

I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale:
indifferenza, conflitto o integrazione?
(prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*

Bruno Caruso

1. I diritti sociali dalla dimensione nazionale allo spazio europeo.	39
2. La prospettiva di osservazione e l'atteggiamento dei giuslavoristi.	41
3. Verso una prospettiva di integrazione tra diritti sociali nazionali e europei. Alcuni punti di partenza.	46
4. Omologazione europea o identità nazionale dei diritti sociali?	48
5. Ordinamento europeo e diritti sociali. Lo sciopero e la libertà di azione collettiva nei casi Laval e Viking.	50
6. La identità sociale "bilanciata" dell'Europa. I principi sociali europei secondo la Corte di giustizia.	55
7. Il bilanciamento in concreto: argomentazioni e conclusioni nei casi Laval e Viking.	61
7.1. Il ricorso alla tecnica del bilanciamento.	61
7.2. L'applicazione della tecnica del bilanciamento.	63
7.2.1 Il test di idoneità (o adeguatezza) nel caso Laval e nel caso Viking.	63
7.2.2. Il test di Necessità nel caso Viking	65
7.2.3. Il test di proporzionalità in senso stretto nel caso Viking.	66
8. Laval e Viking: e dopo?	67

* Originariamente pubblicato come WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT – 61/2008

1. I diritti sociali dalla dimensione nazionale allo spazio europeo.

Quella che segue è una riflessione, ancora iniziale, su alcuni passaggi considerati cruciali sia per la dogmatica dei diritti sociali, sia per l'idea di ordinamento giuridico europeo che si va delineando tra gli studiosi. La prima riflessione è preliminare, e riguarda sia il metodo sia l'approccio alla tematica dei diritti sociali nello spazio costituzionale europeo.

La dimensione sovranazionale dei diritti sociali impone di confrontarsi, con riferimento al metodo comparato, con quel che si definisce *constitutional cross fertilization*²²⁴. Con tale espressione si intende il rapporto di reciproco condizionamento (*legal irritants*)²²⁵ delle regole giuridiche nazionali e sovranazionali che si realizza mediante un processo di osmosi tra ordinamenti nazionali e ordinamento europeo.

Tale meccanismo di interazione tra ordinamenti, diversi ma integrati, incomincia a riguardare non solo settori parziali dell'esperienza giuridica, ma anche le stesse strutture costituzionali e, precisamente, la parte di esse riguardante i diritti sociali fondamentali. Oggetto di cambiamento nella contaminazione con la dimensione sovranazionale è, dunque, il sistema nervoso centrale degli ordinamenti giuridici nazionali²²⁶ e, non soltanto quindi, le nervature periferiche (i sistemi di regolazione parziali).

Che poi una tale percezione di cambiamento possa essere occultata o rimossa, più o meno consapevolmente, è un altro discorso su cui non ci si sofferma in questo saggio.

Ci si limiterà, infatti, ad una riflessione, suffragata solo da alcuni esempi, su come la chimica dei diritti sociali, nello spazio sociale allargato, sia destinata a mutare rispetto alla sostanza già "sintetizzata" nello spazio interno.

Fuor di metafora, si sostiene che i diritti sociali, collocati fuori dai confini nazionali, meritino di essere riconsiderati nel loro contenuto - sostanziale e/o procedurale che sia²²⁷ - ma anche negli strumenti a disposizione per la loro esigibilità e giustiziabilità.

Si sostiene, infatti, che la contaminazione tra tradizioni costituzionali nazionali e ordinamento sovranazionale finisca, inevitabilmente, per produrre processi di riposizionamento anche del

²²⁴ Sia consentito rinviare a B. CARUSO, *Changes in the workplace and the Dialogue of Labor Scholars in the "Global Village"*, in B. Aaron - K.V. W. Stone (a cura di), *Rethinking Comparative Labor Law*, Vandeplass Publishing, 2007; ID., I CAMBIAMENTI NEI LUOGHI DI LAVORO E IL DIALOGO TRA GIUSLAVORISTI NEL "VILLAGGIO GLOBALE", in L. MONTUSCHI (A CURA DI), *UN DIRITTO IN EVOLUZIONE. STUDI IN ONORE DI YASUO SUWA*, GIUFFRÈ, MILANO, 2007, p. 3 ss.

²²⁵ Nella prospettiva propria di G. Teubner, *Legal Irritants: come l'unificazione del diritto dà luogo a nuove divergenze*, *Ars interpretandi*, v. 11, pp. 143-176. Il processo di condizionamento delle regole dell'ordinamento interno da parte delle istituzioni comunitarie e in, particolare, della Corte di giustizia dà luogo a fenomeni giuridici particolari, non ultimo la c.d. discriminazione all'inverso, che si produce quando un cittadino può subire una discriminazione in virtù delle proprie norme nazionali rispetto ad un cittadino di un altro stato membro che beneficia dell'applicazione di norme comunitarie, si v. B. Nascimbene, *Le discriminazioni all'inverso: Corte di giustizia e Corte Costituzionale a confronto*, *Dir. Un. Eur.*, 2007, 3, pp. 717- 733.

²²⁶ Quel che con una sintesi impropria possono essere considerate le strutture costituzionali.

²²⁷ Si rinvia alla analisi di C. Fabre, *Social rights under the Constitution. Government and the decent life*, 2000, Oxford University Press. Su cui A. J. Menéndez, *New Foundations for Social Rights. A deliberative democratic approach*, ARENA WP, 02/32. T. Novitz, *Are Social Rights Necessarily Collective Rights? A Critical Analysis of the Collective Complaints Protocol to the European Social Charter*, *EHRHLH*, 2002, 1, pp. 50-66.

modo in cui si è abituati a concepire, all'interno della tradizione giuridica e costituzionale nazionale, alcuni diritti sociali fondamentali: si pensi, solo per fare alcuni esempi oggi discussi, al diritto al lavoro e alla formazione²²⁸, al diritto di sciopero, al diritto di associazione e contrattazione collettiva, alla tutela contro il licenziamento.

La seconda parte di questo scritto è dedicata all'analisi di alcuni diritti sociali classici, in particolare, il diritto di sciopero e di azione collettiva osservati nella prospettiva di un ordinamento la cui dimensione giuridica può definirsi ad accentuato pluralismo, meglio - utilizzando un concetto più appropriato alla dimensione di tale ordinamento - di carattere multilivello.

Filo conduttore è l'idea - che non potrà essere sufficientemente avvalorata - che la dimensione sovranazionale possa rendere più densi o addirittura forgiare nuovi principi di rilevanza costituzionale con ricadute salienti, per via del conduttore giurisprudenziale, sugli ordinamenti nazionali: si fa riferimento a recenti arret della Corte di giustizia sul principio di uguaglianza²²⁹; ma pure alla possibilità di considerare un principio costituzionale di tutela contro il licenziamento che dalla dimensione sovranazionale, possa trasferirsi attraverso la tecnica dell'*incorporation* nella dimensione costituzionale nazionale²³⁰.

Tale influenza dell'ordinamento europeo sugli ordinamenti nazionali potrebbe essere registrata anche sul piano della tutela dei diritti sociali fondamentali attraverso un uso più diffuso di tecniche che hanno invece trovato scarsa fortuna nell'ordinamento interno: si pensi, per esempio, all'utilizzo della tecnica dell'abuso del diritto (art. 54 della Carta di Nizza)²³¹; ovvero, alla attuazione dei diritti sociali attraverso strumenti soft anziché hard (si fa riferimento alla recente evoluzione della regolazione europea sul diritto all'ambiente di lavoro salubre).

Questo processo di cambiamento si mostra con una certa evidenza soprattutto negli ordinamenti

²²⁸ Con riferimento al diritto alla formazione, cfr. B. Caruso, *Occupabilità, formazione e «capability» nei modelli giuridici di regolazione dei mercati del lavoro*, in *Giornale dir. lav. e rel. ind.*, 2007, p. 1; B. CARUSO-D. COMANDÈ, *La formazione e il "lavoro di qualità": la prospettiva europea*, in *Studi in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, 2008, di prossima pubblicazione. Sul diritto al lavoro, v. A. Alaimo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 60/2008.

