia (art. 8). Esplicitamente le parti hanno poi previsto che l’adozione di queste nuove regole dovesse avvenire mediante disposizioni vincolanti e permanenti, “preferibilmente mediante l’adozione del nuovo vincolo di bilancio negli ordinamenti mediante una fonte di natura costituzionale”. A valle di questo processo di definizione di nuove regole, che avviene al di fuori del diritto dell’Unione, la legge costituzionale n. 1 del 2012 ha operato una revisione dell’art. 81 Costituzione che, nei suoi elementi essenziali, contiene un divieto di indebitamento e l’obbligo di garantire l’equilibrio di bilancio con la sola eccezione consentita dal II comma della nuova disposizione costituzionale in relazione alle fasi congiunturali. Il “vincolo di bilancio” diviene così “lo snodo essenziale della stringente *governance* economica europea: un vincolo *esogeno* (di derivazione sovranazionale) che diventa *endogeno* (cioè nazionale)” (Ricci 2012)

emendare la propria Costituzione, dettando precisi termini di attuazione e affidando alla Corte di Giustizia poteri sanzionatori, non poteva che far sorgere pesanti interrogativi sul carattere democratico di queste decisioni.³³ Il superamento della sovranità degli Stati “deboli” in materia di bilancio e l’esplicita limitazione della discrezionalità degli stati nella formazione degli indirizzi di politica economica e sociale,³⁴ non avviene perché queste prerogative sono “trasferite” alle istituzioni rappresentative europee (il Parlamento) bensì perché accentrate nelle mani di istituzioni sovranazionali di dubbia legittimità democratica, trasformando in certa misura gli assetti di governo della U.E..³⁵ Si può certo ritenere che a queste misure non vi fossero alternative, ma resta il fatto che la politica di bilancio viene di fatto espropriata agli organi rappresentativi dei cittadini europei e centralizzata nelle mani del Consiglio e della BCE, con le procedure previste dal Patto *Euro Plus* e dal *Six Pack*. La “rottura” dei Trattati³⁶ finisce così per ipotecare seriamente il processo di integrazione così come “disegnato” a Lisbona, con un implicito riconoscimento dell’insufficienza del diritto dell’Unione.³⁷ Come scrive efficacemente Bronzini, la crisi ha di fatto “disgregato..la convinzione che il Trattato di Lisbona avesse offerto, ormai, un quadro istituzionale solido ed efficace per disciplinare il processo decisionale continentale attraverso regole più chiare e trasparenti di *governance* e con un ruolo più solido del Parlamento europeo”.³⁸ La riorganizzazione della *governance* economica europea avviene al prezzo di una forte lacerazione, giacché è agli stati più forti che, di fatto, viene ascrivito il potere di controllo e sanzionatorio nei confronti dei bilanci degli stati finanziariamente deboli ed è soltanto a questi stati che è data la possibilità di tutelare efficacemente le proprie prerogative costituzionali.³⁹ Come si è efficacemente notato, i paesi deboli vengono - di fatto e di diritto

33 Rivosecchi 2012; Ciolli 2012

34 Gambino-Nocito 2012; Giubboni, 2013

35 Paparella, 2012

36 Ruffert, 2011

37 Lupo, 2012

38 Bronzini 2012a

39 Gambino-Nocito, 2012; Maduro, 2012. Il Tribunale costituzionale della Germania federale, sulla scia di un orientamento maturato a partire dalla sentenza *Maastricht*,

- emarginati dalla gestione politica della crisi e non hanno nessuna possibilità di incidere su decisioni che, a ben vedere, si riflettono sulle condizioni di vita dei propri cittadini.⁴⁰ Non a caso il “metodo” adottato dagli stati dell’Eurozona per affrontare, sin dall’inizio, le sfide poste dalla crisi, non prevede alcun coinvolgimento effettivo del Parlamento europeo, di fatto estromesso dalla *governance* economica (il che fra l’altro suona come una conferma piuttosto esplicita del fatto che la vecchia prassi intergovernativa non è mai venuta meno, neppure con il Trattato di Lisbona).⁴¹

La “cessione di sovranità” imposta agli stati deboli dell’Unione non implica, dunque, la ricostruzione ad un altro livello dei meccanismi di partecipazione e legittimazione, bensì la sottrazione secca di potere agli organi rappresentativi legittimamente deputati ad assumere decisioni vincolanti.⁴² Sviluppi, questi, neppure controbilanciati da efficaci politiche sociali o da propositi di riforma delle disposizioni dei Trattati che frenano la capacità d’intervento della U.E. in campo sociale.⁴³

Viene così paradossalmente confermata la filosofia di fondo dell’integrazione europea, non

ampliato dalla sentenza *Lissabon-Urteil* e specificato da quella sugli *Aiuti alla Grecia/EFSF*, ha ritenuto ammissibili ricorsi di singoli cittadini per violazione dell’art. 38 della Legge Fondamentale - norma da cui il Tribunale ha desunto un un *Gewährleistungsgehalt* (contenuto di garanzia) che consiste nel *Demokratiegebot* (imperativo di democraticità) ai sensi dell’art. 20 LF - ed ha utilizzato queste norme come parametro per attivare la c.d. *Identitätskontrolle* (controllo di identità della Costituzione). E nella recente sentenza *MES/Fiscal Pact* ha sì dichiarato la compatibilità del Fiscal Compact con il “principio democratico”, ma ne ha puntualizzato in modo alquanto rigoroso i limiti, tutelando i poteri del Parlamento anche sul piano della sua effettiva partecipazione e influenza sulle decisioni prese in seno ad organismi intergovernativi come l’ESM, deputato alla gestione degli aiuti e alla programmazione dei provvedimenti di riforma per i paesi che ne fanno richiesta, e soprattutto assicurando al *Bundestag* la competenza generale sulle politiche finanziarie e di bilancio (pur ammettendo che esse possano essere adottate sulla base del diritto dell’Unione o del diritto internazionale) e la sua approvazione in caso di esborso di emolumenti economici solidali di entità particolarmente ampia. E’ questo forse un modello espressione di un costituzionalismo evoluto che vede le Corti affinare le proprie capacità di “arbitrare” i conflitti fra gli ordinamenti. Ma indubbiamente è difficile pensare che la tutela delle proprie prerogative statali possa avere la stessa forza se ad agirla sono gli stati deboli.

40 Ruggeri, 2012

41 v. Pech, 2012. Del resto il maggiore protagonista della *governance* monetaria ed economica della zona Euro - la BCE - è e resta totalmente estraneo al contesto politico ed istituzionale dell’Unione, perseguendo i propri obiettivi in assoluta indipendenza (Tesauro, 614).

42 Gambino-Nocito 2012

rientrando nei programmi dei governanti europei altro che la disciplina di bilancio, l'unione bancaria e (forse) la disciplina fiscale, ed escludendo così implicitamente qualsiasi aumento delle competenze della U.E. in materia economica e sociale, con il risultato di avallare ancora una volta quella oramai logora strategia che, in estrema sintesi, ha optato per declassare gli strumenti di armonizzazione, tanto da fare del primato del *metodo aperto di coordinamento* (un metodo prevalentemente intergovernativo, come scrive) lo strumento privilegiato della *governance* in materia sociale.⁴⁴

L'asimmetria fra l'impegno della U.E. alla realizzazione del mercato interno e le deboli basi dell'Europa sociale rischia così di rimanere uno dei tratti caratterizzanti della costruzione dell'Unione europea come entità "politica" sovranazionale, per di più nel contesto di nuove diseguaglianze fra paesi deboli e paesi forti, fra paesi che possono tutelare efficacemente la propria sovranità e paesi invece costretti a subire interamente il principio di condizionalità, minando lo stesso progetto di integrazione europea,⁴⁵ svuotando di significato la solenne promessa di un modello di integrazione orientato alla "promozione di un'adeguata protezione sociale, [alla] lotta contro l'esclusione sociale" (art. 9 TFUE). Il diritto del lavoro, a sua volta, si ritrova a doversi misurare con problematiche inedite, sia sul versante dei diritti individuali che dei diritti collettivi, che ripropongono in termini ancor più drammatici il mai sopito dilemma sulla forza e vincolatività delle enunciazioni delle Carte costituzionali, creando uno stridente contrasto fra l'elevazione dei diritti sociali a fondamenti stessi delle comunità e la natura piuttosto relativa e transeunte che i principi delle Costituzioni finiscono in concreto per assumere (non solo per lo strapotere dei mercati ma anche per scelte imputabili al *government* europeo).

Le conseguenze che la crisi – e le misure adottate per contrastarla – determina a carico degli ordinamenti nazionali e dei sistemi di contrattazione collettiva - fonti privilegiate (tuttora) della produzione di norme in materia di lavoro e diritti sociali - sono tali, infatti, da mettere in discussione proprio l'efficienza regolativa dei modelli costituzionali, anche i più avanzati, a cui spetterebbe (quanto meno) costituire un sicuro ancoraggio per il nucleo di

43 Come l'art. 153 TFUE, disposizione che andrebbe completamente rivista a partire dalla riserva di competenza degli stati in materie cruciali e dal riconoscimento, nei campi in cui alla U.E. viene riconosciuta una potestà regolativa, di un potere limitato ad anacronistiche "prescrizioni minime applicabili progressivamente" (art. 153.2 lettera b, per quanto questa norma sia stata interpretata dalla Corte di Giustizia, forzando la mano ai "signori dei trattati", come non necessariamente limitativa dell'intervento della U.E. "al minimo comun denominatore, ovvero al più basso livello di tutela fissato dai diversi stati membri").

44 Pech, 2012 p. 18; per una sintesi degli sviluppi dell'Europa sociale Ales, 2009

45 Ruffolo, Sylos Labini, 2012 p. 59 ss.

diritti fondamentali. Ma se, come si è notato,⁴⁶ finanche una disposizione precettiva come l'art. 36 Cost. potrebbe non garantire più l'effettività dei beni da essa protetti, allora c'è da chiedersi in che misura sia oramai in atto un cambiamento di fondo nel rapporto fra economia e società.

5. *Un diritto del lavoro "minimo"?*

La situazione che in Italia si è determinata nell'estate-autunno del 2011 - i prolegomeni del "governo tecnico" - è paradigmatica del nuovo climax europeo, ossia di quella che il premio Nobel per l'economia Krugman ha definito efficacemente "l'ellenizzazione" della crisi europea: una spirale perversa fra crisi del debito, provvedimenti di austerità e recessione economica dalla quale diviene sempre più difficile uscire.⁴⁷ Ci si riferisce, evidentemente, alla lettera della BCE e agli sviluppi successivi, ai moniti europei al nostro paese e, infine, alla lettera del Governo italiano allegata alle conclusioni del Consiglio europeo del 27 ottobre 2011.⁴⁸ Da qui la crisi politico-istituzionale e da qui pure i provvedimenti di riforma del 2011-2012, e fra questi la scrittura di una norma - l'art. 8 l. n. 148/2011 - che ha lo scopo di fornire un pronto adeguamento del sistema di contrattazione collettiva in funzione degli obiettivi di deregolamentazione fissati dalla BCE e dal "direttorio" europeo, soprattutto, come si è notato, allo scopo di rendere maggiormente flessibile il trattamento normativo del personale.⁴⁹ Si tratta di "riforme" non

46 Ricci 2012

47 Krugman, 2012

48 Scritta dai destinatari ed accettata dal mittente, come ha notato causticamente Eugenio Scalfari in un suo editoriale.

49 Ricci, 2012. Dopo il Consiglio europeo del 23-24 giugno 2011 - in cui si giunge ad affermare, testualmente, che "la ripresa della zona euro è a buon punto e ha imboccato un percorso sostenibile di solida crescita" - l'Italia, assurta ad epicentro della crisi europea, diviene il "sorvegliato speciale" dell'Eurozona, come si vedrà poi emblematicamente nel successivo Consiglio europeo del 26 ottobre. Nella lettera Draghi-Trichet del 5 agosto 2011 si prescrivono al Governo italiano, oramai impotente dinanzi all'aggressione dei mercati, misure specifiche di politica economica e riforme del mercato del lavoro, fra cui la piena liberalizzazione dei servizi pubblici locali e dei servizi, la riforma del sistema di contrattazione salariale collettiva ("permettendo accordi al livello d'impresa in modo da ritagliare i salari e le condizioni di lavoro alle esigenze specifiche delle aziende e rendendo questi accordi più rilevanti rispetto ad altri livelli di negoziazione"), la revisione delle norme che regolano l'assunzione e il licenziamento dei dipendenti, una riforma del sistema di assicurazione dalla disoccupazione e insieme di politiche attive per il mercato del lavoro in

estemporanee, semmai affette da evidenti problemi di *drafting* ma scritte sotto l'impulso di precise determinanti politiche ed economiche, forse la prima sperimentazione di un inedito fenomeno (che molto somiglia ai fenomeni di *law shopping* causati dalla competizione fra diversi sistemi regolativi a livello internazionale) grazie al quale è possibile costituire ordinamenti "particolari" frutto dell'incastro variabile fra norme imperative "vigenti" e norme invece sospese "di fatto e di diritto", in una parola un ordinamento in cui è possibile scegliere il diritto del lavoro applicabile ai rapporti nell'impresa.⁵⁰ Ed a seguire l'ambizioso disegno della legge Fornero, risoltosi in un compromesso non proprio impeccabile. Un compromesso che non è realizzato sulla base di una precomprensione dei principi in gioco e di un attento, consapevole bilanciamento, bensì sull'onda dell'esigenza di non scontentare nessuna delle parti in campo (sicché il bilanciamento *ex ante* del legislatore è guidato da un'esigenza di compromesso fra gli interessi immediati dei gruppi, con svilimento della funzione della legge). Smontare e rimontare una struttura-chiave del sistema di tutela del lavoro qual è l'art. 18 Statuto – norma pur sempre attuativa del principio/diritto posto dall'art. 4 Costituzione, come giustamente evidenziato dalla dottrina costituzionalistica⁵¹ - avrebbe invece richiesto una ben più profonda attenzione ai principi in gioco. Ed in particolare, se poteva considerarsi in certa misura giustificabile una revisione del sistema di tutela nel caso del licenziamento per motivi economici - ove, come nel caso delle vicende riguardanti le crisi e le ristrutturazioni aziendali, il potere di recesso dell'imprenditore si ricollega piuttosto linearmente alla libertà di iniziativa economica ex art. 41 della Costituzione – meno lo è quando è in gioco, viceversa, l'esercizio del potere punitivo del datore di lavoro, ossia nelle ipotesi di giusta causa e giustificato motivo soggettivo di licenziamento, trattandosi qui di un potere del tutto eccezionale, che non ha riscontri nel sistema delle obbligazioni del codice, giacché ad una delle parti di un rapporto pur sempre di carattere negoziale e quindi asseritamente paritario, viene concesso dall'ordinamento il potere di irrogare vere e proprie pene private, che possono giungere fino al punto di travolgere quel diritto

grado di facilitare la riallocazione delle risorse verso le aziende e verso i settori più competitivi. Per assicurare la sostenibilità delle finanze pubbliche vengono richieste ulteriori misure di correzione del bilancio (anticipare di almeno un anno il calendario di entrata in vigore delle misure adottate nel pacchetto del luglio 2011, intervenire ulteriormente nel sistema pensionistico, rendendo più rigorosi i criteri di idoneità per le pensioni di anzianità e riportando l'età del ritiro delle donne nel settore privato rapidamente in linea con quella stabilita per il settore pubblico, operare una riduzione significativa dei costi del pubblico impiego, rafforzando le regole per il turnover e, se necessario, riducendo gli stipendi).

50 per una recente riflessione sulla crisi dell'inderogabilità v. De Luca Tamajo 2012

51 Salazar, 2013

costituzionale ex art. 4 Cost. posto fra i principi fondamentali della Costituzione. In questi casi la reazione dell'ordinamento, che nell'ipotesi di esercizio illegittimo o *contra legem* del potere penale del datore di lavoro imponeva al datore sempre e comunque (salvo l'inapplicabilità dell'art. 18 per il mancato superamento della soglia dimensionale minima) la reintegrazione del lavoratore ingiustificatamente colpito dall'atto di recesso, ossia il ripristino del rapporto illegittimamente risolto dal datore, non è mai apparsa sproporzionata o non fondata su logici criteri giuridici, essendo del resto sostanzialmente conforme al comune diritto delle obbligazioni in base al sistema del codice civile. Non si giustificava, dunque, questa improvvisa revisione, se non in nome dell'esigenza di consegnare alla *troika* europea, a cui si deve l'azione più decisa per la deregolamentazione del diritto del lavoro,⁵² lo "scalpo" di una norma fondamentale a tutela del lavoro subordinato nell'impresa, per sottostare alla raccomandazione del Consiglio europeo del 12 luglio 2011⁵³ e dimostrare la buona volontà "riformatrice" del Governo italiano – ma un riformismo *negativo* che sottrae e non innova – tradendo una visione dei rapporti nell'impresa del tutto inadeguata che si risolve, a ben vedere, in una sorta di "condono" perpetuo per il datore di lavoro in caso di violazioni di legge o di contratto.