²²⁹ Si veda, ad esempio, la oramai celeberrima sentenza della Corte di Giustizia, 22 novembre 2005, C-144/04, *Werner Mangold c. Rüdiger Helm*; e ancora Corte di Giustizia, 11 luglio 2006, C-13/05, *Sonia Chacón Navas c. Eurest Colectividades SA* e Corte di Giustizia 13 settembre 2007, C-307/05, *Yolanda Del Cerro Alonso c. Osakidetza-Servicio Vasco de Salud*. In tutte le sentenze citate, la Corte interpreta i divieti di discriminazione sanciti nel nuovo diritto antidiscriminatorio "come espressione di un principio generale di eguaglianza che è da considerare un principio generale del diritto comunitario"; in questi termini da ultimo M. Barbera, *Il nuovo diritto antidiscriminatorio: innovazione e continuità*, in M. Barbera (a cura di), *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, Giuffrè, 2007.

²³⁰ Sulla teoria della *incorporation* per quel che concerne i diritti fondamentali e l'utilizzo che ne ha fatto la Corte di Giustizia si v. M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, Il Mulino, 2007, p. 53; per quel che concerne la tutela contro il licenziamento nella dimensione europea di recente L. Calcaterra, *Diritto al lavoro e diritto alla tutela contro il licenziamento ingiustificato. Carta di Nizza e costituzione italiana a confronto*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT - 58/2008; M.V. Ballestrero (a cura di), *La stabilità come valore e come problema*, Giappichelli, 2007.

²³¹ In Italia la tecnica dell'abuso del diritto è stata utilizzata soprattutto nel diritto civile, meno nel diritto costituzionale anche per l'assenza di una esplicita disposizione esistente invece in altri ordinamenti costituzionali, per esempio quello tedesco (art. 18) o quello greco (art. 25.3). Si rinvia a R. Bifulco - A. Celotto, *Commento all'art. 54*, in R. Bifulco, M. Cartabia, A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, Il Mulino, 2001.

in cui i diritti sociali sono solennemente dichiarati in Costituzioni scritte²³²; ordinamenti costituzionali che si ispirano a tradizioni storico-giuridiche²³³ e prassi giurisprudenziali abbastanza simili, quanto ai principi di riferimento; ordinamenti ove operano Corti costituzionali che, sebbene con poteri diversi, sono aduse a trattare comunque la materia dei diritti sociali nella ordinaria attività di *constitutional review*.

Il che si colloca nell'ordine di una normale prevedibilità del processo in atto. Non manca tuttavia qualche segnale che indica come alcuni cambiamenti nello stesso segno siano registrabili, grazie alla giurisprudenza quasi federale e quasi costituzionale della Corte di giustizia²³⁴, anche in ordinamenti europei a diversa tradizione giuridica e privi di un sistema formale di *constitutional review*.

Tuttavia, è soprattutto negli ordinamenti del primo tipo che l'allargamento dello spazio costituzionale oltre quello nazionale pone il problema se tutto ciò produca fenomeni di inutile sovrapposizione tra diritti e tutele, di pericolosi conflitti o, invece, come si è più propensi a credere - essendo questa la tesi centrale dell'articolo - di utile integrazione delle diverse grammatiche dei diritti sociali²³⁵. Ciò attraverso una loro più accentuata circolazione che non implica, tuttavia, l'abbandono delle peculiarità nazionali (la logica multilivello)²³⁶.

Nel considerare le relazioni tra spazio giuridico nazionale e spazio europeo, per quel che concerne i diritti sociali, ci si confronterà, pertanto, con queste tre opposte diagnosi: indifferenza e/o ridondanza, conflitto, positiva integrazione.

2. La prospettiva di osservazione e l'atteggiamento dei giuslavoristi.

L'osservazione su come i diritti sociali cambiano nella dimensione sovranazionale non sarà collocata all'interno del quadro più sistematico costituito da una nuova concettualizzazione dei principi costituzionali dell'ordinamento europeo. Una simile prospettiva - come del resto suggerisce

²³² A. J. Menéndez, *New Foundations for Social Right*, op. loc. cit.

²³³ Sull'influenza delle tradizioni costituzionali nazionali sul processo costituzionale europeo si rinvia per tutti a M. Fioravanti – S. Mannoni, *Il «modello costituzionale» europeo: tradizioni e prospettive*, in G. Bonacchi (a cura di), *Una Costituzione senza Stato*, Il Mulino, 2001, pp. 23-70.

²³⁴ Si veda da ultimo S. Sciarra, *Norme imperative nazionali ed europee: le finalità del diritto del lavoro*, *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2006, 1, pp. 39 ss.

²³⁵ G. Silvestri, *Verso uno ius commune europeo dei diritti fondamentali*, in *Quad. cost.*, 2006, 1, p. 19 parla di relazioni che possono condurre ad un rafforzamento dei diritti fondamentali presenti nelle tradizioni costituzionali nazionali, ad una possibile specificazione o ad un risultato di affievolimento, propendendo, nel caso della Carta di Nizza, per l'ipotesi della specificazione. Nella medesima prospettiva di integrazione tra ordinamenti, A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, 2007,

www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/nuovi%20pdf/Paper/0008_ruggeri.pdf. Si v. pure A. Alaimo, *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti: un diritto "aperto" e "multilivello"*, cit. ed ivi ulteriori riferimenti sull'apertura di significato che le norme della costituzione nazionale sul diritto al lavoro e alla formazione possono ricevere dalla lettura coordinata con le norme della Carta di Nizza.

²³⁶ In tal senso pure F. Bano, *L'«Europa sociale» nel Trattato costituzionale*, *Riv. giur. lav.*, 2005, 4, p. 832 ma passim; S. Giubboni, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione Europea*, in *Quad. dir. lav. rel. ind.*, 27, 2004, p. 9 e ss.; Id. *Diritti sociali e mercato*, Il Mulino, 2003, p. 241 ss., ma passim.

la più accreditata dottrina costituzionalistica²³⁷ - sarebbe ormai legittima anche a prescindere dalla questione, che sembra a questo punto risolta, dell'efficacia giuridica della Carta di Nizza²³⁸.

In questo saggio si privilegia, invece, un approccio teleologico che, come è noto, caratterizza l'agire degli attori istituzionali più coinvolti nella costruzione dell'ordinamento europeo: la Commissione e la Corte di giustizia in primo luogo.

In una prospettiva, dunque, più pragmatica e funzionale, il discorso sullo spazio sovranazionale dei diritti sociali andrebbe introdotto a partire da alcune domande che si pongono nel seguente modo: esiste già un'autonoma piattaforma di diritti sociali di dimensione europea, distinta da quella nazionale, ed essa è funzionale al processo di integrazione?

Se la risposta fosse positiva, occorrerebbe allora logicamente domandarsi: tali diritti operanti nello spazio europeo, riproducono il contenuto di quelli già presenti nelle costituzioni nazionali o se ne differenziano? Detto altrimenti: si può parlare di un'autonoma struttura e di una autonoma funzione dei diritti sociali nello spazio costituzionale europeo?

E se la risposta alle precedenti domande fosse ancora positiva, se fosse superato il test - che non è di certo un *elephant test* -, occorrerebbe, allora, ulteriormente chiedersi se le tecniche di esigibilità e giustiziabilità dei diritti sociali nello spazio europeo rafforzino o indeboliscano, si sovrappongano inutilmente o integrino, quelle già a disposizione in ambito nazionale. Anche per le tecniche di tutela (l'esigibilità e la giustiziabilità) occorrerebbe operare un ulteriore test in relazione alle tre diverse diagnosi di indifferenza, conflitto o integrazione indicate.

Prima di cominciare a confrontarsi con quel che rappresenta più l'incipit di un programma ambizioso di ricerca che il contenuto necessariamente limitato di un saggio, occorre riservare una rapida osservazione all'atteggiamento dei giuristi, e in particolare dei giuslavoristi, con riguardo all'impatto della dimensione giuridica sovranazionale sui diritti sociali, storicamente costruiti a misura degli stati nazione e dei rispettivi sistemi di welfare.

Un primo atteggiamento può essere riferito all'approccio cosmopolita e universalista, riconducibile soprattutto, ma non solo, all'elaborazione e alla cultura giusinternazionalistica²³⁹; approccio

²³⁷ Si fa riferimento al saggio seminale di A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione Europea*, Federalismi.it, marzo 2005. Dello stesso autore, *Comunità di diritti fondamentali come meta dell'integrazione? I diritti fondamentali e la natura dell'Unione Europea*, *Dir. Pub.*, 2001, 3, p. 849 e s.; Id., *The European Union as a Human Rights organization? Human Rights and the core of the European Union*, in *Com. Market, Law Rev.*, 2000, 37, pp. 107-1338. Sul processo di costituzionalizzazione dell'Unione Europea A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti*, cit., p. 3 e ivi gli ulteriori riferimenti alla dottrina costituzionalistica italiana alla nota 8.

²³⁸ Ai sensi dell'articolo 1, punto 8, del Trattato di Lisbona, l'articolo 6, paragrafo 1, del Trattato sull'Unione europea sarà sostituito dal testo seguente: "L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni".

La Carta, nella versione approvata nel 2007, e le relative "spiegazioni" del Presidium aggiornate saranno pubblicate nella Gazzetta ufficiale dell'Unione europea.

²³⁹ A. Cassese, *I diritti umani oggi*, Laterza, 2005; P. Alston (a cura di) *Labour Rights as Human Rights*, Oxford University Press, 2005; B. Hepple, *Labour Laws and Global Trade*, Hart Publishing, 2005; T. Novitz, 'A Human Face' for the Union or More Cosmetic Surgery? *EU Competence in Global Social Governance and Promotion of Core Labour Standards*, *Maastricht Jour. Eur. Compar. Law*, 2002, 3, pp. 231-262; S. Fredman, *Human Rights Transformed: Positive Duties and Positive Rights*, *Public Law*, 2006, pp. 498-520; A. Williams,

sicuramente dotato di grande fascino culturale e dignità scientifica, che ha ripreso slancio in questi anni sull'onda del fenomeno della c.d. globalizzazione giuridica²⁴⁰.

Si tratta di quelle posizioni che vedono nell'internazionalizzazione della cultura e della pratica dei diritti fondamentali, soprattutto dei diritti umani, attraverso la loro affermazione giudiziale da parte di corti internazionali e in un rinnovato attivismo di organizzazioni e agenzie internazionali ed europee di nuovo conio²⁴¹, l'unica possibile risposta alla rinnovata mercificazione del lavoro nell'economia globale. Tale strategia si indica sinteticamente come "tutela multilivello dei diritti"²⁴².

In questa prospettiva, la dinamica transnazionale dell'affermazione dei diritti, anche sociali, gioca o dovrebbe giocare un ruolo fondamentale nello spostare gli equilibri domestici a favore dei diritti. Le "piattaforme internazionali dei diritti fondamentali" e la giurisprudenza delle Corti internazionali, che su di esse si va sempre più consistentemente formando, sarebbero fattori determinanti sia per rafforzare l'interpretazione delle norme interne da parte della giurisprudenza delle corti domestiche, sia per condizionare, nel senso del rafforzamento dei diritti, gli indirizzi giurisprudenziali in situazioni di incertezza, sia, infine, per effettuare operazioni di bilanciamento in caso di possibile contrasto con diritti e libertà economiche o di altro tipo²⁴³.

Un secondo atteggiamento potrebbe essere considerato singolare, proprio perché proveniente da giuslavoristi impegnati, da sempre, nell'osservare, positivamente, l'evoluzione del diritto sociale europeo e favorevoli all'approfondimento del processo di integrazione politica e sociale tra gli stati membri. Si tratta di un atteggiamento, per altro, differenziato al suo interno, che ha in

EU Human Rights Policies, A Study in Irony, Oxford University Press, 2005. M. Zanichelli, *Il significato dei diritti fondamentali*, in M. Cartabia (a cura di) op. cit.

²⁴⁰ M. R. Ferrarese, *Diritto sconfinato*, Laterza, 2006; F. Galgano, *La globalizzazione nello specchio del diritto*, Il Mulino, 2005. S. Cassese, *Lo spazio giuridico globale*, Laterza, 2006. Si v. pure M. R. Ferrarese, *Il diritto orizzontale. L'ordinamento giuridico globale secondo Sabino Cassese*, in *Pol. Dir.*, 2007, 4, pp. 639 ss.

²⁴¹ Sulla Agenzia europea sui diritti fondamentali si rinvia ai saggi contenuti in P. Alston - O. De Schutter (edited by), *Monitoring fundamental rights in the EU, The Contribution of the Fundamental Rights Agency*, Hart Publishing, 2005.

²⁴² La letteratura sulla tutela multilivello dei diritti tende a diventare sconfinata: per la dottrina costituzionalistica italiana si v. A. Ruggeri, *Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali, attraverso le esperienze di normazione e dal punto di vista della teoria della Costituzione*, 2007, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/libertadiritti/ruggeri.html>; P. Bilancia, *Le nuove frontiere della tutela multilivello dei diritti*, 2004,

<http://www.giuripol.unimi.it/persone/Curriculum/BILANCIA/Le%20nuove%20frontiere%20della%20tutela%20multilivello%20dei%20diritti.pdf>; i saggi contenuti nel volume di P. Bilancia - E. De Marco (a cura di), *La tutela multilivello dei diritti*, Giuffrè, 2004. Per l'approccio lavoristico, G. Bronzini - V. Picone, *La Corte del Lussemburgo «scopre» la Carta di Nizza: verso una nuova stagione nella tutela «multilevel» dei diritti fondamentali?* *Riv. Crit. Dir. Lav.*, 2006, 4, p. 979 ss. Indispensabile poi la lettura dei contributi del maggiore teorico del costituzionalismo multilivello, I. Pernice, *Multilevel Constitutionalism and the Treaty of Amsterdam: European Constitution-making revisited*, *Com. Market Law Rev.*, 4, 1999, pp. 703-750; Id. *Multilevel constitutionalism in the European Union*, *Eur. Law Rev.*, 2002, 5, pp. 511-529; I. Pernice - F. Mayer, *La Costituzione integrata dell'Europa*, in V. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione nell'Unione Europea*, Laterza, 2003. Ulteriori riferimenti in A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti*, cit. p. 4 n. 11.

²⁴³ Su questa prospettiva è in corso una ricerca comparata coordinata da Julia Lopez con la partecipazione di chi scrive, M. Freedland e K. Stone. Si v. già J. Lopez, *Beyond the National Case: The Role of Transnational Labor Law in Shaping Domestic Regulation*, in B. Aaron - K.V. W. Stone (a cura di), *Rethinking Comparative Labor Law*, cit.

comune l'esito di ridimensionare fortemente la dimensione sociale e costituzionale dell'ordinamento europeo, con un inusitato rilancio della sindrome nazionalista²⁴⁴, per quel che concerne i diritti sociali.

È un atteggiamento non insensibile al "vento del nord" proveniente dalla Scandinavia, ove le vicende giudiziarie e ora i recenti arresti della Corte di giustizia sui casi Viking e Laval²⁴⁵ hanno destato concrete, e non più astratte, preoccupazioni circa l'incidenza di regole e principi dell'ordinamento europeo, concernenti le libertà economiche di stabilimento e di prestazione di servizi sulle regole interne dei sistemi di relazioni industriali e su alcuni diritti sociali fondamentali: le libertà di azione e organizzazione sindacale e lo stesso diritto di sciopero.

È un atteggiamento che condivide lo slogan sindacale dei manifestanti svedesi che sfilavano nel 2004 durante la gestione sindacale e giudiziaria del caso Laval, al grido "le leggi del lavoro svedesi in Svezia" e, si aggiunge, "per i lavoratori svedesi"²⁴⁶. È, per semplificare, la tesi di chi fa propria la posizione dei governi svedese e danese e degli stessi sindacati coinvolti nel giudizio, che davanti la Corte di giustizia, nella fase istruttoria, hanno sostenuto l'ipotesi dell'immunità dei sistemi sindacali nazionali dal diritto comunitario; ciò a norma dell'art. 137 § 5 del TCE che escluderebbe dalla competenza dell'Unione i tradizionali diritti sociali collettivi (sciopero e libertà associativa). Una posizione che imputa alle citate sentenze il carattere dell'invadenza e della prevaricazione della volontà degli stati membri²⁴⁷.