Ma questo è un caso non certo isolato nel contesto europeo.

La progressiva erosione dei livelli di tutela avviene infatti in tutti i paesi europei, pur essendo maggiormente incisiva nei paesi sottoposti ai programmi di aiuto, nella convinzione che una delle più efficaci risposte alla crisi risieda nel rendere più flessibili i mercati del lavoro.⁵⁴ In concreto, se in alcuni paesi ciò ha comportato significative ma

52 Deakin, 2012

53 Raccomandazione del Consiglio sul programma nazionale di riforma 2011 dell'Italia e sul Programma di stabilità 2011-2014 del 12 luglio 2011, ove si chiede espressamente al Governo di operare una profonda revisione di «aspetti specifici della legislazione a tutela dell'occupazione, comprese le norme e le procedure che disciplinano i licenziamenti», nonché misure di flessibilizzazione della retribuzione in rapporto alle condizioni locali o alla produttività della singola impresa.

54 COM 2010 682 final. Il recente Patto per la crescita e l'occupazione rappresenta una positiva, seppur tardiva presa d'atto dei governanti europei dell'insostenibilità dei tassi di disoccupazione (incompatibili oramai con un quadro di coesione sociale), ma privo com'è di adeguate risorse finanziarie (di fatto negate dagli stessi contraenti di quel Patto che nel Consiglio europeo del febbraio 2013 hanno fissato i "paletti" macro-economici e gli *asset* del bilancio europeo per i prossimi quindici anni) potrebbe risolversi in un ennesimo programma di "buoni propositi". E' del resto sintomatico del generale clima di sfiducia che il piano per l'occupazione, dopo la sua adozione nel corso del Consiglio europeo di ottobre, sia passato pressoché sotto silenzio, mentre nel discorso pubblico prevale ancora una

parziali misure di deregolamentazione, in altri paesi ha significato una revisione molto più articolata e profonda. Interventi legislativi si registrano in materia di orario di lavoro e di contratti atipici, nonché nella regolamentazione dei licenziamenti, con interventi che, seppure nati sull'onda dell'emergenza economica, finiscono per divenire permanenti ed avere quindi effetti duraturi sugli standard di tutela nei paesi della U.E. Sicchè, se la precarietà e la disoccupazione sono assunte come delle vere e proprie emergenze nazionali, l'Europa sembra voler continuare, testardamente, in una sorta di terapia omeopatica, introducendo ancora nuove "dosi" di flessibilità nell'organismo.

Senza entrare nel merito specifico dei provvedimenti nazionali assunti dai Governi a causa della nefasta influenza della "dottrina" dell'austerità (talmente duri da aver provocato, in alcuni casi, come in Portogallo, la reazione del Tribunale costituzionale che li ha ritenuti lesivi della dignità umana: v. infra), e rimanendo su un piano di valutazione generale, si potrebbe dire che ancora una volta la storia europea vede contrapporsi regolazione per la competitività e regolazione basata sui diritti, ma con una chiara affermazione, in questo momento storico, dell'idea che una regolamentazione "al ribasso" per la competitività e la flessibilità, che riveda e declassi l'effettività dei diritti sociali, determini una virtuosa competizione fra gli ordinamenti dando vita "ad un processo di selezione grazie al quale gli Stati adottano la forma di regolamentazione ritenuta più efficace" per attrarre investimenti, ma infine produttivi di una secca perdita per i sistemi di *welfare*.⁵⁵

Fra i diritti il più esposto, nella crisi, è indubbiamente, come si è notato, il diritto alla retribuzione, vuoi perché direttamente inciso da provvedimenti di politica economica e finanziaria, vuoi perché "collocato al centro di strategie di moderazione salariale, concordate fra le parti sociali", e nel contesto attuale con effetti recessivi particolarmente rilevanti considerando che i nuovi provvedimenti si inseriscono in un trend discendente del valore dei redditi da lavoro degli ultimi decenni che ha indubbiamente già realizzato vistose diseguaglianze.⁵⁶ Secondo gli studi più accreditati, le politiche di *austerità* degli anni 2010-2012 incidono, soprattutto nei paesi colpiti dalla crisi ed in Italia, sugli assetti della retribuzione fondamentale mettendo in discussione "la tenuta della retribuzione

spasmodica attenzione sui controlli dei bilanci nazionali e sul sistema bancario, temi questi, come si è notato, "ormai sovra-enfatizzati, perché la crisi europea è meno grave sul versante fiscale-finanziario che su quello economico-occupazionale che, a sua volta, è connesso agli aspetti reali-industriali" (Quadrio Curzio, 2012).

55 Hepple, 2003

56 Ricci 2012

fondamentale (*id est* di quella costituzionale)".⁵⁷

Da altro versante, la pressione sui sistemi di relazioni industriali ottiene – in una generale condizione di debolezza delle forze sindacali – di assicurare alle imprese quei livelli di differenziazione regolativa e soprattutto di “flessibilità” salariale ritenuti necessari per la loro competitività nel mercato globale. In molti paesi si afferma una decisa decentralizzazione della contrattazione collettiva, il cui asse si sposta dal livello settoriale/nazionale al livello aziendale, con l’obiettivo di offrire alle imprese maggiore flessibilità e procedere ad “aggiustamenti” delle condizioni di regolamentazione del mercato del lavoro. Non solo in Italia, ma anche in altri paesi (Francia, Grecia) la contrattazione aziendale vede ampliarsi l’arco delle materie oggetto di regolamentazione specifica a livello d’impresa, assumendo potere derogatorio *in pejus* sia con riguardo ai livelli superiori di contrattazione che alla stessa legge. In generale, è molto forte la tendenza ad “orientare” la sfera dell’autonomia collettiva in direzione del ri-adequamento degli standard di trattamento per sorreggere la competitività del sistema economico, con riforme che introducono vincoli diretti alla contrattazione (come nel settore pubblico) o norme “permissive” tese ad allentare le condizioni di uniformità ed eguaglianza delle condizioni di lavoro. Sintomatico di questa nuova “filosofia” delle relazioni industriali è l’Accordo interconfederale del 28 giugno 2011, secondo cui i contratti collettivi aziendali “possono definire, anche in via sperimentale e temporanea, specifiche intese modificative delle regolamentazioni contenute nei contratti collettivi nazionali di lavoro nei limiti e con le procedure previste dagli stessi contratti collettivi nazionali di lavoro”, mentre da altro lato in diversi casi i contratti nazionali contengono disposizioni di flessibilizzazione dei trattamenti salariali.

Seppure la partecipazione sindacale non è esclusa, non si registrano oramai da tempo patti sociali per la concertazione o condivisione con le organizzazioni dei lavoratori delle politiche economiche e sociali. In Europa quella dei “patti sociali” è una opzione politica sul modello dell’araba fenice ma al momento non si vede ancora all’orizzonte la sua resurrezione. La partecipazione delle parti sociali al governo delle variabili economiche può essere, invero, considerata come una precipua caratteristica del modello sociale europeo,⁵⁸ ma nella fase attuale prevale la ricerca di risposte alla crisi a livello *micro* e

57 Ricci 2012. Anche in questo caso la raccomandazione del Consiglio del 12 luglio 2011 è di la revisione di «aspetti specifici della legislazione a tutela dell’occupazione, comprese le norme e le procedure che disciplinano i licenziamenti», nonché misure di flessibilizzazione della retribuzione in rapporto alle condizioni locali o alla produttività della singola impresa.

58 Baccaro, Simoni, 2006

meso, a livello aziendale o tutt'al più a livello settoriale.⁵⁹ Che sia o meno rivelatore di "nuove relazioni industriali", lo spostamento dell'asse della contrattazione collettiva verso l'azienda è un percorso comune a tutti gli stati europei e val la pena ricordare che questo è da tempo considerato uno degli indici di indebolimento delle organizzazioni sindacali,⁶⁰ anche se, come si è notato, la verticale caduta del ruolo della contrattazione collettiva non determina automaticamente l'emarginazione "politica" del sindacato, a cui può essere affidato un ruolo anche importante nell'amministrazione del mercato del lavoro.⁶¹

Indubbiamente la riforma dei sistemi di welfare è guidata da cambiamenti strutturali che interessano le parti sociali in modi diversi e con dinamiche diverse a seconda della politica sociale concretamente adottata dagli stati, ma il "clima di sospetto" nei confronti di ogni politica redistributiva finisce per limitare ovunque lo spazio di azione del sindacato a livello sia nazionale che europeo. Sicché anche le pur condivisibili proposte che provengono dal campo sindacale europeo sembrano lontane da qualsiasi possibilità di concretizzazione. La proposta di ETUC per un patto sociale europeo non è neppure nell'agenda dei governanti europei. Né il recente sciopero europeo contro le misure anti-sociali e le manifestazioni simultanee nelle capitali europee sembrano aver conseguito l'effetto di rimettere in discussione le priorità dei governi europei e aperto una riflessione critica sul modo in cui la Commissione europea, la BCE e l'FMI hanno finora gestito la crisi economica e sociale.

D'altro canto, le scelte di "governo" a livello europeo – la "svolta" in senso intergovernativo dei meccanismi decisionali ed il privilegio assoluto conferito al ridimensionamento dei bilanci pubblici⁶² – non sono prive d'impatto sulla possibilità, per le parti sociali, di disegnare un percorso comune tendente a garantire un diverso approccio alla crisi, riducendo se non annullando di fatto lo spazio del dialogo sociale.⁶³ Come in una caduta a spirale, la crisi aggrava una situazione in cui le ambiguità e le incertezze (o i "vuoti" regolativi) dell'Unione possono, a loro volta, considerarsi uno dei fattori di scarsa reattività alla crisi stessa. Del resto la stasi sul piano degli interventi di tipo "promozionale" per

59 Natali, Pochet, 2010

60 Baccaro L., Howell C., 2012; Crouch, 2000

61 Clegg and van Wijnbergen

62 Ruggeri, 2012

63 Bronzini 2012b

rafforzare la sfera della contrattazione collettiva a livello europeo dura oramai da quasi due decenni, nonostante lo sviluppo, in modi alquanto originali e con ritmi sostenuti, di fitte relazioni negoziali fra le parti sociali al di fuori dei circuiti istituzionali e delle procedure delineate dall'art. 155 TFUE. Se è vero che "per lungo tempo sono mancati i presupposti materiali dell'autoregolazione sociale",⁶⁴ sviluppi della contrattazione collettiva a livello europeo sono nonostante tutto presenti. Nonostante la "stagnazione" del dialogo sociale "istituzionale", queste nuove forme di contrattazione "volontaria" o *non statutory* hanno dato vita ad un dialogo sociale di nuova generazione, "imbrigliato" tuttavia dal problema critico dell'efficacia degli accordi conseguiti a livello transnazionale, problemi ancora oggi insoluti.⁶⁵ Dimostrando che il potere di rappresentanza e di contrattazione è (ri)producibile a livello sovranazionale a prescindere dall'impulso istituzionale della Commissione secondo lo schema introdotto, con un'importante innovazione, dal Trattato di Amsterdam, molti accordi si registrano a livello intersettoriale e (soprattutto) a livello settoriale,⁶⁶ ma la loro efficacia è interamente basata su un principio di *autonomous implementation*, ossia su meccanismi di attuazione di natura squisitamente endo-sindacale (nonostante i tentativi in dottrina, in verità problematici, di delineare una sorta di *direct effect*). Problemi analoghi interessano i *transnational text* frutto della negoziazione a livello di impresa multinazionale soprattutto ad opera dei Comitati aziendali europei. La necessità di un intervento regolativo "promozionale" è per così dire macroscopica,⁶⁷ ma finora nessuna iniziativa in tal senso è stata promossa dall'Unione europea. Resta così irrisolta una delle questioni di fondo sulla natura del modello europeo di regolazione dei rapporti fra diritti sociali e mercato, ossia se il diritto del lavoro europeo include una dimensione collettiva e un sostegno all'azione collettiva oppure se vuol restare confinato nella dimensione individuale,⁶⁸ tema questo delicatissimo specialmente dopo le posizioni assunte dalla Corte di giustizia nelle quattro sentenze *Laval*, *Viking*, *Commissione c. Lussemburgo* e *Ruffert*.

La crisi disvela dunque l'estrema debolezza della *governance* economica europea e le

64 Barbera M., 2012

65 Caruso-Alaimo, 2011; Comandè, 2010

66 Caruso-Alaimo, 2011 p. 52

67 Caruso-Alaimo, 2011 p. 69-70

68 Bercusson, 2009

insufficienze (e anzi gli innumerevoli svantaggi) di una politica sociale timida, imperniata sul “coordinamento” ed incapace finora di produrre quei necessari “anticorpi” in grado di garantire, anche in via “autonoma” e non solo eteronoma, una compiuta tutela dei diritti sociali. Da un lato viene mantenuto fuori dall’orbita dell’Unione il ricorso a modelli di intervento in materia sociale che non siano quelli tipici della *soft law* e dall’altro si sottovaluta enormemente la potenzialità della negoziazione collettiva, anche come strumentazione in grado di fronteggiare gli effetti della recessione economica.

In questa situazione di *impasse* è addirittura utopico immaginare un superamento di quell’Europa “minima”, piccola e miope, che resta aggrappata, nonostante la gravità della crisi economica e sociale, a principi che inevitabilmente la sospingono a considerare gli interventi regolativi in campo sociale come un momento residuale della propria azione, senza neppure mettere in discussione quel rifiuto assiomatico dell’armonizzazione verso l’alto voluto negli ultimi dieci o quindici anni. Sicché, se il ravvicinamento delle legislazioni nazionali è considerato strumento elettivo per migliorare il funzionamento del mercato interno, ciò non vale per la politica sociale, nella quale l’Unione non ha e non vuole avere alcuna competenza generale di armonizzazione. E per quanto si voglia giustificare questa esclusione per la presenza di specifiche disposizioni del Trattato che disciplinano diversamente le modalità e gli strumenti di intervento della U.E. in materia, non vi è dubbio che l’enunciazione di un principio così “assoluto” indica di per sé una prospettiva minimalista e “sincopata”.

L’incombere di provvedimenti emergenziali innestati sul precario o incompiuto processo di integrazione sembra così disegnare un diritto del lavoro “minimo” (o “debole”, come si è di recente definito).⁶⁹ L’adattamento delle tecniche di tutela e del “sistema” dei diritti (di fonte legale o contrattuale) alle esigenze poste, da un lato, dalla necessaria compatibilità dei bilanci pubblici con la (severa) disciplina europea, e dall’altro dalla (altrettanto necessaria) competitività delle imprese sui mercati nazionali ed internazionali, di fatto piega questo ramo del diritto, geneticamente caratterizzato da un’insopprimibile ambivalenza (giacché strumento al tempo stesso di tutela e di razionalizzazione economica), ad una relazione monofunzionale con la società nel suo complesso.

6. *Ma si può fare a meno di una “politica” dei diritti”?*

Si è già accennato come la crisi obblighi tutti a riconsiderare il rapporto fra diritti e mercato (o forse meglio dire il rapporto fra costituzione vigente e costituzione vivente). I diritti - anche i diritti fondamentali - sono la risultante di affermazioni che si collocano sul piano immanente delle concrete condizioni sociali ed economiche della realtà che li esprime⁷⁰ ed

⁶⁹ Di Stasi, 2012

⁷⁰ Spadaro, 2011

è probabilmente illusorio pensare che, in quanto iscritti nelle Carte costituzionali, essi possano dirsi al riparo dal potere dei mercati. Certo si può sempre obiettare (spostandosi sul piano del “dover essere”) che i diritti fondamentali sono tali proprio perché costituiscono un elemento di rigidità costituzionale in forza del quale sono semmai le strutture economiche a doversi “misurare” con l’esigenza del loro irrinunciabile rispetto (come pur condivisibilmente si afferma nella comunicazione dell’OIL al Parlamento europeo del 14 settembre 2011).⁷¹ Ma che questa sia in effetti una “via di fuga” dalla realtà è dimostrato, a tacer d’altro, dai vincoli stringenti a carico degli ordinamenti nazionali che nessuna Costituzione è in grado, concretamente, di respingere. Ed anche a non voler considerare l’impatto della crisi, la recente, controversa (ed anzi urticante) giurisprudenza della Corte di Giustizia - meglio nota come “Laval quartet” - non dimostra a suo modo che i difficili compromessi fra integrazione dei mercati e tutela dei diritti sociali possono esprimersi in termini estranei agli equilibri disegnati dalle Costituzioni?