È una posizione difensiva rispetto all'integrazione sociale europea, tradizionale cavallo di battaglia di una parte almeno della sinistra giuslavoristica italiana, la quale scopre, quasi improvvisamente, che il diritto comunitario possiederebbe una originaria tara economicista che lo indurrebbe ad una irresistibile coazione a colonizzare i sistemi sociali nazionali²⁴⁸; nel momento in cui l'ordinamento europeo riconosce come libertà fondamentali (di rilievo costituzionale) la libera circolazione dei servizi e di stabilimento, esse finirebbero per porsi come indesiderati ospiti (se non addirittura "parassiti") comunitari nello spazio sociale e costituzionale nazionale; tali libertà si considerano, infatti, in grado di indebolire e snaturare non tanto le leggi del lavoro nazionali, ma addirittura la tradizione costituzionale e i diritti sociali degli stati più avanzati e la tradizione e la

²⁴⁴ Sulla sindrome nazionalista all'origine del rapporto tra dottrina giuslavoristica italiana e ordinamento europeo si rinvia a M. Barbera - B. Caruso *L'apporto della dottrina giuslavoristica italiana alle teorie sull'integrazione europea*, paper presentato al workshop European Legal Integration The New Italian Scholarship, University of Trento 11-12 December 2006.

²⁴⁵ Infra §§ 5 ss.

²⁴⁶ Così A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in *Lav. Dir.*, 2001, 1, p. 69; nella medesima posizione, anche se con argomentazioni diverse, U. Carabelli - V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso, nelle direttive sociali*, WPCSDLE M. D'Antona int. 35/2005; U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, dattiloscritto, 2008 (in corso di pubblicazione in *Giornale dir. lav. rel. ind.*, 2008); Id., *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione dei servizi nella CE*, in *Riv. Giur. Lav.*, I, p. 33 ss.; M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, *Lav. Dir.*, 2008 (di prossima pubblicazione); B. Venenziani, *La Corte di giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, 2008 in <http://www.cgil.it/giuridico/>; A. Supiot, *L'Europe gagnée par «l'économie communiste de marché»*, 2008, <http://www.cgil.it/giuridico/>

²⁴⁷ U. Carabelli, *Note critiche*, cit., p. 17.

²⁴⁸ Non a caso viene richiamato l'articolo seminale di G. Lyon Caen, *L'infiltration du Droit du travail par le Droit de la concurrence*, in *Droit Ouvrier*, 1992, p. 313 ss.

cultura giuridica nazionale “volontarista” delle relazioni sindacali²⁴⁹.

Siamo di fronte ad un'evidente diagnosi di conflitto tra spazio costituzionale nazionale e spazio sovranazionale, di cui si diceva prima.

È una posizione cui fanno da pendant anche letture iper-riduttive della Carta di Nizza secondo le quali essa, garantendo un contenuto minimo e rinviando, comunque, alle determinazioni concrete contenute nelle legislazioni degli stati nazionali, in nulla innoverebbe²⁵⁰. Si sostiene, di conseguenza che per evitare i danni ai tradizionali diritti sociali nazionali - che le libertà economiche, costituzionalizzate nell'ordinamento europeo produrrebbero - è sufficiente una lettura correttiva del diritto comunitario secondario; le disposizioni della Carta di Nizza sarebbero, infatti, sostanzialmente e formalmente inutili per bilanciare la costituzione economica dell'Unione.

È questa, invece, la diagnosi di indifferenza che si basa su un atteggiamento definibile di minimalismo costituzionale con riferimento alla evoluzione ordinamentale dell'UE.

La prospettiva dei diritti umani per certi versi, ma soprattutto la sindrome nazionalistica e il minimalismo costituzionale, con il riduzionismo interpretativo che vi è connesso, partono dal presupposto che c'è qualcosa di meglio del costituzionalismo europeo; qualcosa che ha il sapore se non di antico, di “novecento”: il costituzionalismo sociale fortificato a ridosso (e a difesa), dei confini nazionali.

Il limite comune di queste variegate posizioni consiste nel pensare alla costruzione europea in termini pan politici e, in fondo, di “decisione costituzionale”²⁵¹. Sono posizioni che trascurano che la costruzione europea, anche per il profilo costituzionale, si configura non come una decisione politica ma come un processo, ad alta dose di complessità, che non esclude ma sussume e internalizza le contraddizioni anche politiche; costruzione che risulta spesso sorprendente nella sua

²⁴⁹ Soprattutto la posizione di U. Carabelli op. loc. cit.; cenni pure in B. Veneziani, *La Corte di giustizia*, cit., p. 7 con riferimento al tradizionale rapporto tra legge e contratto nell'ordinamento interno. Si veda pure, in generale, una esplicita formulazione dell'ipotesi di conflitto tra ordinamento costituzionale nazionale e diritto comunitario in A. Somma, *Diritto comunitario e patrimonio costituzionale europeo: cronaca di un conflitto insanabile*, *Pol. Dir.*, 2004, 2, p. 263 e ss.; L. Favoureu, *I garanti dei diritti fondamentali europei*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e Costituzione*, cit., 254-255.

²⁵⁰ Posizione con lucidità espressa da A. Lo Faro – A. Andronico, *Metodo aperto di coordinamento e diritti fondamentali. Strumenti complementari o grammatiche differenti?*, *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2005, 108, p. 513 ss. Sulla medesima posizione di sostanziale indifferenza del riconoscimento dei diritti sociali in ambito europeo sull'assetto costituzionale interno anche G. Proia, *Lavoro e costituzione europea*, *Arg. Dir. Lav.* 2004, p. 526 che, tuttavia, ritiene, seguendo la posizione di Zagrebelsky, che la Carta possa funzionare non solo come test di accesso all'Unione di nuovi stati ma anche come standard di salvaguardia nei confronti di involuzioni interne all'Unione. Anche M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2006, 1, p. 908, con una posizione di indifferenza moderata, ritiene che il diritto del lavoro italiano non sembra ricevere particolari scossoni dal Trattato costituzionale. Si v. pure F. Carinci – A. Pizzoferrato, *Costituzione europea e diritti sociali fondamentali*, in *Lav. Dir.*, 2000, 2, pp. 281 ss.

²⁵¹ Su questa posizione teorica oltre a A. Somma, *Diritto comunitario*, cit., si v. M. Luciani, *Diritti sociali e integrazione europea*, in *Pol. Dir.*, 2000, 3, p. 367 ss.; C. De Flores, *Il fallimento della Costituzione europea*, 2008, <http://www.constituzionalismo.it/articolo.asp?id=272>; A. Cantaro, *Il diritto dimenticato. Il lavoro nella Costituzione europea*, Giappichelli, 2007; C. Jorge, *Cosa resta della Costituzione europea?* *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2005, pp. 35-73; G. Ferrara, *La Carta europea dei diritti. Da Weimar a Maastricht*, in *La rivista del Manifesto*, 2000, n. 10, 24 ss. Più sfumatamente, U. De Servio, *I diritti fondamentali europei, e i diritti costituzionali italiani*, in G. Zagrebelsky (a cura di), *Diritti e costituzione*, op. cit. Contrario a questa impostazione, G. Silvestri, *Verso uno ius commune*, op. cit.

eccentricità e nella serendipità degli esiti²⁵². Un processo che non segue né la logica né la cronologia del costituzionalismo monostatale, trattandosi di un ordinamento pluristatale, che va inteso, come ci dice A. Manzella, citando Rudolf Smend, come «ordinamento giuridico del processo di integrazione»²⁵³. Un ordinamento che, proprio perché si evolve rizomaticamente²⁵⁴, deve essere accompagnato interpretativamente, nella sua evoluzione, dalla giurisprudenza scientifica sulla base di principi che se radicati nelle tradizioni costituzionali, proprio perché relativi e non assoluti come i valori²⁵⁵, devono essere adattati al, e integrati nel, nuovo ordine costituzionale²⁵⁶. Del resto, pare condivisibile la prospettiva costituzionale che tende a circondare i diritti fondamentali (tra di essi anche il diritto di sciopero e di azione collettiva) di un'aurea di ragionevolezza: «un diritto fondamentale è “ragionevole” non quando il valore ad esso sotteso è del tutto “relativo” (pena la sua degradazione a semplice situazione tollerata dall'ordinamento)...né quando all'opposto ha pretesa di “assolutezza” (finendo col diventare schimittianamente tirannico...) ma solo quando esso mostra una natura squisitamente relazionale»²⁵⁷.

3. Verso una prospettiva di integrazione tra diritti sociali nazionali e europei. Alcuni punti di partenza.

Per cominciare a formulare alcune possibili risposte alle domande che si sono elencate nel precedente paragrafo, occorre partire da alcuni punti fermi.

Il primo si potrebbe porre nel seguente modo: la contaminazione tra spazio costituzionale sociale nazionale e sovranazionale non è più soltanto postulata o auspicabile, ma incomincia a lasciare tracce e segnali che vanno prontamente colti. Se la prospettiva di una lettura di destra per una critica da sinistra della evoluzione dei diritti sociali in Europa e del contenuto della Carta di Nizza

²⁵² A. Manzella *Dalla convenzione alla Costituzione*, Il Mulino, 2003; A. Manzella -P. Melograni - E. Paciotti - S. Rodotà, *Riscrivere i diritti in Europa*, Il Mulino, 2001 e ivi il saggio di S. Rodotà, *La Carta come atto politico e documento giuridico*, p. 67; G. Della Cananea, *L'Unione Europea. Un ordinamento composito*, Laterza, 2003, p. 112 ss.; S. Cassese, *La Costituzione europea: elogio della precarietà*, *Quad. Cost.*, 2002, 3, p. 469 ss.; C. Pinelli, *Il momento della scrittura*, Il Mulino, 2002.; A. Pizzorusso, *Il patrimonio costituzionale europeo*, Il Mulino, 2002; in una posizione intermedia E. W. Böckenförde, *Dove sta andando l'Europa?*, in *Id.*, *Diritto e secolarizzazione*, Laterza, 2007, specie p. 192, ma passim; e pure A. Barbera, *Esiste una Costituzione europea?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 654 ss.

²⁵³ A. Manzella, *Dalla convenzione alla Costituzione*, cit. p. 923 considera che la Costituzione europea “partecipa del fenomeno...di unione di Costituzioni che si comunicano reciprocamente legittimità, attraverso il diritto e attraverso canali differenziati ma interdipendenti con i popoli-popolo europeo”.

²⁵⁴ L'evoluzione dell'ordinamento europeo, come la radice erbacea rizomatica, si presenta allungata e ramificata: l'accostamento dell'ordinamento europeo al rizoma appare come un atto di fiducia in un momento non proprio felice dell'esperienza e dell'ideale europeo: il rizoma, proprio per la sua struttura, permette infatti il superamento delle condizioni climatiche sfavorevoli rigenerando nuove piante.

²⁵⁵ Sulla relatività dei principi contro l'assolutezza dei valori si rinvia a G. Zagrebelsky, *Il diritto mite*, Einaudi, 1992, p. 147 ss.; si veda inoltre, dello stesso autore, anche il bel volume/intervista, *La virtù del dubbio*, Laterza, 2007.

²⁵⁶ Fondamentale il saggio di M. Poyares Maduro, *The double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights of the European Union*, in T. K. Hervey – J. Kenner (a cura di), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights. A Legal Perspective*, Hart Publishing, 2003.

²⁵⁷ Così A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali. Lo sbocco obbligato: l'individuazione di doveri altrettanto fondamentali*, *Pol. Dir.*, 2006, 1, p. 172, che continua: «la ragionevolezza dei diritti fondamentali discende dal fatto che - pur rimanendo (in astratto) “assoluti” e “inviolabili” - essi devono rivelarsi (in concreto) “bilanciabili” e “negoziabili”. Dunque non esistono, o comunque non dovrebbero essere ammissibili, almeno in via ordinaria, diritti fondamentali che non siano intrinsecamente flessibili, moderati, equilibrati, passibili di ponderazione/bilanciamento. In una parola: relazionali e dunque ragionevoli».

appare strumentale - come lo fu a suo tempo per lo statuto dei lavoratori - altrettanto discutibile è l'atteggiamento di chi, desideroso di una certa evoluzione (il *wishful thinking*), legge nei dati ciò che vuole leggere e non ciò che vi è scritto realmente²⁵⁸.

Pare più opportuno sforzarsi di interpretare, quanto più obiettivamente possibile, il processo di evoluzione in atto.

Chi studia l'evoluzione dell'ordinamento europeo fuori dai due opposti pregiudizi sopra rilevati, ci dice che le strutture costituzionali nazionali non possono che interagire con la struttura costituzionale europea in formazione, ma che tutto ciò avverrà secondo itinerari e con effetti oggi non del tutto prevedibili, essendo il processo non retto da una logica causale lineare²⁵⁹. E, aggiunge, che tutto ciò implica la necessità, se non l'urgenza, di lavorare ad una nuova e originale teoria costituzionale dell'ordinamento europeo²⁶⁰.

Tale costruzione teorica non è affare riservato alla dottrina costituzionalistica, ma un ruolo determinante vi avranno, ognuno per la propria parte, i cultori di altre discipline. Si può aggiungere che i giuslavoristi avranno particolari responsabilità essendo in qualche modo co-custodi dei principi, dei compiti e degli obiettivi sociali dell'Unione, ormai fissati in articoli-clausole generali di apertura del nuovo Trattato che vanno adeguatamente intese come disposizioni di riferimento nell'attività di interpretazione del diritto secondario²⁶¹. In primo luogo, il principio - che assurge, già nelle costituzioni interne, a principio costituzionale supremo - del rispetto della dignità umana e che ha come pendant il riconoscimento che l'Unione «pone la persona al centro della azione...» (punto due del preambolo della Carta di Nizza, art. 1 della Carta)²⁶². Ma pure il riferimento ai principi di libertà, uguaglianza, solidarietà e non discriminazione.

²⁵⁸ Si v. la nota critica a Corte d'Appello Roma, 11 aprile 2002 (ordinanza), di R. Calvano, *La Corte d'appello di Roma applica la Carta dei diritti Ue. Diritto pretorio o Ius Commune europeo?*, in *Giurisprudenza italiana*, 2002, fasc. 12, pp. 2238 ss.; per una messa a punto del valore giuridico della Carta di Nizza e del suo impatto sui diritti sociali costituzionali si rinvia a B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in S. Sciarra - B. Caruso (a cura di), *Il lavoro dipendente*, Giappichelli, 2008 (di prossima pubblicazione), vol. V del Trattato di Diritto privato dell'Unione Europea, diretto da G. Ajani e G. Benacchio.

²⁵⁹ C. Pinelli, *Gerarchia delle fonti comunitarie e principi di sussidiarietà e proporzionalità*, *Dir. Un. Eur.*, 1999, 4, p. 725 ss.

²⁶⁰ A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione Europea*, op. cit.; E. W. Böckenförde, *Dove sta andando l'Europa?*, op. cit., p. 192; A. Ruggeri, *Riconoscimento e tutela "multilivello" dei diritti fondamentali*, op. cit.; Id., *Quale costituzione per l'Europa?*, *Dir. Pubbl. Comp. Eur.*, 2004, 1, p. 150 ss.; Id. *Carte internazionali dei diritti, Costituzione europea, Costituzione nazionale: prospettive di ricomposizione delle fonti in sistema*, cit.

²⁶¹ Sull'importanza delle clausole generali di apertura del nuovo Trattato si sofferma C. Pinelli, *Diritti fondamentali e riassetto istituzionale dell'Unione*, *Dir. Pubbl.*, 2003, 3, p. 820 che così convincentemente sintetizza il passaggio da Amsterdam al nuovo Trattato (passando per le convenzioni): la novità consiste «nel fatto che nei trattati vigenti, anche nell'aggiornata formulazione di Amsterdam, gli obiettivi costituiscono l'autentico orizzonte dell'azione della Comunità e dell'Unione, e i principi fungono più da limiti di rispetto di tale azione che da riferimenti destinati a orientarla, mentre secondo il progetto di trattato costituzionale (*oggi del nuovo trattato sul punto non modificato* n.d.a.) i principi, di cui gli obiettivi costituiscono solo un'opportuna specificazione, costituiscono un impegno e una guida costante per le istituzioni europee e per i loro interventi. Si è così voluto passare da un sistema di matrice funzionalistica a un ordinamento assimilabile sul punto agli ordinamenti costituzionali degli Stati membri».