Il problema dell’effettività dei diritti e dell’affermazione in concreto dei principi iscritti nelle Costituzioni è del resto tema da tempo dibattuto, tanto più che il rapporto fra diritti sociali e mercato rappresenta, come si è detto, uno dei nodi irrisolti dell’Unione europea. Ed anche dopo il riconoscimento del valore giuridicamente vincolante della Carta dei diritti fondamentali resta una discussione aperta, alimentata indubbiamente dalle ambiguità di cui pure la Carta non è certo priva⁷² e dall’approccio estremamente cauto, se non rinunciatario, delle Corti.⁷³ Sono, in particolare, i principi in tema di applicazione della Carta fissati dagli artt. 51 e 52 che hanno costituito il maggior freno alla piena espansione delle potenzialità della Carta di Nizza. Da qui (e in particolare dall’art. 51) posizioni “riduttive” circa la sua portata applicativa, sottolineando, realisticamente, che la Carta dei diritti è pur sempre “diritto dell’Unione applicabile solo quando è applicabile il diritto comunitario e non già in tutti i casi di violazione di un diritto fondamentale rilevante per il diritto nazionale”, sicché, in definitiva, le disposizioni della Carta non possono che rilevare quali “parametri di legittimità degli atti dell’Unione, degli atti nazionali che ai primi danno attuazione, nonché di quegli atti nazionali che, a giustificazione dell’introduzione di una deroga agli obblighi

71 Nella lettera del Direttore Generale dell’OIL del 14 settembre 2011 al Parlamento Europeo si legge: “Respect for fundamental principles and rights at work is non-negotiable: not even in times of crisis when questions of fairness abound. This is particularly important in countries having to adopt austerity measures. We cannot use the crisis as an excuse to disregard internationally agreed labour standards”

72 Azzariti, 2011

73 Salazar, 2011 e 2013, con riferimento alle decisioni della Corte costituzionale n. 80/2011 e della Corte di Lussemburgo *Kücükdeveci*

imposti dai Trattati, invocano l'esigenza di tutelare un diritto fondamentale", mentre "al di là di queste ipotesi, la Carta non vuole e non può essere applicata".⁷⁴ Si è così escluso l'effetto "orizzontale", pur potendosi forse valorizzare il fatto che le Corti europee sono anch'esse "istituzioni dell'Unione", obbligate, in forza del predetto art. 51, a rispettarne i diritti, osservare i principi e promuoverne l'applicazione, anche nei casi in cui "an individual seeks to rely on a Charter rights against another private individual, provided that the subject-matter falls within Eu law".⁷⁵ Sta di fatto che l'accordo sull'adozione della Carta lo si è trovato proprio sul presupposto dell'esclusione dell'effetto diretto orizzontale, specialmente per quanto attiene alle disposizioni in materia sociale ed economica e che anche la nostra Corte costituzionale ha affermato l'applicabilità della Carta solo in presenza di una fattispecie di rilievo europeo,⁷⁶ sicché nonostante le condivisibili critiche a

74 Tesauro 2012 p. 210. Nella sentenza della Consulta n. 80/2011 si è affermato, a tal riguardo, che presupposto dell'applicabilità della Carta è che "la fattispecie sottoposta all'esame del Giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto" (v. pure Corte cost. 22 luglio 2011 n. 236), lasciando tuttavia nel vago l'individuazione in concreto delle fattispecie di rilievo europeo e soprattutto l'effetto della Carta laddove si realizzi la situazione che ne consente l'applicabilità (Salazar), vaghezza a cui non sembra porre rimedio la Corte di Giustizia nelle prime sentenze in cui si è confrontata con la Carta dopo la sua "adozione" nel Trattato di Lisbona (sent. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Küçükdeveci*; *Gueye e Salméron Sanchez* C-483/09 15 settembre 2011) (v. Salazar 2013).

75 Craig, 2012, p. 88. Secondo questo autore, l'attribuzione alla Carta di un effetto esclusivamente "verticale" costituisce il retaggio della rigida distinzione fra sfera pubblica e sfera privata, in base alla quale "the purpose of fundamental rights protection is to preserve the integrity of the private sphere against coercive intrusion by the state" (M. Hunt, *The "Horizontal Effect" of the Human Rights Act, 1998*). In tal senso, non è certo appagante l'esclusione dell'effetto diretto orizzontale, che sembra essere in effetti voluto dall'art. 51, rispetto a poteri privati che esercitano un potere paragonabile a quello dell'autorità pubblica.

76 Nella sentenza della Consulta n. 80/2011 si è affermato, a tal riguardo, che presupposto dell'applicabilità della Carta è che "la fattispecie sottoposta all'esame del Giudice sia disciplinata dal diritto europeo – in quanto inerente ad atti e comportamenti nazionali che danno attuazione al diritto dell'Unione, ovvero alle giustificazioni addotte da uno Stato membro per una misura nazionale altrimenti incompatibile con il diritto dell'Unione – e non già da sole norme nazionali prive di ogni legame con tale diritto" (v. pure Corte cost. 22 luglio 2011 n. 236), lasciando tuttavia nel vago l'individuazione in concreto delle fattispecie di rilievo europeo e soprattutto l'effetto della Carta laddove si realizzi la situazione che ne consente l'applicabilità, vaghezza a cui non sembra porre rimedio la Corte di Giustizia nelle prime sentenze in cui si è confrontata con la Carta dopo la sua "adozione" nel Trattato di

queste posizioni,⁷⁷ non resta che accontentarsi del suo *indirect horizontal effect* – come avviene in tutti gli ordinamenti nei quali i principi sanciti a livello costituzionale hanno un'influenza determinante nell'applicazione del diritto, nei rapporti anche interprivati - coerentemente all'ingiunzione contenuta nell'art. 51 della Carta,⁷⁸ "spendibile" anche dinanzi ai giudici nazionali grazie alla dottrina sulla *consistent interpretation* elaborata dalla Corte di Giustizia a partire dalla celebre sentenza *Von Colson* (C-14-83).⁷⁹

Meno problematica, in realtà, è la distinzione, inserita nel corpo dell'art. 52, fra i principi (giustiziabili solo in via indiretta e utilizzabili "al solo fine dell'interpretazione e del controllo di legalità", come peraltro specificato dalle Spiegazioni ufficiali alla Carta) e i diritti, di immediata applicazione (*enforceable in the Court*). In effetti, questa distinzione ha costituito anch'essa la base del consenso che ha portato all'adozione della Carta dei diritti, particolarmente con riguardo ai diritti sociali. Secondo alcuni, potrebbe nuovamente innescare quella dicotomia fra diritti di libertà immediatamente cogenti e diritti o principi in materia sociale ipotecati dal contenuto meramente programmatico ad essi assegnato. Ma che possa riproporsi la "vecchia", logora equazione (i diritti civili e politici direttamente oggetto di pretesa del singolo e principi in materia sociale ed economica oggetto invece di applicazione soltanto per l'interpretazione e il controllo degli atti posti in essere dalle istituzioni dell'Unione) è oggi, alla luce delle riflessioni della dottrina e delle acquisizioni della giurisprudenza (anche senza arrivare alla teorizzazione della *Drittwirkung*), certamente discutibile.⁸⁰ E tuttavia la Carta dei diritti, pur rappresentando un'autentica traduzione costituzionale dei principi e dei diritti comuni delle democrazie europee, possiede indubbiamente una limitata sovranità sui rapporti economici e sociali all'interno del territorio dell'Unione, non essendo, come si è detto, direttamente azionabile dinanzi ad

Lisbona (sent. 19 gennaio 2010, C-555/07, *Kücükdeveci*; *Gueye e Salméron Sanchez* C-483/09 15 settembre 2011) (v. Salazar 2013).

77 v. Guarnier 2013

78 Craig, 2012

79 Schütze, 2012 p. 128

80 Craig 2012, p. 97. Del resto, come si è notato, molte disposizioni della Carta in materia sociale "can be properly thought of as rights, capable of individual legal enforcement". Non ci sarebbe alcuna ragione per escludere che un individuo non possa agire direttamente per il rispetto dei diritti enunciati, ad esempio, dagli art. 29-30-31 della Carta dei diritti.

un “giudice domestico”.⁸¹ Quanto all’altra Carta dei diritti – la Carta sociale europea – anch’essa è, a ben vedere, imbrigliata in irrisolte difficoltà applicative. Non è allo stato neppure all’orizzonte la risoluzione del problema dell’adesione della U.E. alla Carta sociale europea approvata nel lontano 1961 nell’ambito del Consiglio d’Europa (le cui disposizioni del resto hanno sempre avuto, sul piano normativo, carattere soltanto politico e programmatico, diversamente dalle norme che compongono la Convenzione)⁸² e l’unico riferimento resta quello contenuto nell’art. 151.1 TFUE, con un rinvio generico alla Carta nel delineare gli obiettivi dell’Unione in campo sociale. Manca oltre tutto qualsiasi meccanismo di *enforcement* e soltanto recentemente, a partire dal 1998, si è prevista la possibilità di reclami collettivi (ma non individuali, la legittimazione è ammessa soltanto a favore di associazioni sindacali qualificate) direttamente al Comitato europeo, che tuttavia, come si è notato, non ha carattere giurisdizionale e si conclude con l’adozione di mere raccomandazioni o risoluzioni. Da questo punto di vista si è però sottolineato, di recente, come le interrelazioni fra la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell’uomo in materia di diritti sociali fondamentali e le decisioni del Comitato europeo sulle violazioni della Carta sociale europea, siano state all’origine di importanti ed innovative “letture” delle disposizioni della CEDU.⁸³ In questo quadro merita di essere segnalata la recente decisione del Comitato europeo sul reclamo collettivo (n. 85/2012) presentato dalle Confederazioni sindacali svedesi (*Swedish Trade Union Confederation* e *Swedish Confederation of Professional Employees*) a seguito delle modifiche legislative intervenute nel paese dopo la sentenza *Laval* della Corte di giustizia (su cui v. infra). Nella decisione (depositata il 20 novembre 2013) il Comitato, istituito per vigilare sulla compatibilità delle legislazioni e prassi nazionali con la Carta Sociale Europea, ha ritenuto che la legislazione svedese, adottata per adeguare l’ordinamento ai moniti della Corte di giustizia, fosse in contrasto con gli artt. 6.2, 6.4, 19.4 a) e b) della Carta, in quanto avrebbe introdotto restrizioni eccessive al diritto di sciopero e di contrattazione collettiva. Il Comitato ha affermato che questi diritti rappresentano la base necessaria per l’attuazione di altri diritti fondamentali sanciti dalla Carta e sono espressione delle Costituzioni di molti degli Stati membri. Secondo la decisione del Comitato, la restrizione dei diritti sindacali è compatibile con i principi della Carta (art. 6.2.) solo se è prevista dalla legge, se persegue obiettivi legittimi e se è proporzionata all’obiettivo perseguito. La legge svedese, al contrario, introducendo a priori una limitazione all’azione collettiva e vincolandola al perseguimento

81 Caruso, 2009

82 Panzera, 2012.

83 Guazzarotti 2013; Panzera, 2012

del solo “livello minimo” delle condizioni di lavoro viola il diritto fondamentale dei lavoratori di esercitare azioni collettive per la tutela dei propri interessi.

Come si vede da queste brevissime e sommarie notazioni, il quadro complessivo non si presta facilmente ad univoche e secche conclusioni, anzi, se si dovesse utilizzare un’immagine impressionistica si potrebbe dire che le sfumature prevalgono così tanto da consentire valutazioni molto diverse sulla portata applicativa delle Carte dei diritti (Carta dei diritti fondamentali, Carta sociale europea, Convenzione).

Resta però il fatto che le Carte hanno costituito un importante riferimento per la giurisprudenza sui diritti sociali, consentendole talvolta di superare dubbi o perplessità interpretative, forzando la mano ai legislatori nazionali. Del resto, che la “politica dei diritti”, traducendosi in norme inderogabili, sia l’unico vero antidoto al potere dei mercati, è vero quanto è vero che i mercati hanno il potere di vanificarla; ma allo stesso modo le scritture costituzionali sono talvolta impotenti senza la decisione “politica” sui diritti, tant’è che la nostra stessa Costituzione, per quanto socialmente orientata, non ha impedito visioni estremamente riduttive dell’efficacia dei principi in essa iscritti, superate soltanto in via interpretativa a seguito di un complessivo (ri)orientamento teso a valorizzare, fra i diversi significati, quello maggiormente compatibile con la massima espansione dei diritti fondamentali e in special modo dei principi enunciati nella prima parte della Costituzione.⁸⁴ In tal senso, l’asimmetria “costituzionale” fra diritti sociali e libertà economiche potrebbe rivelarsi emendabile solo attraverso decisioni politiche altrettanto fondamentali e costituzionali, in grado di assumere come asse privilegiato dell’integrazione europea non solo (o non tanto) l’obiettivo della realizzazione del mercato interno bensì la tutela effettiva dei diritti fondamentali, disegnando uno statuto della cittadinanza “sociale” nell’Unione.⁸⁵

7. *Il problematico ruolo dei giudici europei.*

L’idea che l’effettività dei diritti, anche dei diritti fondamentali, possa essere nelle mani di una tecnocrazia in grado di *surdeterminare* le politiche degli stati, ripropone ora in termini certamente nuovi lo storico tema del deficit sociale dell’Unione. Ma paradossalmente potrebbero essere di nuovo le Corti europee ad essere chiamate a definire il limite al di là del quale il riformismo “negativo” non può andare.⁸⁶ Dovremo dunque ancora sperare nella

⁸⁴ per questa “svolta” si veda Barbera A., 1975

⁸⁵ Barbera M., 2012; Giubboni, 2013

⁸⁶ Come la nostra Corte costituzionale, anche recentemente, ha fatto con le recenti sentenze n. 223 del 2012 e n. 116 del 2013, seppure criticate sotto altri aspetti, con le quali ha dichiarato l’illegittimità costituzionale delle misure con cui erano stati imposte

funzione contro-maggioritaria delle Corti? Ciò che è certo, ad avviso di chi scrive, è che le scritture costituzionali sono destinate ad avere sempre più importanza nello spazio giuridico europeo, talché anche il potere di chi è chiamato ad interpretarle ed applicarle assume uno spessore peculiare, un ruolo decisivo di mediazione giudiziale per fissare l'equilibrio fra mercato e diritti.⁸⁷ Il paradigma dell'ordinamento multilivello è d'altra parte per sua natura orientato a conferire ai principi costituzionali una funzione sempre più centrale nei conflitti che inevitabilmente si producono a causa dell'intersezione fra ordinamenti, e le Corti svolgono, in questo contesto, un ruolo fondamentale, assumendo o surrogando la funzione "politica" di decisore ultimo della compatibilità fra norme, ovvero definendo i contenuti dei diritti quando vengono immersi nel diritto dell'Unione subendo una mutazione morfologica rispetto alle Costituzioni nazionali, ove essi "vivono" in contesti assiologici del tutto differenti, non orientati dal "valore ordinante" dell'integrazione economica.⁸⁸ Come scrive Marzia Barbera, "anche i sistemi multilivello hanno il bisogno di risolvere il problema di stabilire a chi spetti *the ultimate say*, l'ultima parola, e la partita si gioca proprio sul terreno dei principi e diritti fondamentali".⁸⁹ Il baricentro del sistema diviene così la Costituzione, non solo per la sua funzione di garanzia dei diritti fondamentali e di limite dei poteri "tecnocratici", non solo perché catalogo dei diritti irrinunciabili, ma anche perché è il terreno di scontro su cui si gioca il futuro dell'Europa sociale: prova ne sia, fra l'altro, l'affermazione dei "controlimiti" come ultima difesa delle tradizioni costituzionali nazionali e, paradossalmente, degli stessi diritti fondamentali, contro un ordinamento multilivello tanto invasivo quanto recessivo.⁹⁰ Eventualità, questa, nient'affatto teorica come dimostra la recente sentenza del Tribunale costituzionale del

riduzioni di trattamento economico a dipendenti pubblici con redditi più alti (v. Grimaudo 2013). Ma attenta dottrina ricorda, a questo proposito, che proprio sulla giustiziabilità dei diritti sociali la stessa Corte costituzionale, nella giurisprudenza degli ultimi due decenni, non si è mostrata certo insensibile ai vincoli finanziari, tanto da "contrarre sensibilmente il raggio d'azione del proprio controllo sulle scelte politiche in ordine alla riforme onerose" ed ammettere interventi di *reductio* delle prestazioni dello stato sociale "purchè gli interventi risultino rispettosi del nucleo minimo/essenziale delle situazioni costituzionalmente protette" (Salazar, 2013).

87 Lo Faro, 2008

88 Fontana 2010

89 Barbera M., 2012

90 In tal senso Carabelli, 2011.

Portogallo che, a seguito dell'impugnazione delle misure anti-crisi più dure imposte dalla troika europea nell'ambito del Programma di aiuti concordato con il Governo portoghese, ne ha dichiarato l'incostituzionalità per violazione del principio di uguaglianza e proporzionalità e della dignità umana.⁹¹ Ma se al centro della scena c'è la Costituzione (anzi, le Costituzioni, al plurale) è la giurisprudenza che è chiamata a comporre, con le sue tecniche interpretative e decisorie, i conflitti, e nel contesto dei rapporti fra gli ordinamenti a partecipare ad un dialogo, bilaterale o triangolare, che nasconde, a ben vedere, una partita in cui è in gioco chi assume il ruolo di *play maker*, ovvero di garante ultimo dei diritti fondamentali (un esempio è la vicenda dei precari della scuola, ove la sentenza della Corte costituzionale n. 311/2009 contrasta apertamente con la pronuncia della Corte CEDU *Agrati*).⁹²

Diventa quindi ancora più attuale interrogarsi sul possibile "cortocircuito" fra i poteri di una tecnocrazia in grado di sovradeterminare la politica economica e sociale degli stati in modo avulso da fondamentali garanzie di legittimazione democratica delle decisioni, e i poteri attribuiti ai Giudici europei, poteri altrettanto "autocratici". Da qui, evidentemente, l'indifferibile esigenza della regolamentazione "politica" dei rapporti sociali all'interno dell'Unione, degli equilibri fra "ragione" economica e principio solidaristico, fra diritti e mercato, tanto più che proprio a seguito delle note vicende sottese al *Laval Quartet* si può dire "oramai svanita la fiducia che questi due mondi possano viaggiare in parallelo senza scontrarsi mai".⁹³

La giurisprudenza della Corte di Giustizia europea - nota giustamente Giubboni⁹⁴ - non è una giurisprudenza dai caratteri univoci e la sua complessità è tale che qualunque tentativo di valutazione rischia di cogliere solo una parzialità del grande lavoro svolto dalla Corte, considerando da un lato il suo ruolo a presidio della realizzazione del mercato interno e dall'altro la sua funzione di stimolo e guida per la tutela dei diritti fondamentali. Senza ritornare su questioni già ampiamente dibattute (anzi oggetto di una sterminata letteratura scientifica) può forse essere utile, nel contesto attuale, riconsiderare gli orientamenti della Corte di giustizia dinanzi al problema di fissare il punto di equilibrio fra

91 Salvino, 2013; Salazar 2013

92 Sulla questione Salazar 2013, anche per l'illustrazione di altri "momenti" di contrasto fra le due Corti

93 Guazzarotti, 2013

94 Giubboni 2012

tutela della libertà di circolazione e tutela delle azioni collettive (potenzialmente sempre in grado di costituire un ostacolo a quello che rappresenta uno dei “beni” fondamentali dell’ordinamento europeo). Privilegiando la logica dell’integrazione e liberalizzazione dei mercati, questi orientamenti sembrano possedere un grado piuttosto elevato di espansività, inducendo “mimetici” orientamenti della giurisprudenza nazionale. In una fase recessiva, di lunga durata, qual è quella che vive oggi l’Europa, possono evidentemente tradursi in un’ulteriore ipoteca per la tutela di quei diritti fondamentali già così duramente stressati dai provvedimenti anti-crisi e direttamente minacciati dal generale declino degli standard sociali dei paesi europei.

Ma volendo (nonostante tutto) assumere una visione prospettica aperta a sviluppi positivi, una “rivisitazione” di questa giurisprudenza – quanto meno nei suoi più discutibili approdi raggiunti in *Laval* e *Viking* – è forse possibile proprio grazie al valore (giuridicamente vincolante o meno ma pur sempre, entro certi termini, quanto meno “predittivo” delle future opzioni normative ed ermeneutiche) delle Carte dei diritti. Gli stessi recenti arresti della giurisprudenza CEDU sembrerebbero dimostrare che l’adozione della Carta non ha effetti soltanto “simbolici” e può dar luogo ad interpretazioni evolutive. La già ricordata, recentissima decisione del Comitato Europeo per i diritti sociali, in antitesi con gli orientamenti della Corte di giustizia, per quanto priva di potere normativo è un altro importante segnale. Proprio grazie all’influenza della Carta di Nizza la giurisprudenza dell’altra Corte europea – la Corte di Strasburgo – sembra esprimere decisamente l’intenzione di “incorporare” i diritti sociali nel sistema della Convenzione, allontanandosi dalla vecchia e logora distinzione fra i diritti civili e politici - oggetto di tutela nell’ambito dell’ordinamento del Consiglio d’Europa - e i diritti sociali, garantiti dalla Carta sociale dei diritti fondamentali. Sono, questi orientamenti, la più convincente smentita a quelle posizioni radicalmente critiche⁹⁵ che hanno posto in discussione la stessa struttura della Carta e il principio di fondo che la informa - ossia il principio di inscindibilità dei diritti e la loro classificazione in categorie di valore equi-ordinate - considerato estraneo alle costituzioni moderne, basate invece, secondo questo punto di vista, su una precisa tassonomia dei diritti, ovvero su una classificazione che esprime direttamente il loro ordine normativo e gerarchico: “in the unequal balancing of rights, social ones have become more important than the rights of the economy and of enterprises, which were seen as less important than personal rights in the twentieth century sociale (welfare) state”.⁹⁶ Ma, come è noto, circolano nella comunità giuridica “letture” molto più articolate, anzi l’indivisibilità

95 Azzariti 2012

96 Secondo Azzariti, sarebbe proprio questa la principale innovazione introdotta dalla Carta: rappresentare i diritti fondamentali prescindendo dalle necessarie gerarchie fra i valori costituzionali dell’Unione, aprendo in tal modo la strada a bilanciamenti “liberi”.

dei diritti postulata dalla Carta consente probabilmente di archiviare una volta per tutte “quella lettura dicotomica che ha costituito per lungo tempo una delle ragioni principali dello stato di minorità di cui hanno sofferto i diritti sociali”.⁹⁷

In tal senso, si potrebbe sperare che le decisioni della Corte di giustizia nella materia particolarmente sensibile dei diritti collettivi siano state, in effetti, il portato di una precisa fase storico-politica dell'integrazione europea, nel quadro costituzionale definito da un lato dal TCE, con tutte le sue ambiguità, e dall'altro dalla incerta (o per meglio dire, inesistente, all'epoca) normatività della Carta dei diritti.⁹⁸

8. *Continuità e discontinuità nella giurisprudenza della Corte di Giustizia. Una rilettura critica del “Laval quartet”.*

La tutela dell'obiettivo della realizzazione del mercato interno ha rappresentato, indubbiamente, il filo conduttore della giurisprudenza della Corte di Giustizia, e la libertà di circolazione, suo strumento privilegiato, è da sempre stata considerata alla stregua di un diritto fondamentale che non tollera ostacoli, neanche di minore importanza.⁹⁹ E' nell'ambito della libertà di circolazione delle merci che si formano quegli orientamenti di fondo che poi costituiranno i paradigmi fondamentali utilizzati anche in altri contesti dalla Corte per “disciplinare” i rapporti fra l'istituzione del mercato interno e la (residua) “sovranità” degli stati, ossia, in altre parole, per definire il quadro delle differenze compatibili con la “logica” dell'integrazione europea. Se con la sentenza *Dassonville*, nella cui formula è compresa ogni tipo di barriera,¹⁰⁰ sono state poste le basi per il pieno

97 Barbera M., 2012

98 Caruso, 2009

99 v. ad esempio sent. 13 dicembre 1989 C-49/89 *Corsica Ferries France*. Già a livello, per così dire, definitorio, l'integrazione europea è stata rappresentata come inderogabilmente orientata “ad eliminare ogni intralcio per gli scambi intercomunitari al fine di fondere i mercati nazionali in un mercato unico il più possibile simile ad un vero e proprio mercato interno” (sent. 5 maggio 1982 C-15/81 *Schul*; sent. 9 febbraio 1982 C-270/80 *Polydor*).

100 fra gli altri Schütze, 2012 p. 247. Secondo la sentenza della Corte di giustizia (11 luglio 1974, C-8/74) ogni atto che possa ostacolare - direttamente o indirettamente, in atto o in potenza - gli scambi intercomunitari è incompatibile con l'ordinamento europeo, sicché anche misure indistintamente applicabili sono da considerarsi misure di effetto equivalente alle restrizioni esplicitamente vietate dall'art. 34 TFUE.

dispiegamento della libertà di circolazione, è con un'altra celebre sentenza¹⁰¹ che viene creata quella dottrina, poi utilizzata in modo sistematico, secondo cui restrizioni o limitazioni alla libertà di circolazione possono ammettersi solo in via d'eccezione e "se necessarie per rispondere ad esigenze imperative". Lo scrutinio delle normative nazionali viene in tal modo esteso non soltanto "ai presupposti formalmente richiesti ai fini dell'applicabilità del divieto di cui all'art. 34 TFUE" ma, soprattutto, alla verifica di quei parametri valutativi che rispondono, con formula di sintesi, al *principio di proporzionalità* (quale limite intrinseco all'applicazione dell'art. 34 TFUE), verifica da "esercitarsi a livello di diritto dell'Unione, in vista dell'esigenza di uniformità di applicazione e di unicità dei parametri di controllo".¹⁰² Proprio la formula escogitata in *Cassis de Dijon* verrà poi utilizzata dalla Corte di giustizia nell'ambito della libertà di stabilimento (v. il *leading case Kraus*)¹⁰³ e successivamente nell'ambito della libertà di prestazione dei servizi, affermando il principio secondo cui ogni deroga al divieto generale posto dall'art. 56 TFUE, anche se derivante da misure nazionali indistintamente applicabili, deve ritenersi eccezionale, sicché ogni restrizione posta dalle normative dello Stato ospitante deve essere giustificata da un interesse generale,¹⁰⁴ sempre che, naturalmente, tale interesse non sia già salvaguardato dalle regole a cui è sottoposto il prestatore di servizi nello Stato membro in cui è stabilito.¹⁰⁵

101 *Cassis de Dijon*, 20 febbraio 1979 C-120/78

102 Tesauro, 2012, p. 410-411; v. sent. 26 novembre 1985 C-182/84, *Miro*

103 CGE 31 marzo 1993 C-19/92, ove la Corte ha affermato che l'art. 49 TFUE si oppone a qualsiasi misura nazionale che, sebbene indistintamente applicabile, sia suscettibile di rendere meno agevole o ostacolare l'esercizio di libertà fondamentali garantite dal Trattato, essendo ciò consentito solo nel caso in cui la misura nazionale in questione persegua uno scopo degno di tutela e sia giustificata da motivi di interesse generale, sia applicata in modo non discriminatorio e infine sia idonea a garantire il raggiungimento dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di quanto necessario a raggiungere l'obiettivo stesso.

104 v. sent. 3 dicembre 1974 C-33/74 *Van Binsbergen*, punto 12

105 sent. 18 gennaio 1979 C-110 e 111/78 *Van Wesemael*, punto 35. Lo scrutinio della Corte è, come è noto, particolarmente severo, sottoponendo in ogni caso l'ordinamento nazionale ad un rigoroso controllo di necessità e adeguatezza per verificare se le restrizioni sono obiettivamente necessarie per il raggiungimento dello scopo perseguito (interesse generale) e se lo stesso risultato non possa essere ottenuto mediante misure meno restrittive della libertà di prestazione dei servizi (*Van Bisbergen*, cit.), in applicazione del principio di proporzionalità.

Se, dunque, il *Laval quartet* riflette un orientamento molto distante da ogni possibile “supremazia” dei diritti sociali collettivi, le ragioni potrebbero forse individuarsi nelle correnti di fondo della giurisprudenza, il cui ruolo è stato quello di guidare la realizzazione del mercato interno adottando un principio di *favor* per le limitazioni della libertà degli stati, ed a fortiori di qualunque altro soggetto istituzionale e para-istituzionale all’interno degli stati, in funzione della tutela della libertà di circolazione.¹⁰⁶ Ed è evidente che in tal modo la Corte, affermando il primato della libertà di circolazione, non fa altro che ubbidire alla logica dei Trattati, ai quali i diritti collettivi sono sconosciuti.¹⁰⁷

In effetti, forse l’unica *chance* che aveva la Corte di giustizia per affermare l’immunità – e dunque la piena effettività – dei diritti collettivi, consisteva nel negare l’effetto diretto orizzontale delle clausole dei Trattati a tutela della libertà di circolazione. Ma occorre, ad avviso di chi scrive, rettificare se non sconfessare quel pervasivo orientamento posto a base dell’intera architettura costituzionale dell’Unione, sia che si discuta di libertà di

106 Significativa – per le sue affinità con l’orientamento successivamente adottato dalla Corte – è la giurisprudenza sulla tutela della proprietà intellettuale, la cui disciplina è ispirata al principio di territorialità, ossia ad un principio agli antipodi rispetto al mercato comune (Tesauro, 2012 425). Seppure l’art. 345 TFUE riservi agli stati la disciplina del regime della proprietà, ciò non è stato sufficiente a sottrarre il settore della proprietà dei beni immateriali alle previsioni dei Trattati sulla libera circolazione e sulla concorrenza (sentenza 13 luglio 1966 C-56 e 58/64, *Consten e Grundig*).

107 Lo Faro, 2010

stabilimento¹⁰⁸ che di libertà di prestazione di servizi ex art. 56 TFUE,¹⁰⁹ espressione della dottrina *Cassis de Dijon*, stabilendo un'eccezione per le azioni collettive (diversamente da quanto la Corte ha più volte stabilito nei confronti delle associazioni private che dispongono di un potere di regolamentazione: v. punto 65 di *Viking*). Anche se non mancavano validi argomenti per sottrarre le azioni collettive al bilanciamento,¹¹⁰ si trattava di una strada molto stretta, occorreva cioè remare controcorrente.¹¹¹ La Corte non ha mai avuto dubbi, in realtà, nell'affermare l'effetto diretto delle disposizioni che tutelano la libertà di circolazione, tanto più se si considera la funzione svolta dalla teoria dell'effetto diretto nel progetto di integrazione europea, essendo, da un lato, direttamente finalizzata alla

108 Già a partire dalla sentenza *Reyners* (21 giugno 1974 C-2774), in materia di libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE, la Corte di giustizia ha affermato infatti che il principio del trattamento nazionale, in base al quale la libertà di stabilimento dev'essere realizzata alle stesse condizioni definite dalla legislazione del paese di stabilimento, con la conseguente eliminazione degli ostacoli al regime di libertà di stabilimento così precisato, costituisce un obbligo preciso e incondizionato che può essere invocato dai singoli, in quanto dotato di effetto diretto, con la conseguenza che qualsiasi misura, distintamente o indistintamente applicabile, che condizioni o ostacoli la libertà di stabilimento dev'essere considerata illegittima, con l'ulteriore, ma importante specificazione, che il principio del trattamento nazionale non può in nessun caso condurre alla negazione della libertà di stabilimento conferita dal Trattato. E nella giurisprudenza più recente – a partire dalla già citata sentenza *Kraus* – la Corte va anche oltre, riprendendo piuttosto chiaramente la dottrina elaborata nella sentenza *Cassis de Dijon* e precisando che ogni restrizione alla libertà di stabilimento – a meno che non sia giustificata da motivi imperativi d'interesse generale e superi il rigoroso test di proporzionalità – è in contrasto con l'art. 49 TFUE, norma che si oppone a qualsiasi misura che, pur non essendo discriminatoria ai danni dello straniero, sia "susceptibile di ostacolare o rendere meno agevole da parte dei cittadini dell'Unione europea l'esercizio di libertà fondamentali garantite dal Trattato" (Tesauro 2012, p. 515; v. fra le altre sent. 12 dicembre 2002 C-324/00 *Lankhorst-Hohorst*), con la conseguenza che il singolo cittadino può legittimamente invocare l'art. 49 TFUE a tutela della libertà di stabilimento ogni volta che misure nazionali risultino essere in contrasto, nei termini anzidetti, con le disposizioni del Trattato.

109 E' già con la sentenza *van Binsbergen* (CGE 3 dicembre 1974 C-33/74) che la Corte di Giustizia ha impresso un'indubbia accelerazione alla liberalizzazione delle attività economiche ed ha affermato, sul presupposto che la libertà in questione è una delle libertà fondamentali del sistema dell'Unione, l'efficacia diretta ed incondizionata dell'artt. 56 (e 57) TFUE, norme che si oppongono all'applicazione di qualsiasi atto interno ad esse contrario (sent. 17 dicembre 1981 C-279/80, *Webb*). Anche nel disciplinare la libertà di prestazione dei servizi la Corte ha fatto ricorso alla dottrina elaborata nel contesto della libera circolazione delle merci ritenendo vietate in linea di principio "tutte le misure restrittive e non solo quelle che si risolvono in una discriminazione, in diritto o in fatto" (Tesauro 2012, 560) ed ha pertanto ammesso che l'art. 56 si oppone ed esige la soppressione di qualsiasi restrizione, anche indistintamente applicabile, che sia tale da ostacolare o rendere più oneroso per le imprese stabilite in uno Stato membro lo svolgimento di una prestazione di servizi in un altro stato membro (sent. 25 luglio 1991 C-76/90, *Sàger*).

realizzazione dell'obiettivo di assicurare la libera circolazione delle persone, come stabilito dall'art. 3 par. 2 TFUE, dall'altro fondamentale per contribuire all'integrazione economica del mercato interno, stante fra l'altro il rilievo che hanno i servizi nell'economia del continente europeo.¹¹² Vero è che sull'effetto orizzontale delle clausole che tutelano le libertà economiche anche nei confronti degli atti di autonomia collettiva c'è stata una frizione interpretativa,¹¹³ ma gli spazi per poter riconsiderare il principio interpretativo al riguardo erano, oggettivamente, molto ristretti.¹¹⁴

Attenti studiosi hanno notato che in tal modo la Corte avrebbe introdotto "negli ordinamenti nazionali un diritto fondamentale di natura economica ignorato dalle tradizioni

110 Per una critica serrata alla teoria dell'effetto diretto orizzontale delle libertà economiche anche nei confronti delle azioni collettive v. Bercusson, 2009 p. 667-668.