²⁶² Sulla dignità umana non solo come valore, ma come diritto in grado di condizionare anche le libertà economiche, nella evoluzione della giurisprudenza comunitaria (in particolare i casi *Omega* e *Schmidberger* infra § 5 ss.) si veda ampiamente A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, *Riv. Dir. Inter.*, 2006, 3, pp. 644- 692; G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa. Integrazione europea, diritti fondamentali e ragionamento giuridico*, in I. Trujillo-F. Viola (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, Il Mulino, 2007; A. Spadaro, *Dall'indisponibilità (tirannia) alla ragionevolezza (bilanciamento) dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 170 e nota 6.

Il che non impedisce di constatare che la costruzione di una teoria costituzionale dell'ordinamento europeo, per la dimensione specifica dei diritti sociali, è compito scientificamente e giuridicamente delicato e che molto dovrà essere fatto per coordinare le disposizioni sociali inserite nella Carta di Nizza con quelle contenute in altri documenti²⁶³.

E ancor più arduo è il compito di mettere in comunicazione, con adeguate aperture di significato e operazioni interpretative, la configurazione dei diritti sociali nella Carta di Nizza, nella lettura "adequatrice" e di bilanciamento con le disposizioni dei trattati sulle libertà economiche che incomincia a darne la Corte di giustizia (*infra* § 5 ss).

Nei prossimi anni si tratterà, infatti, di mettere a punto l'assetto (o il modello) sociale comunitario che verrà fuori da questa fase di cambiamento che dovrebbe avere il suo esito nella trasformazione della Carta di Nizza da documento politico in documento dotato di efficacia giuridica costituzionale, attraverso la ratifica del nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione, che la richiama.

Il secondo punto fermo da cui partire, per rispondere alle domande precedentemente formulate, può essere posto nei seguenti termini.

Per iniziare a definire una teoria e una pratica dei diritti sociali che tenga conto dell'integrazione europea, bisognerà avere la forza di astenersi sia dall'asserire, sia dal negare la "coesistenza pacifica" tra principi sociali e principi del libero mercato: che è quel che, invece, viene più facile ai giuslavoristi, propensi come sono a prospettive assiologiche assorbenti altri tipi di considerazioni.

Ben più gravoso, anche se apparentemente più modesto, è il compito di cercare di accompagnare la co-evoluzione - non il semplice bilanciamento - vale dire il cambiamento, reciprocamente indotto, tra regolazione dei diritti sociali e regolazione della libertà di circolazione e della libertà di concorrenza nello spazio europeo secondo indicazioni e segnali che provengono dalla Corte di giustizia²⁶⁴.

4. Omologazione europea o identità nazionale dei diritti sociali?

Cosa si obietta a questo ultimo auspicabile processo, dal punto di vista della teoria costituzionale dei diritti fondamentali? Si obietta che la grammatica dei diritti in generale, e dei diritti sociali in particolare, affidata all'interpretazione omologante della Corte di giustizia europea possa portare,

²⁶³ La Carta dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989 e la Carta sociale europea del 1961, ma anche altre piattaforme internazionali dei diritti, in primo luogo la CEDU e le disposizioni dell'OIL. Insiste su questo giustamente S. Sciarra, *Il lavoro a tempo determinato nella giurisprudenza della Corte di giustizia europea. Un tassello nella 'modernizzazione' del diritto del lavoro*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona" .INT – 52/2007; si v. pure A. Alaimo *Il diritto al lavoro fra Costituzione nazionale e Carte europee dei diritti*, *op. cit.*

²⁶⁴ Si vedano, *ex aliis*, la sentenza della Corte di Giustizia, 23 novembre 1989, C-145/88, *Torfaen Borough Council c. B&Q*, capostipite del filone dei c.d. *Sunday trading cases* riguardanti l'interpretazione dell'art. 28 TCE; e anche le sentenze di condanna degli Stati membri riguardanti normative che prevedevano aiuti di stato vietati dall'art. 87 TCE, tra cui Corte di Giustizia, 7 marzo 2002, C-310/99, *Commissione c. Repubblica italiana* sulla legislazione nazionale di agevolazione dei contratti di formazione e lavoro; in dottrina, da ultimo, cfr. G. Ricci – L. Di Via, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, il Mulino, 2007, pp. 39 ss.

nel tempo, ad un impoverimento se non della loro funzione, delle loro specifiche identità nazionali²⁶⁵; e, perché no, ad una riduzione della intensità di tutela che essi svolgono nei rispettivi ordinamenti in virtù anche del contributo delle Corti costituzionali; si pensi per esempio allo storico contributo della giurisprudenza della Corte Costituzionale nella costruzione dello sciopero come diritto assoluto di libertà della persona, a titolarità individuale, in Italia.

I segnali provenienti dai recenti casi risolti dalla Corte di giustizia (*infra* § 5 ss), non del tutto tranquillizzanti per i diritti sociali storici (il diritto di sciopero e di azione collettiva), sembrerebbero confermare le preoccupazioni di chi ritiene che i diritti sociali nazionali (la ricchezza della loro tradizione) avrebbero tutto da perdere nella contaminazione con la dimensione sovranazionale degli stessi (l'ipotesi del conflitto)²⁶⁶.

Ne deriverebbe, altresì, il paventato rischio di una perdita di ruolo e di prestigio delle stesse Corti costituzionali deputate ad interpretarli ed affermarli nello spazio nazionale. A tale ultima preoccupazione segue l'auspicio di un dialogo diretto e più intenso tra la Corte Costituzionale e la Corte di giustizia proprio a partire, per quel che riguarda l'Italia, da un *revirement* della posizione della prima che, come sostenuto a partire dalla sentenza *Granital*²⁶⁷, rifiuta di considerarsi autorità giurisdizionale di ultima istanza per sollevare le questioni di pregiudizialità comunitaria ex art. 234 TCE, così negando la possibilità di un suo dialogo diretto ed esplicito con la Corte di giustizia²⁶⁸. Si postula, dunque, il dialogo diretto tra le alti corti, controllabile dalla pubblica opinione e dalla comunità scientifica, come strumento per garantire una integrazione non coloniale tra diritti e principi costituzionali nazionali e europei²⁶⁹.

Tale posizione è condivisibile nei suoi rilievi di fondo, ma merita una precisazione. Proprio perché è vero che il fenomeno comunitario è talmente complesso e innovativo «per cercare di ricondurlo a categorie tradizionali dei rapporti tra Stati come il dualismo o, anche, lo stesso monismo»²⁷⁰, pare dubbio che si possano considerare, come sembra invece sostenere la citata dottrina, le strutture costituzionali nazionali ed europee, e le relative identità, in chiave sostanzialmente dualista e di separazione.

A tale posizione sembra, invece, sfuggire l'elemento di contaminazione e di osmosi giuridica in atto attraverso quello che si è definito, nel paragrafo di apertura, il metodo della *constitutional cross fertilization*.

²⁶⁵ È l'obiezione di M. Cartabia, *L'ora dei diritti fondamentali*, op. cit., p. 57 ss.; sostanzialmente sulla medesima posizione, con riferimento agli articoli 39 e 40 della Costituzione, gli autori citati alla nota 23.

²⁶⁶ "Non ci si può nascondere che [...] l'applicazione nel nostro paese della giurisprudenza della Corte di giustizia potrebbe entrare in contrasto con la norma costituzionale in materia di sciopero (art. 40 cost.);" in questi termini U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia*, cit., p. 16.

²⁶⁷ Si tratta della sentenza della Corte Costituzionale del 8 giugno 1984, n. 170; rel. La Pergola.

²⁶⁸ M. Cartabia op. loc. cit.; sul dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale a proposito della teoria dei contro limiti si rinvia tra i tanti a R. Cheppa, *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte Costituzionale*, *Dir. Un. Eur.*, 2007, 3, pp. 493-511; A. Pace, *Granital, ventitré anni dopo*, <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/dottrina/ordinamentieuropei/La%20sentenza%20Granital,%2023%20anni%20do-poll.pdf> 2007; M. Cartabia - A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giur.cost.*, 2002, pp. 4502 ss.; F. Salmoni, *La Corte costituzionale e la Corte di giustizia delle Comunità Europee*, in *Dir. Pubbl.*, 2002, 2, pp. 491-563. R. Calvano, *La Corte di giustizia e la Costituzione europea*, Cedam 2004, p. 266 ss.