111 Piuttosto risalente è infatti la dottrina della Corte di giustizia secondo cui ricadono nel campo di applicazione della libertà di stabilimento ex art. 49 TFUE e della libertà di prestazione dei servizi ex art. 56 TFUE non solo le misure pubbliche ma anche gli atti delle organizzazioni professionali (*Wouters e a.* 19 febbraio 2002 C-309/99, punto 120) e delle associazioni sindacali (*Van Ameyde* 9 giugno 1977 C-90/76 punto 28; successivamente v. *International Transport Workers' Federation*, 11 dicembre 2007 C-438/05, punti 33 ss.). E' dunque in accordo con questa giurisprudenza che si è affermato in *Viking* (e sul punto le conclusioni dell'AG Poiares Maduro non divergono da quelle della Corte) che l'ambito di applicazione della libera prestazione di servizi non è "limitata agli enti quasi pubblici o alle associazioni che svolgono una funzione di regolamentazione e dispongono di un potere quasi legislativo" (punto 64), e ciò in quanto l'obiettivo della soppressione di ostacoli o restrizioni alla libera circolazione verrebbe compromesso se, oltre alle barriere poste dagli stati, non si eliminassero quelle risultanti dall'esercizio dell'autonomia di associazioni o organismi non disciplinati dal diritto pubblico, tanto più che, limitando solo agli atti della pubblica autorità il divieto in parola, si "rischierebbe di creare delle gravi discrepanze, tenuto conto dei diversi livelli normativi esistenti nei vari stati membri (alcuni pervasi da normativa pubblica, altri, di *common law*, più portati a forme di autoregolamentazione) o dei diversi tempi o modalità con cui sono state realizzate le privatizzazioni di interi settori economici di servizi un tempo appannaggio dell'operatore pubblico" (D'Acunto, 2012).

112 D'Acunto 2004

113 Lo Faro 2008

114 Né poteva desumersi dalla riserva di competenza posta dall'art. 137.5 TCE l'esclusione dei diritti collettivi dall'ambito di applicazione delle clausole che tutelano la libertà di circolazione, percorso questo estremamente impervio ed escluso dalla Corte, sia pure in

costituzionali europee, ivi compresa quella italiana”.¹¹⁵ In effetti anche nella nostra Costituzione la libertà economica dell'imprenditore è tutelata di fronte ad un'azione sindacale, ma si sottolinea la differenza sostanziale fra il limite posto dall'art. 41 Costituzione – che “permette di identificare un interesse datoriale (incomprimibile dallo stesso diritto di sciopero) a tutela dell'impresa nella sua dimensione “statica” o verticale” – e il diritto dell'Unione, nell'ambito del quale la libertà economica viene considerata nella sua dimensione dinamica ed orizzontale, tutelando non già la (mera) sopravvivenza dell'impresa (a tutela degli stessi occupati) bensì “il suo esercizio, il suo libero muoversi ed agire nel mercato”.¹¹⁶

Ma a sommosso avviso di chi scrive, la Corte di Giustizia più che all'interesse dell'impresa in sé considerato, ha guardato al valore della libertà di circolazione nel progetto di istituzione di un mercato integrato delle economie del vecchio continente, che costituisce, come è noto, la vera *Grundnorm* del sistema dei Trattati. E del resto solo una tutela coestesa all'intera gamma delle implicazioni positive della libertà di circolazione, da un lato, ed a qualsiasi ostacolo ad essa posto e da chiunque prodotto dall'altro, era (ed è) in grado di evitare il depotenziamento della sua radicale portata “demolitoria” (non a caso, forse, la Corte di giustizia ha richiamato in queste sentenze i propri precedenti in materia di libertà di circolazione delle merci).¹¹⁷ Era quindi estremamente problematico per la Corte “collocare al centro del ragionamento relativo al bilanciamento non le libertà economiche, ma il diritto fondamentale di sciopero, verificando non più entro che limiti le prime possono essere incise restrittivamente dal secondo, ma piuttosto, quanto quest'ultimo possa essere legittimamente condizionato da quelle”.¹¹⁸ Lo impediva il primato che la libertà di circolazione possiede nel sistema dei Trattati, ossia il peso e il valore effettivo, al di là

altri contesti, nella sua pregressa giurisprudenza (v. fra le altre la sentenza *Decker* 28 aprile 1998 C-120/95). Per questa “alternativa” v. Carabelli 2009.

115 Orlandini, 2008

116 Orlandini, 2008; Carabelli, 2008

117 Citando Novitz, Bercusson provocatoriamente osserva che, in base all'interpretazione della Corte, anche l'esercizio di poteri privati, come quelli delle imprese multinazionali, potrebbe essere vulnerato dall'effetto diretto orizzontale delle clausole dei Trattati (Bercusson, 2009, p. 669 in nota).

118 Carabelli, 2011 p. 221.

dell'enunciata equiordinazione, dei due diritti fondamentali "bilanciabili".¹¹⁹ Era quindi già nelle "corde" dell'ordinamento europeo il principio della "sindacabilità" dell'azione collettiva in presenza di una situazione di conflitto con una delle libertà fondamentali del Trattato, anche se gli esiti cui pervengono le sentenze *Laval* e *Viking* (in particolare quest'ultima) finiscono per determinare vincoli stringenti, imponendo l'osservanza della gerarchia di obiettivi e valori dettata dall'ordinamento sovranazionale ed estranea agli ordinamenti nazionali.¹²⁰ In Svezia, a seguito della decisione della CGE sul caso *Laval*, la Labour Court ha affermato che l'effetto orizzontale dell'art. 56 TFUE impone di considerare i sindacati responsabili per la violazione della libera prestazione di servizi e pertanto, disapplicando la normativa nazionale e condannando il Sindacato dei marittimi al risarcimento dei danni a favore della Società *Laval un Partneri Ltd*, ed inoltre il contrasto fra le norme nazionali (la Lex Britannia) ed inoltre, come si è già ricordato, il diritto dell'Unione ha prodotto una revisione della stessa normativa legale.¹²¹ E ciò allargando a dismisura l'ambito di operatività del controllo giudiziario in quanto, a ben vedere, non solo gli atti ma anche i semplici "comportamenti" dei soggetti collettivi entrano ora, grazie a queste sentenze, nel raggio d'azione delle clausole orizzontali (la Corte, si ripete, ha espressamente richiamato le sentenze *Commissione c. Francia* e *Schmidberger*).¹²² Ed è certo criticabile che la Corte abbia poi ritenuto che la restrizione ingiustificata della libertà di circolazione determini non già una responsabilità degli stati bensì dei soggetti che hanno posto in essere i comportamenti lesivi, assimilando un'azione collettiva ad un atto di autonomia dotato di effetti generali,¹²³ diversamente da quanto la stessa Corte sembrerebbe aver in altri casi argomentato.¹²⁴

La *ratio* che presiede agli orientamenti della Corte sta dunque nel primato della libertà di circolazione dei fattori economici,¹²⁵ affermato dalla Corte perentoriamente nella sua più che ventennale giurisprudenza ed escludente perciò ogni possibile accostamento ai

119 Come del resto opportunamente è evidenziato in Carabelli 2009 e 2011.

120 Pallini, 2008

121 per un'analisi della sentenza e delle reazioni critiche v. Ronnmar, 2010

122 Sent. 12 giugno 2003 C-112-00

123 Carabelli 2007; Ballestrero 2008

124 Come nel "caso delle fragole", sent. 9 dicembre 1997 C-265/95, su cui v. Orlandini 2000

principi di *Albany*. Il che, forse, poteva essere apertamente enunciato come il portato delle disposizioni dei Trattati, evitando di rappresentare la decisione sul conflitto fra libertà economiche e diritti sociali come un labirinto nel quale è però evidente a tutti che il filo d'Arianna è nelle mani del mercato, con un'applicazione alquanto spregiudicata del tradizionale *favor libertatis*, secondo la dottrina *Cassis de Dijon*.

In tal senso, queste decisioni sembrano porsi più in "continuità" che in "discontinuità" con la tradizionale giurisprudenza della Corte almeno da vent'anni a questa parte. Rilette oggi, nel contesto di una crisi che è pure crisi dell'azione collettiva, appaiono paradossalmente coerenti con le istanze di funzionalizzazione della sfera sindacale (ed aderenti a quei modelli nazionali in cui il diritto di sciopero è strettamente strumentale "alla tutela degli interessi collettivi oggetto di contrattazione").¹²⁶ Il principio di proporzionalità – seppure diversamente declinato in *Viking* e *Laval* – implica un controllo sulla legittimità delle azioni collettive e della contrattazione collettiva che nell'attuale fase recessiva potrebbe condurre ad esiti anche più "duri" (sia sul piano, molto concreto, delle cause di giustificazione, sia perché nel valutare la possibilità di utilizzare altri mezzi, meno restrittivi, per conseguire i propri obiettivi, e di esperire tutti i mezzi possibili prima di avviare un'azione di autotutela risolvendosi in un ostacolo alla libertà di circolazione, entrano in gioco profili di opportunità e di merito circa gli interessi coinvolti nel conflitto che potrebbero risultare fortemente influenzati dalla reazione dei mercati). Ed inoltre, se il test di proporzionalità viene affidato ai giudici nazionali, l'influenza determinata dalle concrete condizioni economico-sociali potrebbe alimentare pratiche fortemente restrittive, tanto più che in un ciclo economico recessivo garantire la libertà di circolazione e sfruttare la concorrenza regolativa, anche a costo di "sacrificare" le libertà collettive, potrebbe rappresentare una scelta "obbligata" proprio per i paesi più colpiti dalla crisi.

Alcune considerazioni merita, poi, la sentenza *Laval*, per le sue strettissime implicazioni con l'interpretazione di una delle direttive più importanti nella storia dell'Europa sociale.

In *Laval* la Corte ha interpretato le norme di protezione necessaria della direttiva 96/71/CE sui lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transfrontaliera di servizi come limite massimo a cui l'azione collettiva deve attenersi¹²⁷ ed è questo un punto critico difficilmente superabile. La proporzionalità – ossia la legittimità dell'azione collettiva e della contrattazione - è implicita nel rispetto degli standard massimi, non lo è più se questi

125 Lo Faro, 2010

126 così Sciarra 2008 p. 249; Carabelli, 2008 e 2009.

127 Ballestrero 2008; Giubboni, 2013

standard diventano incerti per effetto della contrattazione a livello aziendale.¹²⁸ In tal modo il nucleo di diritti minimi per i quali vige la parità di trattamento (art. 3 comma 1) esaurisce la tutela dei lavoratori occupati nell'ambito di una prestazione di servizi. Ogni altro trattamento di derivazione collettiva è esigibile solo se indistintamente applicabile. Ottimisticamente si potrebbe cogliere in ciò una sorta di sollecitazione implicita nei confronti degli stati a offrire un sostegno legislativo alla contrattazione collettiva, per garantirne la generalizzazione degli effetti. Ma intanto l'autonomia degli stati di applicare integralmente il diritto del lavoro nel proprio territorio viene di fatto esclusa.

Occorre d'altra parte ricordare che, interpretando il principio del trattamento nazionale in termini relativi e non assoluti, la Corte ha sempre escluso, nella sua giurisprudenza, che ai sensi degli art. 56 e 57 TFUE tutta la legislazione nazionale di uno Stato membro possa essere integralmente applicata alle attività a carattere temporaneo esercitate da prestatori di servizi stabiliti in un altro Stato membro (v. *Webb*, cit. punto 16), e ciò perché altrimenti si finirebbe per applicare alla disciplina della prestazione di servizi la diversa disciplina prevista dal Trattato per la libertà di stabilimento, con la conseguenza di privare di effetto utile la disciplina volta a garantire la libera prestazione dei servizi. Certo in questo modo si sono obiettivamente poste le condizioni perché le imprese che prestano servizi in uno Stato membro possano godere dei vantaggi concorrenziali derivanti dall'applicazione della disciplina del paese d'origine, ma la Corte ha privilegiato piuttosto l'obiettivo di assicurare (e non vanificare) la libertà di circolazione, bene supremo nel diritto dell'Unione. In effetti, se l'interpretazione della Corte appare effettivamente sbilanciata, occorre nondimeno ricordare che la direttiva 96/71/CE ha rappresentato un compromesso a parziale (anzi minimale) tutela del principio del trattamento nazionale (se più favorevole), seppure con le limitazioni dettate in *Rush Portuguesa* (ove si è affermato, riprendendo l'orientamento di *Mazzoleni*, che l'integrale applicazione al lavoratore distaccato del principio del trattamento nazionale non è compatibile con l'art. 56 TFUE, passibile di restrizioni soltanto "da norme nazionali giustificate da un pubblico interesse (...) e solo nella misura in cui tale interesse non risultasse garantito dalle norme alle quali il prestatore di servizi è soggetto nello Stato membro d'origine").¹²⁹ Del resto la direttiva succede ad una disciplina (la Convenzione di Roma) sulla legge applicabile ai rapporti di lavoro connotati da "internazionalità" non priva di elementi di tutela del diritto dell'impresa distaccante di mantenere ferma la disciplina del paese d'origine.¹³⁰ Tende a garantire – sia pure, si ripete,

¹²⁸ Bercusson, 2009 p. 706.

¹²⁹ Giubboni 2012; Ballestrero 2008

¹³⁰ Il Regolamento n. 593/2008, che ha riprodotto la disciplina prevista dalla Convenzione di Roma del 1980, prevede infatti che il rapporto di lavoro sia disciplinato dalla legge del paese nel quale (o a partire dal quale) il lavoratore svolge abitualmente la propria attività

in una logica di tutela della libertà di circolazione – l'applicazione ai lavoratori distaccati di "quelle norme di ordine pubblico di applicazione necessaria nel luogo di esecuzione della prestazione lavorativa, che costituiscono un nucleo irrinunciabile di protezione minima per il lavoratore distaccato e stabilendo criteri per l'applicazione dei contratti collettivi (dei quali la Convenzione nulla dice)".¹³¹

La direttiva 96/71 non consente tuttavia, secondo la Corte di giustizia, che i trattamenti collettivi applicabili ai lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi possano derivare da atti aventi carattere limitato o particolare, in quanto tali virtualmente idonei a creare surrettizie barriere difensive a favore delle imprese (e dei mercati) locali assecondando chiusure e posizioni protezionistiche. Tema, questo, particolarmente delicato oggi e denso di implicazioni, soprattutto in presenza di una rinascita delle identità nazionali e territoriali a difesa di vecchi e nuovi privilegi. Per comprendere *Laval* occorre tener presente che l'obiettivo dell'integrazione europea non tollera l'esistenza di "zone franche" sottratte alla concorrenza e alla libera circolazione, ovvero all'esigenza di certezza degli investitori e delle imprese quanto agli standards di trattamento applicati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi. In definitiva, volendo (nonostante il pregiudizio che dimostra nei confronti delle azioni collettive e dei soggetti che ne sono protagonisti) enucleare da questa giurisprudenza elementi propositivi per sviluppi futuri non necessariamente "antisociali", si potrebbe ritenere che in fondo essa era chiamata a tenersi in equilibrio fra due opposte polarità, o per meglio dire che era stretta in una tenaglia, giacché se il *race-to-the-bottom* rappresenta un pericolo per le condizioni di lavoro e gli equilibri interni delle economie avanzate, la tutela "a prescindere" dei mercati nazionali o locali contiene in sé il germe di pericoli quanto meno equivalenti, amplificati dalla crisi europea, che potrebbe veder rinascere nazionalismi e rivendicazioni protezionistiche, estremo tentativo di salvaguardare posizioni competitive sul mercato globale. Difendere il primato della libertà di circolazione - una sorta di super-valore costituzionale - appare la vera preoccupazione della Corte, pur nell'ambito di una dottrina attenta a non chiudere le porte a futuri diversi equilibri, così da far discendere la propria decisione non dalla presa d'atto di quell'asimmetria valoriale bensì dall'asettico ma unilaterale test di proporzionalità, non negando la natura anch'essa fondamentale del diritto di contrattazione collettiva e di azione collettiva.

lavorativa (art. 8.1 del Regolamento). Come nota Giubboni, la flessibile nozione di "abitudine" e "temporaneità" ha di fatto creato una rete a maglie larghe, non contraddetta dall'art. 9 del Regolamento che impone l'applicazione delle norme c.d. "super-imperative" ossia di applicazione necessaria, solo "in casi eccezionali o internazionalmente imposti" (Giubboni, 2012 p. 105).

131 Roccella-Treu, 2007 p. 145

9. *La libertà di circolazione nel contesto della crisi economica. Qualche considerazione critica.*

Indubbiamente, al cospetto della crisi e dei nuovi scenari che sembrano aprirsi al centro ed alla periferia dell'Europa, anche la giurisprudenza della Corte - a partire soprattutto dalle sentenze *Laval* e *Ruffert* - assume oggi una luce diversa. Sta forse scomparendo o mutando il vecchio quadro di riferimento, nel quale, a ragione, il *favor libertatis* della Corte di Giustizia era stato considerato una delle armi più affilate del dumping sociale e la stessa Direttiva sui distacchi - interpretata in *Laval* e *Ruffert* come dispositivo che determina i livelli massimi di trattamento che gli Stati possono imporre ai prestatori di servizi stabiliti in altri Stati membri - era ritenuta in grado di determinare, quanto meno potenzialmente, una concorrenza al ribasso fra ordinamenti mettendo in pericolo le storiche conquiste sociali dei paesi più industrializzati.¹³² Si va infatti sempre più riducendo quel differenziale socio-economico fra i *new comers* e gli altri paesi europei (fenomeno del resto manifestatosi anche a livello "globale" fra paesi emergenti e paesi di area occidentale) che costituiva il presupposto "materiale" del discorso critico sui vantaggi competitivi realizzati attraverso i meccanismi di *law shopping*. In altri termini, se la tutela della libertà di stabilimento - *alias* il principio del trattamento nazionale - ha significato tutela della dislocazione delle imprese in paesi a basso costo del lavoro e la libertà di prestazione dei servizi - *alias* il principio del paese d'origine - libertà per le imprese stabilite nei paesi *new comers* di accedere ai mercati dei paesi ad alto costo del lavoro,¹³³ le nuove condizioni che rapidamente si vanno delineando potrebbero modificare, almeno in parte, questo scenario, rendendolo più fluido e probabilmente meno scontato. Ciò non vuol dire, beninteso, che la concorrenza fra ordinamenti vada scomparendo, anzi, è forse ancora più virulenta in una situazione di depressione economica, ma probabilmente si giocherà in futuro sempre più sul terreno delle delocalizzazioni anziché sull'utilità marginale realizzata mediante la prestazione di servizi transfrontaliera, e ciò grazie, soprattutto, al *principio del trattamento nazionale* che tuttora presiede in modo non controllato alla libertà di stabilimento. L'imposizione da parte delle istituzioni europee di riforme dello stato sociale nei paesi più deboli dell'Eurozona potrebbe configurarsi come una spinta implicita in direzione di fenomeni competitivi intensi fra i diversi sistemi nazionali. E tanto più il "riformismo negativo" otterrà di portare i sistemi nazionali, con maggiore o minore gradualità, lungo direttrici recessive sul piano delle tutele sociali, tanto più il principio del trattamento nazionale finirà, inevitabilmente, per disegnare condizioni profittevoli per la libertà di

132 v. Deakin, 2011

133 Joerges, 2007

stabilimento – utilizzata anche strumentalmente da imprese multinazionali per poter disporre di manodopera a basso costo ed offrire servizi economicamente più competitivi nei paesi economicamente più sviluppati¹³⁴ - e al tempo stesso disastrose per la tenuta dei diritti sociali e del lavoro nei vari paesi europei.

In tal senso il problema centrale di questa fase potrebbe diventare quello della concorrenza fra gli ordinamenti innescata dalla nuova “regolamentazione per la competitività”,¹³⁵ al fine di garantire condizioni di maggior favore per gli investimenti e l’occupazione a livello locale, perdendo di vista l’interesse comune ed innescando, come si è notato, “spinte depressive dei trattamenti economici e normativi nell’ambito dell’intero mercato interno”.¹³⁶

Ma come per la libertà di prestazione di servizi, la libertà di stabilimento crea un terreno fertile per la regolazione, essendo a tutti evidente che se la direttiva sui distacchi ha impedito, sia pure con soluzioni compromissorie, una competizione selvaggia nello spazio interno degli stati, la stessa finalità andrebbe perseguita per non alimentare una competizione fra stati che rischia di evocare la classica “competizione fra nullatenenti”, disciplinando la libertà di stabilimento mediante opportune “deroghe” al principio del trattamento nazionale. Ma, al riguardo, non sembrano allo stato esservi né consapevolezza né alcuna concreta progettualità, anche perché il modo più efficace per “contenere” o disciplinare gli effetti dello spostamento delle imprese verso “lidi aurei” per i propri interessi economici sarebbe forse quello di rovesciare uno dei postulati dell’integrazione europea da quasi un ventennio, ritornando a discutere di armonizzazione dei sistemi nazionali. Sicché si potrebbe oggi sperare che l’Unione scopra al più presto la necessità di regolamentare la libertà di stabilimento, utilizzando parametri valutativi tendenti alla tutela dei diritti fondamentali. Una libertà, fra l’altro, che, se esercitata senza regole comuni, potrebbe finire per creare un nuovo puzzle geo-economico dell’Unione europea, senza alcun potere di influenza né degli attori pubblici né delle parti sociali: anche per questo necessario oggetto di una regolamentazione, seppure minimalista, in grado di contribuire alla costruzione di una vera costituzione sociale europea ed a sciogliere i nodi del rapporto fra mercato e diritti.¹³⁷ Ma se la proposta di una regolamentazione che preveda “trattamenti minimi omogenei per tutti gli stati e che quindi

134 Carabelli 2011.

135 Hepple, 2003

136 Carabelli, 2011.

137 Bercusson, 2009

sia capace di limitare *ab origine* i pericoli del social dumping tra i paesi membri - evitando che (...) le imprese siano indotte a spostarsi verso i paesi membri a più bassa protezione sociale (anche distaccando lavoratori da quelle zone verso situazioni più avanzate)" appare oggi a tanti studiosi ed osservatori possibile e necessaria - non è affatto certo che questa sia anche la volontà dei "signori dei Trattati".

10. *La giurisprudenza più recente della Corte di Giustizia*

Nella giurisprudenza successiva la Corte di Giustizia sembra poi adottare una linea più cauta, anche se, a ben vedere, l'orientamento di fondo resta sostanzialmente lo stesso. Anche in *Commissione c. Germania*,¹³⁸ seppure in un contesto diverso, l'impianto di *Laval* non viene affatto smentito:¹³⁹ il contratto collettivo non è "immune" dall'ambito di applicazione delle clausole dei Trattati sulle libertà economiche (la Corte respinge decisamente l'accostamento ad *Albany e van der Woude*; nelle sue conclusioni, del resto, l'Avvocato generale esplicitamente opta per un'interpretazione fortemente restrittiva della c.d. "eccezione Albany").¹⁴⁰ Anche in questo caso, con molta nettezza, la Corte non dimentica di sottolineare come la contrattazione collettiva, per quanto ascendente ad un diritto fondamentale equiordinato alle libertà economiche, non sia affatto libera nel suo agire, dovendo conformarsi al diritto dell'Unione e rispettare il principio di proporzionalità. Nella fattispecie la Corte ha così concluso che un contratto collettivo che viola e di fatto disapplica le direttive europee in materia di appalti pubblici, attuative della libertà di stabilimento e di prestazione di servizi, oltre che poste a tutela della concorrenza, chiama in causa la responsabilità dello Stato membro a cui è imputabile la violazione degli obblighi imposti dalle Direttive medesime (dir. n. 92/50 e 04/18).

In questa decisione della CGE è difficile, in verità, rintracciare ostilità pregiudiziali nei confronti dei diritti collettivi.¹⁴¹ Per "immunizzare" il contratto collettivo si sarebbe dovuto escludere il suo assoggettamento alle disposizioni del diritto primario riguardanti la libertà

138 sent. 15 luglio 2010 C-271/08

139 Carabelli, 2011

140 Per una critica al rifiuto della Corte di giustizia di applicare in *Viking* lo stesso paradigma di *Albany*, v. Bercusson, 2009 p. 663

141 Syrpis 2011

di stabilimento e la libera prestazione dei servizi, che hanno costituito la base giuridica delle due Direttive 92/50 e 04/18, ma questa era una strada preclusa dalla costante giurisprudenza sul punto della Corte e, del resto, forse neppure auspicabile *in toto*, considerando i rapporti “privilegiati” esistenti in molti degli Stati membri fra le organizzazioni dei lavoratori più rappresentative, il sistema delle imprese ed i pubblici poteri, rapporti che potrebbero dar luogo ad un possibile (perverso) intreccio di interessi corporativi (come l’Avvocato Generale, nelle sue conclusioni, sembra, seppure fra le righe, far intendere: v. il punto 106, ove paventa “il rischio che al termine della contrattazione risultino preferite le imprese locali” stante “la naturale tendenza delle amministrazioni aggiudicatrici a prediligere imprese nazionali”; analoghe considerazioni in *Commissione c. Grecia*, sent. 4 maggio 1995).

Ed anche nelle più recenti sentenze sui casi *Sabine Hennings* e *Land Berlin* (cause riunite C-297/10 e 298/10) la Corte, ribadendo ancora una volta che il diritto di negoziazione collettiva è un diritto fondamentale garantito dalla Carta dei diritti, riafferma, seppure da tutt’altra angolazione, il principio dell’assoggettamento delle libertà collettive al diritto dell’Unione e, nella fattispecie, del necessario rispetto della Direttiva 2000/78/Ce, che vieta discriminazioni in ragione dell’età, fatte salve le disparità di trattamento giustificate ai sensi dell’art. 6 della Direttiva.

In definitiva, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sul rapporto fra diritti collettivi e libertà economiche può intendersi, almeno in parte, come una fermissima difesa dell’obiettivo della realizzazione del mercato interno e del suo strumento privilegiato, la libertà di circolazione, ossia del quadro “costituzionale” definito dai Trattati, sia pure cercando di bilanciare questo obiettivo con il riconoscimento della natura di “diritto fondamentale” delle libertà sindacali. E se vuol comprendersi come mai la Corte di Lussemburgo sembra incorrere in un apparente “strabismo” quando giudica i diritti collettivi e quando invece offre ampia tutela ai diritti individuali – nel primo caso, utilizzando il bilanciamento quale arma di sostanziale paralizzazione delle istanze collettive, nel secondo caso il principio di eguaglianza per contrastare ogni discriminazione e promuovere i diritti sociali dei lavoratori “prefigurando tratti di una cittadinanza sociale comune”,¹⁴² non si può prescindere dal valore che assume, in rapporto all’ordinamento della U.E. in sé considerato, l’eliminazione degli ostacoli che si frappongono alla libertà di circolazione. Del resto anche i principi antidiscriminatori sono debitori alla dottrina sulla libertà di circolazione (che attua principi antidiscriminatori in campo economico). Si potrebbe forse individuare una stessa matrice di fondo nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sia quando crea nella dimensione individuale le premesse di un welfare europeo transnazionale, sia quando afferma il primato assoluto della libertà di circolazione dei fattori economici.

142 Pinelli-Treu, 2010 p. 16

In quest'ottica ("ottimistica") l'inflessibile razionalizzazione operata dalla Corte, che non tollera coni d'ombra e non consente la protezione, attraverso gli schermi forniti dai contratti collettivi, di interessi particolari privilegiati rispetto all'interesse generale alla piena integrazione dei mercati, potrebbe aprirsi ad altri sviluppi se soltanto le priorità "politiche" dei signori dei Trattati fossero o divenissero altre.

Ma intanto, a ben vedere, il quadro costituzionale che ha probabilmente condizionato le decisioni della Corte è il medesimo quadro all'origine della crisi europea. Eppure i cambiamenti (auspicabili) non possono essere chiesti alla Corte, poiché chiamano in causa, necessariamente, le decisioni politiche sui rapporti fra ordinamenti nazionali ed ordinamento europeo e sui fini stessi dell'integrazione europea. Gli equilibrismi della Corte spacciati per operazioni di bilanciamento nascondono chiaramente il primato della libertà di circolazione dei fattori economici sulla tutela dei diritti sociali, ossia l'applicazione del diritto dell'Unione sulle norme nazionali contrastanti (come dimostra il caso svedese). A dominare è dunque la logica dei Trattati, che vincola la Corte ancorandola ai canoni valutativi da essa elaborati nel corso di una giurisprudenza più che ventennale. Il bilanciamento c'entra ben poco, nascondendo in realtà l'affermazione delle condizioni date affinché i diritti collettivi possano derogare alla libertà di circolazione.

Certo non si può esser lieti che il fattore economico possa utilizzare la libertà di circolazione come una lama di rasoio nei confronti di ordinamenti nazionali che possiedono livelli di tutela dell'azione collettiva e del diritto di contrattazione sconosciuti all'ordinamento comunitario. Siamo tributari, per queste così spiacevoli conseguenze, alla teoria del primato, per altri versi all'origine dell'adeguamento degli ordinamenti nazionali a più avanzati equilibri in tema, ad esempio, di diritti civili o diritti dello straniero, teoria che si vorrebbe probabilmente ridimensionare con la dottrina dei controlimiti. Viviamo dunque un'altalena di "emozioni", quando guardiamo a ciò che si produce nelle dinamiche non sempre lineari dell'ordinamento multilivello.

Tutto questo sollecita inevitabilmente un confronto per così dire "statico" con gli altri ordinamenti ed in particolare, per quanto attiene la dottrina del lavoro italiana, con la nostra Costituzione del 1948. Ma particolarmente intrigante, bisogna ammetterlo, è pure l'esame del grado di operatività della tutela dei diritti sociali collettivi nell'ambito del Consiglio d'Europa, alla luce degli sviluppi, in verità sorprendenti, della giurisprudenza CEDU.

Comparativamente, la tutela che i diritti in questione ricevono nell'ambito del Consiglio d'Europa - ove i diritti sociali collettivi sono immersi in un ordinamento i cui fini sono, al contrario, sintonici con l'obiettivo della tutela massimale dei diritti - può sollecitare utili riflessioni, considerando che in ultima analisi gli ordinamenti sono sempre frutto di decisioni politiche.¹⁴³

143 Nel paragrafo conclusivo, invece, si faranno sintetiche (anzi sommarie) valutazioni sulle tentazioni comparative fra l'ordinamento europeo e quello nazionale.

11. *Il controcanto. La giurisprudenza CEDU sui diritti collettivi.*

E, certo, le soluzioni date dalla Corte EDU ai conflitti tra diritti collettivi e poteri pubblici, appaiono distanti da quelle adottate dalla Corte di Giustizia quando la libertà di azione collettiva si è scontrata con poteri economici privati (quali sono, in ultima analisi, le libertà economiche).

L'interpretazione evolutiva dell'art. 11 della Convenzione è stata, in realtà, lunga e faticosa, soprattutto per la concezione individualistica ad esso sottesa,¹⁴⁴ così come lunga e faticosa è stata in generale l'affermazione del potere di "supervisione" della Corte di Strasburgo sul rispetto dei diritti sociali, frenata, paradossalmente, dalla tutela ad essi assicurata nell'ambito della Carta sociale europea.¹⁴⁵ Come nota Guazzarotti, è soltanto con la sentenza resa nel caso *Airey c. Irlanda*¹⁴⁶ che l'originario orientamento, maggiormente restrittivo, è stato messo seriamente in discussione ed è con la sentenza nel caso *Zahnalova e Zehnal c. Repubblica Ceca* che è stato poi definitivamente superato, anticipando un orientamento che verrà poi allo scoperto con la più recente sentenza nel noto caso *Demir c. Turchia*,¹⁴⁷ affermando la Corte che, seppure il proprio ruolo "non è quello di controllare il rispetto da parte dei governi di altri strumenti diversi dalla CEDU", non di meno "la Carta sociale europea (del resto elaborata nel quadro del Consiglio d'Europa al pari della CEDU) può, al pari di altri strumenti internazionali, costituire una fonte d'ispirazione per la Corte".¹⁴⁸ Analogamente, nel caso *Stec e altri c. Regno Unito*,¹⁴⁹ la Corte riprende quanto affermato nel caso *Airey* circa la natura indivisibile dei diritti umani, citando testualmente il Preambolo della Carta Sociale europea revisionata nella

144 Fontana, 2010b

145 per questa evoluzione v. Guazzarotti 2013; v. pure Merino, 2007.

146 Sent. 9 ottobre 1979 § 26

147 sentenza della GC 12 novembre 2008

148 Guazzarotti, 2013

149 sentenza della GC del 6 luglio 2005

parte in cui afferma “la necessità di preservare il carattere indivisibile di tutti i diritti dell’uomo, che siano civili, politici, economici, sociali o culturali”.¹⁵⁰

E’ dunque in un quadro abbastanza incerto, che pur vede compiersi un’importante evoluzione della propria giurisprudenza, che la Corte, con la sentenza *Demir* e poi con la sentenza *Enerji Yapi* – la prima sulla contrattazione collettiva e l’altra sul diritto di sciopero – ha affrontato il nodo della portata applicativa dell’art. 11 della Convenzione, manifestando un approccio che almeno in parte può dirsi certamente innovativo.¹⁵¹

Nel caso *Demir* la Corte EDU ha per la prima volta dichiarato indefettibile il nesso fra la libertà sindacale tutelata dall’art. 11 della Convenzione e la contrattazione collettiva, così come, nel caso *Enerji Yapi*, ha poi affermato analogo principio nei riguardi del diritto di sciopero (richiamando la Carta sociale europea nella parte in cui enuncia il principio secondo cui l’esercizio dell’autotutela collettiva è indissociabile dal diritto di contrattazione collettiva).