²⁶⁹ In particolare M. Cartabia, op. cit., p. 57 ss.

²⁷⁰ A. Celotto, *Ancora un'occasione perduta per mettere chiarezza sulle interferenze tra giudizio di costituzionalità e giudizio di "comunitarietà"*, in *Giur. cost.* 2004, p. 1732.

A conferma dell'assunto, si possono portare alcuni esempi che dimostrano come la relazione tra dimensione sovranazionale dei diritti sociali e loro identità nazionali, non vada probabilmente intesa come di mera coesistenza, che presuppone identità diverse che, nell'incontro, si mantengano tali; ma neppure come fusione e annullamento, termini che presuppongono che la identità più forte o territorialmente più ampia domini, assorba e alla fine distrugga la più debole. Si è propensi a considerare che tali diversificate identità, come nelle relazioni di amore maturo, nell'incontro non rimangano indifferenti, né si fondano o si annullino, ma cambino insieme pur rimanendo ognuna diversa.

La libertà di azione sindacale, per esempio, si è tradizionalmente esplicitata all'interno dei confini nazionali, presentandosi l'ipotesi del conflitto transnazionale, residuale; la globalizzazione e soprattutto l'integrazione dei mercati in Europa, rendono oggi, se non fisiologico, sicuramente più realistico l'utilizzo delle libertà economiche come strumento di elusione di vincoli sociali nazionali (il dumping sociale)²⁷¹; il che finisce per generare inedite forme di conflitto di dimensione transnazionale su cui inizia ad essere chiamata a giudicare la Corte di giustizia in funzione latamente arbitrale e di bilanciamento di principi.

5. Ordinamento europeo e diritti sociali. Lo sciopero e la libertà di azione collettiva nei casi Laval e Viking.

I casi Laval²⁷² e Viking²⁷³, decisi dalla Corte di giustizia e anticipati dalle già problematiche conclusioni degli avvocati generali²⁷⁴, costituiscono l'esempio più eclatante di come la grammatica nazionale dei diritti sociali - concernente anche diritti tra i più sacri e onusti di tradizione, come lo sciopero anche nella forma dello sciopero di solidarietà, l'azione collettiva di protesta - entri in comunicazione con la grammatica di un ordinamento diverso, quello sovranazionale, e di quali

²⁷¹ Si veda la recente sentenza della Corte di Giustizia, 3 aprile 2008, C- 346/06, *Rüffert* su cui il duro commento di L. Patrino, *Il caso Rüffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella 'via giudiziaria' al dumping sociale*, 2008, <http://www.costituzionalismo.it/articolo.asp?id=273>.

²⁷² Corte di Giustizia, 18 dicembre 2007, C- 341/05, *Laval*.

²⁷³ Corte di Giustizia, 11 dicembre 2007, C- 438/05, *Viking*.

²⁷⁴ Cfr. le Conclusioni degli Avvocati Generali Mengozzi per *Laval* e Poiras Maduro per *Viking*, entrambe del 23 maggio 2007. Già ancor prima delle sentenze è stata ampia l'attenzione della dottrina a dimostrazione dell'importanza della posta in gioco soprattutto con riferimento ai principi coinvolti, piuttosto che a reali interessi. T. Boeri e F. Coricelli, *Europa: più grande o più unita?*, Laterza, 2003, nella fase di adesione dei PECO, consideravano «del tutto improbabile che i flussi di commercio e gli investimenti diretti associati all'allargamento possano influire in modo significativo su salari e occupazione negli attuali membri dell'UE. Alcuni effetti su salari e occupazione potranno essere percepiti a livello locale, nelle regioni ricche ai confini con i PECO, e limitatamente ai lavoratori con bassi livelli e specifici settori», p. 59. Si v. pure F. E. Caroleo - F. Pastore, *Verso una nuova geografia regionale dell'Europa: gli effetti dell'allargamento dell'Unione Europea sul mercato del lavoro*, in *Rass. Dir. Pubbl. Eur.*, 2006, pp. 201 ss. I casi *Laval*, *Viking* e *Rüffert* sembrano confermare tali analisi. Prima delle sentenze si erano già occupati dei casi *Laval* e *Viking* - soprattutto a ridosso delle articolate opinioni degli avvocati generali Mengozzi e Poiras Maduro - oltre agli autori citati alla nota 23 (in particolare lo scritto di Lo Faro) anche T. Blanke, *The Viking case*, *Transfer* 2006, 2, p. 251 ss.; Id. *Observations on the Opinions of Advocates General Maduro and Mengozzi delivered on 23 May 2007 in the Viking1 and Laval cases*, *Transfer*, 2007, 3, p. 497 ss.; B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, *Eur. Law Jour.*, 2007, 3 pp. 279-308. G. Bronzini - V. Picone, *Diritto di sciopero e libertà di circolazione nelle recenti conclusioni degli Avvocati Generali*, *Rivista critica dir. lav.*, 2007, 3, p. 619 ss.; R. Eklund, *The Laval Case*, *Ind. Law Jour.*, 2006, 2, p. 202 ss. B. Veneziani, *La Costituzione europea, il diritto del lavoro e le icone della solidarietà*, in G. Ferrara- M. Pallini- B. Veneziani, *Costituzione europea: quale futuro?*, Ediesse, 2006, p. 9, ss.; K. Ahlberg - N. Bruun - J. Malmberg, *The Vaxholm case from a Swedish and European perspective*, *Transfer*, 2006, pp. 155-166; P. Zampini, *Il caso Laval : la libera circolazione dei servizi di fronte a nuove incognite*, *Europa e diritto*, 2007, 1, 13; M. Pallini, *Il caso Laval-Vaxholm: Il diritto comunitario ha già la sua Bolkestein?*, *Riv. It. Dir. Lav.* 2006, II, p. 240 ss.

possano essere gli effetti di tale commistione.

Nelle sentenze, sull'abbrivio di articolate argomentazioni degli avvocati generali Poiares Maduro e Mengozzi, viene esplicitamente accantonata ogni ipotesi di non interferenza tra sistema di diritti sociali nazionali e ordinamento europeo, con particolare riferimento alle libertà economiche fondamentali di circolazione; in particolare le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi, garantite dagli art. 43 e 49 TCE, di cui si afferma l'efficacia orizzontale nei confronti anche di atti privati di natura collettiva posti in essere dalle organizzazioni sindacali²⁷⁵; quest'ultimi, come è noto, costituiscono, invece, nella diversa prospettiva teorica dell'ordinamento sindacale, atti autonomi di esercizio del potere di autotutela, però, costituzionalmente legittimati e riconosciuti, in tutti gli ordinamenti statali a costituzione rigida, alla stregua di diritti sociali fondamentali nominati: diritto di sciopero e di esercizio della libera attività sindacale anche di natura negoziale.

Le sentenze non si fermano a sancire questa già rilevante interferenza nel caso concreto; esse si spingono a rigettare ogni ipotesi di relazione di indifferenza tra i diritti sociali nazionali e le modalità in cui i medesimi diritti (di sciopero e di azione collettiva) vengono riconosciuti e operano nell'ordinamento sovranazionale. Ciò nella misura in cui i giudici europei rigettano la lettura immunitaria dei principi e delle regole dei sistemi sindacali nazionali rispetto alle regole e ai principi dell'ordinamento europeo²⁷⁶. Tale tesi è sostenuta nelle due sentenze in virtù di una lettura sistematica e non letterale dell'art. 137 § 5 del TCE che conduce a ritenere prevalenti i principi di diritto comunitario sulla formale ripartizione delle competenze²⁷⁷.