La Corte di Strasburgo appare molto decisa, in *Demir c. Turchia*, a superare ogni “eccezione” circa il fatto che allo stato convenuto non possono essere imposti altri obblighi diversi da quelli posti dalla Convenzione e derivanti da accordi e trattati internazionali a cui non aderisce. La *Grand Chambre* è anzi tranciante quando afferma che “la Cour doit l’interpréter et l’appliquer d’une manière qui en rende les garanties concrete et effectives, et non pas théoriques et illusories” (richiamando sul punto il precedente caso *Stec*) aggiungendo che “la Cour n’a jamais considéré les dispositions de la Convention comme l’unique cadre de référence dans l’interprétation des droits et libertés qu’elle contient. Au contraire, elle doit également prendre en considération toute règle et tout principe de droit International applicables aux relations entre les Parties contractantes” (punti 66 e 67). Su questa premessa la Corte ricorda poi “a titre d’exemple” che in altri casi “lorsqu’elle a jugé que le droit syndical avait un aspect négatif qui excluait les accords de monopole syndical, a considéré, en se basant notamment sur la Charte sociale européenne et la jurisprudence de ses organes de contrôle, ainsi que sur d’autres instruments européens ou universels, qu’il existait en la matière un degré croissant de consensus au niveau

150 Ma che la giurisprudenza CEDU sulla questione dei confini fra diritti tutelati dalla Carta sociale europea e diritti tutelati dalla Convenzione fosse alquanto precaria è dimostrato dalla sentenza nel caso N. c. Regno Unito (sentenza 27 maggio 2008), nella quale torna a farsi sentire la vecchia (e mai sopita) distinzione fra diritti civili e politici (la cui tutela è affidata, grazie alla Convenzione, alla Corte di Strasburgo) e diritti sociali (tutelati dalla Carta sociale europea). La Corte infatti rovescia il senso della sua posizione nel caso *Airey* e ricorda come “sebbene molti dei diritti della Convenzione abbiano implicazioni di natura sociale o economica, la Convenzione è essenzialmente diretta alla protezione di diritti civili e politici” (v. Guazzarotti 2013).

151 Bronzini 2009

International” (punto 77). Ed è sempre in base alla Convenzione OIL, alla Carta sociale europea e alla Carta dei diritti fondamentali che i giudici di Strasburgo possono affermare a chiare lettere che la propria giurisprudenza, nella parte in cui in passato ha affermato che il diritto di negoziazione collettiva non è elemento integrante (“*élément inhérent*”) dell’art. 11 della Convenzione, deve essere radicalmente rivisitata.¹⁵² Il *revirement* della Grand Chambre è talmente netto da far dire al Giudice Zagrebelsky (nella sua “*opinion séparée*”) che nella fattispecie si è in presenza di un vero e proprio *overruling* della Corte, tanto da dubitare che ad esso possa darsi effetto retroattivo, ritenendo, anzi, “*regrettable*” che la Corte “*laisse encore une fois la rétroactivité naturelle de l’interprétation judiciaire sanctionner une conduite qui, à l’époque, ne contrevenait (probablement) pas à la Convention*”.¹⁵³

Nella successiva sentenza della Corte di Strasburgo nel caso *Enerji Yapi-Yol sen c. Turquie* 21 aprile 2009 i giudici della terza sezione riprendono i principi esposti nel caso *Demir* (v. punto 31) circa gli obblighi negativi e positivi degli stati ai sensi dell’art. 11 della Convenzione, riconoscendo tuttavia che il diritto di sciopero non è un diritto “assoluto” e che a certe condizioni può essere oggetto di restrizioni. La Corte ricorda – a tal proposito – “*...ce qu’exige la Convention, c’est que la législation permette aux syndicats, selon les modalités non contraires à l’article 11, de lutter pour la défense des intérêts de leurs membres*” e che “*la grève, qui permet à un syndicat de faire entendre sa voix, constitue un aspect important pour les membres d’un syndicat dans la protection de leurs intérêts*”, diritto indissociabile dal diritto di libertà sindacale dalla Convenzione OIL C87 e dalla Carta sociale europea (“*un moyen d’assurer l’exercice effectif du droit de négociation collective*”: punto 24).

Questa giurisprudenza della CEDU – oltre ad avere un forte impatto dopo le sentenze

152 “*en consequence, la Cour estime, en égard aux développements du droit du travail tant international que national et de la pratique des Etats contractants en la matière, que le droit de mener des négociations collectives avec l’employeur est, en principe, devenu l’un des éléments essentiels du droit de fonder avec d’autres des syndicats et de s’affilier à des syndicats pour la défense de ses intérêts énoncé à l’article 11 de la Convention, étant entendu que les Etats demeurent libres d’organiser leur système de manière à reconnaître, le cas échéant, un statut spécial aux syndicats représentatifs*” (punto 154).

153 E’ appena il caso di ricordare che i giudici di Strasburgo avevano in proposito sempre affermato, con un orientamento risalente al caso *Sindacato svedese dei capotreni e a Wilson, Unione nazionale dei giornalisti*, che la contrattazione collettiva, pur costituendo uno dei modi in cui i sindacati tutelano i propri iscritti, non è tutelabile ai sensi dell’art. 11 della Convenzione, poiché ciò che deve essere garantito dagli stati è unicamente il diritto del sindacato di poter rappresentare gli interessi dei propri iscritti e poter persuadere il datore – ossia un diritto di *voix* – lasciando agli stati ampio margine di apprezzamento circa i modi in cui ciò deve essere garantito.

Viking e *Laval*, attraendo nell'orbita dell'art. 11 della Convenzione quei diritti sociali stressati dal bilanciamento "imperfetto" della Corte di Giustizia – si segnala, soprattutto, per la peculiare e stretta relazione reciproca che stabilisce fra la Convenzione, la Carta sociale europea e la Carta dei diritti fondamentali. Ed anzi proprio la connessione fra la prassi del Comitato europeo dei diritti sociali e la giurisprudenza di Strasburgo potrebbe dare un forte impulso all'avanzamento della tutela dei diritti sociali nell'ambito della Convenzione, soprattutto dopo la revisione della Carta nel 1998 e l'introduzione del ricorso collettivo.¹⁵⁴ Del resto, è proprio a partire dalla considerazione che tali modifiche esprimano il consenso fra gli stati per la promozione dei diritti sociali ed economici (§84) che la Corte sembrerebbe accogliere quell'interpretazione evolutiva dell'art. 11 della Convenzione che le permette di attrarre nel proprio ambito il diritto di contrattazione collettiva.¹⁵⁵

Ovviamente l'attrazione nell'ambito dell'art. 11 della Convenzione del diritto di contrattazione collettiva e del diritto di sciopero non consente una giurisdizione diversa da quella relativa alla libertà negativa, ossia alla verifica dell'adempimento degli stati agli obblighi di tutela della sfera di libertà delle associazioni sindacali (con le sole possibili eccezioni poste dal secondo comma dell'art. 11). Proprio la limitata portata applicativa dell'art. 11 della Convenzione non può quindi indurre a ritenere che questa giurisprudenza possa avere effetti sugli orientamenti della Corte di giustizia, dove è in questione, al contrario, il limite della libertà positiva delle associazioni sindacali e dove sono le libertà economiche, al contrario, che vengono tutelate nel loro profilo "negativo" da restrizioni incompatibili con le norme del Trattato (art. 49 e 56 TFUE). E dove, soprattutto, non è in gioco il problema del limite del potere dello stato nei confronti di diritti di libertà, tema che consente di utilizzare proficuamente una consolidata dottrina formatasi nell'ambito della tutela dei diritti civili e politici, ma i conflitti fra diritti di pari rango costituzionale. Come si è notato, infatti, "the European Court of Human Rights – unlike the Court of Justice – takes Convention rights and not economic freedoms as the starting point, and assesses the proportionality of restrictions to those rights".¹⁵⁶

12. Conclusioni.

I diversi orientamenti (o quanto meno le diverse sensibilità) delle due Corti si spiegano,

¹⁵⁴ Panzera, 2012

¹⁵⁵ Guazzarotti 2013

¹⁵⁶ Syrpis 2008, 2011

probabilmente, con le profonde differenze fra l'ordinamento dell'Unione Europea (la cui matrice, secondo i Trattati, è costituita dall'obiettivo della realizzazione del mercato interno) e l'ordinamento del Consiglio d'Europa (il cui perno è la tutela e lo sviluppo dei diritti umani). Sono ordinamenti che hanno fini così diversi da non consentire nessuna sovrapposizione dei principi elaborati nell'ambito dei rispettivi contesti, ma semmai soltanto una riflessione comparativa. Le differenze attengono non soltanto agli scopi e agli obiettivi perseguiti, ma anche, come si è accennato, alla diversa prospettiva di inquadramento dei diritti collettivi, poiché se nell'ambito dell'ordinamento europeo la questione che si pone è il rapporto/confitto fra libertà "extra-statali", ossia libertà che esprimono poteri privati costituzionalmente equiordinati, nell'ambito della Convenzione viene piuttosto tematizzata la problematica del rapporto delle libertà fondamentali con il potere pubblico/statuale; sicché, se nel primo caso il tema è inevitabilmente il bilanciamento, nell'altro (altrettanto inevitabilmente) è il limite che l'autorità dello stato è tenuta a rispettare incontrando libertà (collettive) garantite dall'art. 11 della Convenzione. Allo stesso modo, sovrapporre all'ordinamento europeo la nostra Costituzione nazionale, può condurre ad esiti poco affidabili considerandone la profonda "alterità" al quadro costituzionale dell'Unione europea.

In effetti i contenuti delle libertà economiche fondamentali nel diritto dell'Unione rispondono ad un principio "antropico" (per utilizzare un principio della fisica) ossia alla necessità di salvaguardare il meta-obiettivo della realizzazione del mercato interno, presidiato, si ripete, attraverso l'eliminazione di qualsiasi ostacolo (a quelle libertà) che non sia giustificato da deroghe espressamente enunciate dal Trattato ovvero da motivi imperativi di interesse generale (secondo la dottrina *Cassis de Dijon*). Da qui il bilanciamento imperfetto, che in altra sede ho definito "opaco" proprio perché cela la supremazia "assoluta" della libertà di circolazione, funzionale all'integrazione dei mercati (e non già, a ben vedere, la supremazia dell'interesse dell'impresa in sé considerato, la cui tutela è effetto mediato del primato della libertà di circolazione).

Nel nostro ordinamento costituzionale, al contrario, il collegamento istituito fra i diritti sociali e i principi fondamentali della prima parte della Costituzione – e per quanto qui interessa fra l'art. 39 I comma e l'art. 3 Cost., la cui limpida enunciazione si deve, com'è noto, alla "storica" sentenza n. 290 del 1974 della Corte costituzionale – implica un "super-valore" costituzionale del principio di libertà sindacale, funzionale a garantire non solo (o non tanto) il riequilibrio dei rapporti di potere nell'impresa, bensì, essenzialmente, la partecipazione effettiva dei lavoratori all'organizzazione politica, economica e sociale del paese, a sua volta finalisticamente collegata al progetto di integrazione della classe lavoratrice nello stato pluriclasse.¹⁵⁷ Per meglio dire, nella Costituzione i diritti collettivi, che sono in realtà poteri opposti ad altri poteri, non assurgono di per sé al rango di diritti privi di

157 Galgano 1982 p. 39; Carabelli 2011.

condizionamenti ma sono elevati, sul piano valoriale, a fondamenti costitutivi del progetto di emancipazione inscritto nell'art. 3 Costituzione, ossia ad uno dei principi fondamentali immutabili della Costituzione. Come si è recentemente notato, nella Costituzione del 1948 (ed in quella tedesca del 1949) la rinascita dello stato nelle forme di *welfare state* democratico e sociale si sposa perfettamente, anzi esige logicamente, una concezione della cittadinanza in cui l'azione collettiva sia direttamente collegata all'affermazione dei diritti fondamentali.¹⁵⁸ Ma questa è una prospettiva del tutto estranea al diritto dell'Unione, che esclude nella nozione di cittadinanza europea qualsiasi collegamento con i diritti sociali collettivi e men che meno una cittadinanza industriale "fondata sull'azione collettiva del lavoro organizzato".

Nella *higher law* dell'Unione è ignota la finalizzazione della libertà collettiva a obiettivi che trascendono la mera tutela delle condizioni di lavoro (inerenti la contrattazione collettiva fra le imprese e i lavoratori). L'art. 28 della Carta presuppone del resto il ricorso ad azioni collettive, compreso lo sciopero, in caso di un "conflitto d'interessi", ossia nell'ambito di una dialettica tipicamente contrattuale; è pur vero che ciò non esclude il ricorso a forme di lotta per azioni di "solidarietà o questioni generali",¹⁵⁹ ma è altrettanto vero che è piuttosto difficile istituire un collegamento fra diritti sociali collettivi e "fini" dell'ordinamento inerenti l'organizzazione sociale, politica ed economica della *societas* europea.¹⁶⁰ Poiché, anzi, quella europea è, in un certo senso, una cittadinanza senza socialità, fondata sul *favor libertatis* più che su un proprio "statuto" di diritti, ossia sul mero diritto individuale di accedere, a determinate condizioni, ai diritti sociali garantiti all'interno delle diverse sfere nazionali.¹⁶¹

Soltanto ora, grazie all'influenza del Trattato di Lisbona ed al valore giuridico conseguito dalla Carta può forse intravedersi un orientamento finalistico – ma la stessa, poco avveduta ritrosia dell'Unione ad aderire alla Convenzione europea e ad adottare finalmente la Carta sociale¹⁶² dimostra quanto i diritti sociali fondamentali siano, invero, poco fondamentali, mentre il baricentro del sistema resta ancor oggi la libertà di

158 Giubboni 2013

159 Bronzini 2012

160 Fontana, 2010b

161 Giubboni 2013

162 Panzera, 2012

circolazione.

Queste differenze “valoriali” - che rinviano a differenti modelli costituzionali: il “principio lavoristico”, in posizione privilegiata nell’ordinamento costituzionale italiano; il “favor libertatis” nell’ordinamento europeo, per la realizzazione del mercato interno - hanno una forte presa, ma in qualche caso spostando dal piano meta-normativo a quello propriamente normativo il “fatto lavoro”,¹⁶³ oppure ritenendo che il diritto all’auto-tutela, nei termini in cui viene azionato nei sistemi nazionali, “possa essere trasposto, con le stesse modalità di esercizio, in un sistema di rapporti collettivi transnazionali”.¹⁶⁴

Mai come in questo caso il ragionamento in termini di valori ha influenzato enormemente la cultura giuridica, determinando una pre-comprensione del valore dei diritti collettivi come eccedente rispetto alla libertà economica; ossia una concezione “..che si vuole assoluta, secondo una pretesa ricostruzione tratta dalla tradizione costituzionale nazionale: essendo la libertà sindacale immune da ogni intervento esterno, tale connotato si estende alla principale attività, quella negoziale, in cui essa si estrinseca: ne segue una precisa gerarchia di valori/principi costituzionali, che vede come poziori i diritti sociali e solo in posizione secondaria le libertà economiche di circolazione e la libertà di concorrenza”. In tale concezione sono dunque i diritti sociali che devono liberamente estrinsecarsi “sino al limite esterno, costituito dagli interessi generali, in cui con molta difficoltà, in questa concezione tipicamente italiana, si collocano la libertà di circolazione o il rispetto della concorrenza”.¹⁶⁵

Nella nostra Costituzione - salvo interpretazioni del tutto minoritarie tendenti ad accreditare la centralità dell’art. 41 fra i valori costituzionali¹⁶⁶ - la libertà di iniziativa economica è stata in effetti sempre considerata alla stregua di una norma regolatrice dei rapporti fra i privati nel quadro stabilito dal potere pubblico, senza mai assurgere a diritto fondamentale. Prova ne sia l’affievolimento della libertà di iniziativa economica rispetto agli altri diritti di libertà costituzionalmente: un diritto che “non riceve quel carattere di diritto inviolabile che è invece attribuito alle libertà civili; non è menzionato nei principi fondamentali; non è fra quelle libertà che, a norma della Costituzione, è compito della Repubblica difendere; è certamente, fra le libertà riconosciute dalla nostra legge fondamentale, quella meno garantita, la preoccupazione prevalente del nostro costituente essendo piuttosto quella di

163 v. Azzariti 2009 e 2011

164

Sciarra 2008

165 Caruso, Alaimo, 2011

166 Bognetti, 2006

evitare che l'esercizio di questa libertà leda determinati valori economici e sociali o umani (l'utilità sociale, la sicurezza, la dignità umana di cui al 2° comma) o comprometta la realizzazione dei fini sociali di cui al 3° comma".¹⁶⁷

Ma ciò che talvolta, ad avviso di chi scrive, non è tenuto in debita considerazione è lo scarto fra il rilievo "politico" dei diritti collettivi quali strumenti di partecipazione dei lavoratori ed il rilievo che gli stessi diritti assumono nella dialettica conflittuale fra i lavoratori "organizzati" e l'impresa. Se il collegamento fra l'art. 39 e l'art. 3 Costituzione, ma anche, a ben vedere, con il principio "personalista" posto dall'art. 2, eleva la libertà sindacale al rango di principio fondamentale immodificabile (allo stesso modo dei principi della prima parte della Costituzione), nell'ambito della dialettica conflittuale-contrattuale con l'impresa il principio di auto-tutela disvela la sua essenza "strumentale" e, perciò, la sua ineludibile relazione con i diritti propri dell'impresa, anch'essi di valore costituzionale. Ciò è tanto più vero se si considera che il "valore" costituzionale del principio posto dall'art. 39 l. comma Cost. non ha impedito, per decenni, la sotto-ordinazione dei diritti collettivi all'impresa quando si è trattato di "disciplinare" il loro rapporto conflittuale. Tutta la giurisprudenza che, fino agli anni settanta, ha amministrato il rapporto fra diritti collettivi e libertà economiche si è attestata in linea maggioritaria, in modo davvero emblematico, sulla teoria del "danno giusto" o ancora sull'utilizzo del principio di "buona fede" (un test di proporzionalità mascherato)¹⁶⁸ che è in sé dimostrazione eloquente della prevalenza dell'interesse economico. Solo con il disgelo costituzionale si è avviata e si è poi affermata la costruzione di "teorie" adeguate alla "missione" che i diritti collettivi hanno conseguito nella formazione dell'identità nazionale, per avvicinare l'Italia ai paesi più industrializzati, recependone, almeno in parte, i modelli di democrazia economica. Da qui più avvedute e "moderne" teorie sui limiti esterni dei diritti, ossia un bilanciamento che ha definito un vero e proprio modello normativo per definire gli ambiti di legittimità del conflitto collettivo (e, per contro, gli ambiti dell'impresa immuni dal potere collettivo). E' qui che il nodo del rapporto con l'impresa andava sciolto e, se non si vogliono coltivare illusioni idealistiche, deve ammettersi che ciò è avvenuto con soluzioni compromissorie (seppure di alto profilo), senza alcuna sudditanza ideologica. Con pragmatismo, la giurisprudenza ha affrontato il problema superando le logore teorie del danno ingiusto, ma pur sempre con l'obiettivo di riconoscere un adeguato livello di protezione del "nucleo essenziale" del diritto costituzionale della libertà d'iniziativa economica.¹⁶⁹

167 Galgano, 1982

168 Si ricordi la critica serrata di Montuschi, 1968.

169 Cass. Lav. n. 711/1980.

In definitiva, a contare davvero, ad illuminare il freddo mondo dei principi, tutti relativi e bilanciabili,¹⁷⁰ sono i “presupposti sostanziali dell’autoregolazione sociale”, ossia la costituzione vivente. Se si considera l’ordinamento non come un immobile “apparato” normativo ma un organismo vivente, osmotico con la realtà, non ci si stupirà che nel modello di integrazione europea sia finora prevalsa quella concezione – definibile come si vuole - ma che “considera primariamente le libertà economiche di circolazione e lo stesso principio di concorrenza effettiva, quali presupposti della costruzione del mercato unico e, nella visione funzionalista, anche dell’integrazione politica europea”. Che questo sia pure il futuro dell’Europa è tuttavia poco probabile. Le ragioni della crisi sono tutte dentro quel modello e per quanto camaleontiche siano le *elite* europee, difficilmente potranno riproporlo.

** Professore straordinario di Diritto del Lavoro nella facoltà di Giurisprudenza di Reggio Calabria

Bibliografia

- (2007) Alaimo A., *L’impatto della globalizzazione sul diritto del lavoro in Italia*, in Diritti Lavori Mercati, 2
- (2010) Alaimo A., Caruso B., *Dopo la politica i diritti: l’Europa “sociale” nel Trattato di Lisbona*, CSDLE INT, n. 82
- (2009) Ales E., *Lo sviluppo della dimensione sociale comunitaria: un’analisi genealogica*, in RDSS
- (2012) Ashiagbor D., Countouris N., Lianos I., *Introduction in The European Union After The Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press
- (2003) Azzariti G., *Il futuro dei diritti fondamentali nell’era della globalizzazione*, in Pol. Dir. 3
- (2011) Azzariti G., *Le garanzie del lavoro fra costituzioni nazionali, carte dei diritti e Corte di giustizia dell’Unione europea*, relazione del Convegno di Perugia 25-26 marzo 2011 “Diritti fondamentali e libertà economiche: principi europei e tradizioni giuridiche nazionali”
- (2012) Azzariti G., *Are we going towards a government of judges? The role of European Courts in the creation of a political Europe*, in European Journal of Social Law, n. 2
- (2012) Baccaro L. Howell C., *Il cambiamento delle relazioni industriali nel capitalismo avanzato: una traiettoria comune*, in Quaderni di Rassegna Sindacale, 1
- (2006) Baccaro L., Simoni M., *I governi e la concertazione. Perché alcuni la vogliono e altri no*, in Quaderni di rassegna sindacale, 97
- (2008) Ballestrero M.V., *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia “bilancia” il diritto di sciopero* in Lav. dir.
- (1975) Barbera A., *Art. 2*, in Branca G. (a cura di), *Commentario della Costituzione, I principi fondamentali*, Zanichelli Il Foro Italiano editori
- (2012) Barbera M., *Diritti sociali e crisi del costituzionalismo europeo*, in CSDLE “Massimo D’Antona” INT, 95.

170 Spadaro, 2011

- (2011) Beck U., *La crisi e il ritorno degli dei*, in *La crisi dell'Europa*, Il Mulino ed.
- (2009) Bercusson B., *European Labour Law*, Cambridge University Press
- (2006) Bognetti G., *L'Assemblea costituente e le libertà economiche*, in Labriola Silvano (a cura di), *Valori e principi del regime repubblicano*, Laterza Editore, vol. 2
- (2010) Boissard B., *La contribution de comité européen de droits sociaux à l'effectivité des droits sociaux*, in *Rev. Dr.Public*, 4
- (2009) Bronzini G., *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Riv.it.dir.lav.*, II, 975 ss.
- (2012a) Bronzini G., *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in www.fundamentalrights.it
- (2012b) Bronzini G., *La tutela della contrattazione collettiva: i trattati dell'Unione europea e la giurisprudenza della Corte di giustizia*, in F. M. Putaturo Donati (a cura di), *Diritto del lavoro Anno zero?*, Edizioni Scientifiche Italiane
- (2008) Carabelli U., *Note critiche a margine della sentenza della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking* in *DRLI*
- (2009) Carabelli U., *Europa dei mercati e conflitto sociale*, Cacucci editore
- (2011) Carabelli U., *Il contrasto tra le libertà economiche e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2.
- (2008) Caruso B., *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? Prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking*, in *CSDLE "Massimo D'Antona" INT*, 61.
- (2009) Caruso B., *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo* in *Sciarra-Caruso...*
- (2010) Caruso B., *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, *CSDLE "Massimo D'Antona" INT*, n. 81
- (2011) Caruso B., *Costituzioni e diritti sociali: lo stato dell'arte*, in *CSDLE "Massimo D'Antona"*, *Collective Volumes*, 1
- (2011) Caruso B., Alaimo A., *Il contratto collettivo nell'ordinamento dell'Unione europea*, w.p. *CSDLE "Massimo D'Antona" int.* n. 87
- (2012) Cassese S., *La nuova costituzione economica*, Laterza editore
- (2012) Clauwaert S., Schomann I., *The crisis and national labour law reforms: a mapping exercise*, W.P. 04, ETUI aisbl, Brussels
- (2012) Ciolli I., *I paesi dell'Eurozona e i vincoli di bilancio. Quando l'emergenza economica fa saltare gli strumenti normativi ordinari*, in www.rivistaaic.it
- (2010) Comandè D., *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, in *CSDLE "Massimo D'Antona" INT*, n. 76.
- (2012) Craig P.P., *The Charter, the ECJ and national courts*, in *The European Union After The Treaty of Lisbon* (eds. Ashiagbor D., Countouris N., Lianos I.), Cambridge University Press
- (2012) Cohn-Bendit D., Verhofstadt G., *Per l'Europa! Manifesto per una rivoluzione unitaria*, Mondadori ed.
- (2000) Crouch C., *The snakes and ladders of 21st century trade unionism*, in *Oxford Review of Economic Policy*, 2000, 16 (1) 70-83
- (2012) Crouch C., *Il potere dei giganti*, Laterza ed.
- (2004) D'Acunto S., *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur* in *RDUE*
- (2012) D'Acunto S., *Commento art. 56-57 TFUE*, in *Codice dell'Unione europea commentato*, G.S. editore
- (2011) Deakin S., *La concorrenza fra ordinamenti dopo Laval*, in *Lavoro e diritto*, 3.
- (2012) Deakin S., *The Sovereign Debt Crisis and European Labour Law*, in *Industrial Law Journal*, vol. 41, 3.
- (2012) De Luca Tamajo R., *Il problema delle inderogabilità delle regole a tutela del lavoro, ieri e oggi*, relazione al Convegno AIDLASS 2012, in aidlass.org

- (2012) Di Stasi A., *Il potere sindacale nell'ordinamento (debole) del lavoro. Vicende e prospettive*, G. Giappichelli editore
- (2013) Durante A., *Il coinvolgimento dei lavoratori nell'impresa tra libertà economica e democrazia industriale. L'ordinamento giuridico europeo e le prospettive italiane*, Universitas Studiorum ed.
- (2010a) Fontana G., *Dall'inderogabilità alla ragionevolezza*, G. Giappichelli ed.
- (2010b) Fontana G., *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 78.
- (1982) Galgano F., Art. 41, in Branca G. (a cura di) *Commentario della Costituzione, Rapporti economici*, tomo II, Zanichelli Il Foro Italiano editori
- (2012) Gambino S., Nocito W., *Crisi dello Stato, governo dell'economia e diritti fondamentali*, in www.astrid.it, 13.
- (2008) Giubboni S., *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino editore
- (2012) Giubboni S., *Diritti e solidarietà in Europa*, Il Mulino editore
- (2013) Giubboni S., *Cittadinanza, lavoro e diritti sociali nella crisi europea*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT, 100
- (2013) Grimaudo P., *Lo stato sociale e la tutela dei diritti quesiti alla luce della crisi economica globale: il caso italiano*, in federalismi.it
- (2013) Guarnier T., *I giudici italiani e l'applicazione diretta della Carta di Nizza dopo il Trattato di Lisbona*, in Cappuccio-Lamarque, *Dove va il sistema italiano accentrato di controllo di costituzionalità?*, Jovene editore
- (2013) Guazzarotti, *I diritti sociali nella giurisprudenza CEDU*, in Riv. Trim. dir. Pubbl., 1.
- (2013) T. Novitz, *Remedies for Violation of Social Rights within the Council of Europe: The Significant Absence of a Court*, in *The Future of Remedies in Europe* (eds. C. Kilpatrick, T. Novitz) Skidmore, Oxford Portland (Oregon) Hart publishing 20
- (2010) Hardt-Negri, *Comune. Oltre il pubblico e il privato*, Rizzoli editore
- (2011) Hendrickx F., *Beyond Viking and Laval: the Evolving European Context*, in Comparative Labor Law and Policy Journal, 32
- (2003) Hepple B., *Quattro modalità di approccio alla modernizzazione dei diritti individuali in materia di lavoro*, in Diritto delle relazioni industriali, 4
- (2000) Holmes-Sunstein, *Il costo dei diritti*, Il Mulino editore
- (2008) Lo Faro A., *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in Lavoro e Diritto
- (2010) Lo Faro A., *Diritto al conflitto e conflitto di diritti nel mercato unico: lo sciopero al tempo della libera circolazione*, in Rassegna di diritto pubblico europeo, 51.
- (2012) Lupo N., *La revisione costituzionale della disciplina di bilancio e il sistema delle fonti*, relazione al Convegno "La Costituzione e il pareggio di bilancio", in www.astrid.it
- (2012) Krugman, *Fuori da questa crisi, adesso!*, Garzanti editore
- (2007) Joerges C., *Democracy and European Integration: a Legacy of Tensions, a Re-conceptualisation and Recent True Conflicts*, in Eui Working Papers, Law, 25
- (2011) Maduro M., *The euro's crisis of democracy*, 2011, in www.project-sindacate.org
- (2007) Merino M., *Le renforcement de la protection de la liberté syndicale par la Cour EDH*, in Revue trimestrelle des droits de l'homme, 463
- (1968) Montuschi L., *Il diritto di scioperare e il c.d. danno ingiusto*, in Rivista trimestrale di diritto e procedura civile, 371.
- (2010) Natali D., Pochet P., *The last wave of social pacts in Europe: problems, actors and institutions* in Pochet, Keune, Natali, eds. *After the euro and enlargement: social pacts in the EU*, ETUI ed.
- (2000) Orlandini G., *The free movement of goods as a possible "Community" limitation on industrial conflict*, in ELJ, 2000, p. 341.

- (2008) Orlandini G., *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in CSDLE "Massimo D'Antona" INT n. 66.
- (2008) Pallini M., *Law shopping e autotutela sindacale nell'Unione europea*, in Rivista giuridica del lavoro, I, 25
- (2009) Pallini M., *La tutela dell'ordine pubblico sociale quale limite alla libertà di circolazione dei servizi in ambito UE*, in Vimercati (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, Cacucci editore
- (2012) Panzera C., *Per i cinquant'anni della Carta sociale europea*, in gruppodipisa.it
- (2012) Paparella M., *Le carte dell'Europa riscritte dalla crisi*, in www.ingenero.org
- (2012) Pech L., *The Institutional Development of the Post-Lisbon*, in *The European Union After The Treaty of Lisbon*, Cambridge University Press
- (2012) Pepinsky T.B., *The Global Economic Crisis and the Politics of Non-Transitions*, in astrid.it
- (2010) Pinelli C., Treu T., *Introduzione. La costituzione economica a sessant'anni dalla Costituzione*, in Pinelli-Treu (a cura di), *La costituzione economica: Italia, Europa*, Il Mulino editore
- (2012) Piris J.C., *The future of Europe. Towards a Two-Speed EU?*, Cambridge University Press
- (2012) Quadrio Curzio A., *La trappola dell'eccesso di rigore*, Il Sole 24 ore, 24 ottobre 2012
- (2012) Ricci G., *Il diritto alla retribuzione adeguata. Tutele costituzionali e crisi economica*, G. Giappichelli editore
- (2012) Rivosecchi G., *Il Parlamento di fronte alla crisi economico-finanziaria*, relazione al convegno "Il diritto costituzionale alla prova della crisi economica", in Associazione dei Costituzionalisti, n. 3 www.rivistaic.it
- (2007) Roccella-Treu, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, CEDAM editore
- (2012) Ruggeri A., *Corti e diritti, in tempi di crisi*, in gruppodipisa.it
- (2010) Ronnmar M., *Laval returns to Sweden: The Final Judgment of the Swedish Labour Court and Swedish Legislative Reforms*, in *Industrial Law Journal*, vol. 39, n. 3
- (2012) Rossi G., *Dopo l'angoscia torna la speranza*, in Il Sole24 ore 29 luglio 2012
- (2011) Ruffert M., *The european debt crisis and european union law*, in *Common market law review*, 2011 p. 1777 ss.
- (2012) Ruffolo G., Sylos Labini P., *Il film della crisi*, Einaudi, 2012
- (2012) Ruggeri A., *Crisi economica e crisi della Costituzione*, relazione conclusiva del Convegno di Lecce 14-15 settembre 2012, *La Costituzione alla prova della crisi finanziaria mondiale*, in Consulta on line, 2012
- (2000) Salazar C., *Dal riconoscimento alla garanzia dei diritti sociali*, G. Giappichelli editore
- (2011) Salazar C., *A Lisbon story: la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea da un tormentato passato...a un incerto presente?*, in gruppodipisa.it
- (2013) Salazar C., *Crisi economica e diritti fondamentali*, Relazione al XXVIII Convegno annuale dell'Associazione Italiana dei Costituzionalisti, in rivistaic.it, 4.
- (2013) Salvino T., *I controlimiti ai tempi della crisi finanziaria: note ai margini della sentenza portoghese relativa alle misure di austerità imposte dalla UE*, in diritticomparati.it
- (2008) Sciarra S., *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in *Lav. Dir.* 2 p. 245 ss.
- (2011) Schelkle W., *Reconfiguring welfare states in the post-industrial age: What role for trade unions?*, in *Journal of Industrial Relations*
- (2012) Schütze R., *An Introduction of European law*, Cambridge University Press
- (2011) Syrpis P., *Reconciling Economic Freedoms and Social Rights – The Potential of Commission v Germany*, in *Industrial Law Journal*, vol. 40, n. 2.
- (2011) Spadaro A., *Necessità di un nuovo "modello sociale europeo": più sobrio, solidale e sostenibile*, in Associazione dei Costituzionalisti, www.rivistaic.it, 4.
- (2013) Streeck W., *Tempo guadagnato. La crisi rinviata del capitalismo democratico*, Feltrinelli editore
- (2011) Supiot A., *Fragments d'une politique législative du travail*, in *Droit Social*, n. 12

(2012) Tesaro G., *Diritto dell'Unione europea* Cedam ed

(2010) Uriarte O.E., *La crisi finanziaria e il diritto del lavoro*, in *Lavoro e Diritto*

Forum di Quaderni Costituzionali



zionali