Viene, pertanto, ribadito l'importante assunto, ben altrimenti accolto dalla dottrina giuslavorista

²⁷⁵ Sull'efficacia orizzontale delle norme sulle libertà economiche concordano, con sfumature argomentative diverse ma convergenti, sia le opinioni degli avvocati generali, con stile molto colloquiale (ampi gli argomenti di Poiares Maduro in Viking punti 31-54; e pure di Mengozzi in Laval, punti 137 ss, con un esplicito e originale riferimento alla specificità del caso relativo a atti privati di natura sindacale rispetto ai precedenti trattati dalla Corte p. 158), sia le sentenze ma con argomenti molto più stringati e assertivi: Laval punto 98-99; Viking punti 32-38. Il diverso stile dell'argomentazione degli avvocati generali rispetto alla Corte è riconducibile alla percezione della funzione federale, da parte della Corte, di *constitutional adjudication*; per cui l'uso di uno stile neutrale e assertivo, molto più simile a quello della Corte di Cassazione francese, piuttosto che di uno stile più persuasivo (che riflette pure il sistema della *dissenting opinion* e la minore autopercezione come Corte costituzionale) della Corte suprema americana. Su questo ampiamente v. M. Rosenfeld, *Comparing constitutional review by the European Court of Justice and the U.S. Supreme Court*, *International Journal of Constitutional Law*, 2006, p. 9. Sullo stile e ruolo costituzionale della Corte suprema americana pure S. M. Griffin, *Il costituzionalismo americano*, Il Mulino, 2003, p. 221 ss.

²⁷⁶ Viking punti 39-42; Laval punti 88-89. L'ipotesi immunitaria era stata invece sostenuta fortemente in corso di causa sia dai governi finlandese e svedese, ma anche da altri, sia dai sindacati: ampi ragguagli in B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union*, op. cit.

²⁷⁷ Laval punto 87: "È sufficiente in proposito ricordare che, se è vero che, nei settori che non rientrano nella competenza comunitaria, gli Stati membri restano in linea di principio liberi di fissare le condizioni di esistenza dei diritti in questione e le modalità di esercizio degli stessi, rimane tuttavia il fatto che, nell'esercizio di tale competenza, detti Stati sono comunque obbligati a rispettare il diritto comunitario". Laval punto 88: "Pertanto, il fatto che l'art. 137 CE non si applichi né al diritto di sciopero né a quello di serrata non fa sì che un'azione collettiva come quella in esame nella causa principale sia esclusa dal settore della libera prestazione dei servizi". In termini pressoché analoghi Viking punti 40 e 41. Ampiamente critico, sulla base di una diversa interpretazione esegetica dell'art. 137 § 5 U. Carabelli *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia*, cit.; tale lettura induce l'autore a valorizzare le prerogative statali e costituzionali in materia di diritti sociali collettivi (il patriottismo costituzionale), inducendolo a devalorizzare il riconoscimento nell'ordinamento europeo che ne fa la Corte. B. Veneziani, *La Corte di giustizia*, cit., invece, mette in dovuto rilievo tale riconoscimento ma finisce per considerarlo un dono dei Danai.

nel caso *Del Cerro Alonso*²⁷⁸, che i principi fondamentali dell'ordinamento europeo²⁷⁹, non possono soffrire le limitazioni politiche delle competenze fissate nei trattati e si espandono, a partire da singoli casi, fino a determinare l'assetto, per natura mobile, delle competenze e gli spazi di intervento della Corte stessa. I principi dell'ordinamento europeo come leva, dunque, per scardinare l'assetto rigido delle competenze.

Si tratta di un metodo ormai classico di integrazione attraverso il diritto cui la Corte di giustizia ci ha abituati, in particolare, il diritto prodotto dal dialogo tra le corti; metodo che si può legittimamente condividere o non condividere, a seconda dell'idea che ognuno si è fatta dell'integrazione europea; quel che pare sbagliato è dividerlo o non dividerlo a giorni alterni, o caso per caso, a seconda degli assetti degli interessi che, di volta in volta, ne viene fuori: in questo caso si tratterebbe non di legittima condivisione del metodo della "giurisprudenza degli interessi" ma di quel che Massimo D'Antona indicava come opportunismo metodologico²⁸⁰.

Tale visione interventista, condivisa dalle due sentenze e dalle opinioni degli avvocati generali, produce dispositivi che, in questo caso, danno torto ai sindacati che rivendicavano, per la copertura alle loro azioni collettive, norme legali e convenzionali nazionali, appartenenti a sistemi sindacali maturi e regole endosindacali di comportamento nei conflitti transnazionali; e ragione alle aziende (una lettone, l'altra finlandese) che rivendicavano, invece, sostanzialmente la libertà di sfuggire ai più pesanti vincoli economici e sindacali delle democrazie sociali scandinave rispetto a quelli dei paesi di nuova adesione (i c.d. PECO).

I diritti di azione collettiva, e sostanzialmente il principio di autonomia sindacale - che nel diritto di sciopero si esplica nella libera scelta del fine e dei mezzi dell'azione di autotutela - verrebbero, dunque, fortemente condizionati dal rispetto, imposto dalla Corte di giustizia, delle libertà economiche; esse, nella lettura che si attribuisce alla Corte di giustizia, sarebbero considerate valori, prima ancora che principi, assiologicamente prevalenti nell'ordinamento europeo, con l'effetto di assolutizzare quest'ultime, subordinandovi i primi che da valori assoluti, nell'ordinamento nazionale, finirebbero per essere degradati a principi relativi.

I casi *Laval* e *Viking*, secondo questa lettura orientata, riporterebbero l'asse del bilanciamento, almeno per i diritti sociali, indietro fino al 1970 (*Internationale Handelsgesellschaft*²⁸¹), epoca in

²⁷⁸ Vale rilevare che la Corte ha posto in essere la medesima operazione di allargamento delle competenze comunitarie, con una interpretazione restrittiva dell'art. 137 § 5, ancorché di segno sociale invertito rispetto ai due casi in esame, per la materia della retribuzione (pur essa esclusa) nel caso *Del Cerro Alonso*, cit., dove ha riconosciuto il diritto alla parità di trattamento retributivo con riferimento al riconoscimento degli scatti di anzianità anche riferiti alla fase del contratto di lavoro a termine. Cfr. in argomento la nota alla sentenza di L. Zappalà, *La parità retributiva dei lavoratori flessibili nell'ordinamento comunitario*, Riv. it. dir. lav. 2008, 2 (di prossima pubblicazione).

²⁷⁹ Sui principi fondamentali dell'ordinamento europeo oltre a A. Von Bogdandy, *I principi costituzionali dell'Unione Europea*, cit., cfr. P. Mengozzi, *Les principes fondamentaux du droit communautaire et le droit des Etats membres*, Rev. Droit Un. Europ., 2002, 3, p. 435 ss.; K. Lenaerts, "In the Union we Trust": Trust-Enhancing Principles of Community Law, in *Com. Mar. Law Rev.*, 2004, 41, pp. 317-343. F. Toriello, *I principi generali del diritto comunitario*, Giuffrè, 2000, specie capp. I e V.

²⁸⁰ M. D'Antona, *L'anomalia post-positivista nel diritto del lavoro e la questione del metodo*, in Riv. crit. dir. priv., 1990, pp. 207-228, ora in B. Caruso – S. Sciarra (a cura di), *Massimo D'Antona. Opere*, Giuffrè, 2000, vol. I, pp. 60 ss.

²⁸¹ Sent. Corte di Giustizia, 17 dicembre 1970, C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft MbH C. Einfuhr- und Vorratsstelle fur Getreide und Futtermittel*; prima ancora Corte di Giustizia 4 febbraio 1959, C- 1/58, *Stork c. l'Alta Autorità della Comunità europea del Carbone e dell'Acciaio* e Corte di Giustizia, 1 aprile 1965, C- 40/64, *Sgarlata e altri c. Commissione della C.E.E.*

cui la Corte sosteneva che la salvaguardia dei diritti fondamentali andava garantita «entro l'ambito della struttura e delle finalità della Comunità»; tutto questo rappresenterebbe, (nella misura in cui si oblitera, *rectius*, si circoscrive, nella lettura correttiva proposta dall'avv. Poiães Maduro, *Albany*²⁸²) un evidente passo di gambero per i diritti sociali, rispetto alla storica evoluzione della giurisprudenza della Corte relativa ad altre tipologie di diritti a dimensione individuale (il diritto alle ferie nel caso *Bectu*, il diritto alla dignità della persona e alla libertà di manifestazione del pensiero e di riunione nei casi *Omega*²⁸³ e *Schmidberger*²⁸⁴ ma pure in *Karner*²⁸⁵ e *Swedish Matches*²⁸⁶) che si ritengono diversamente condizionabili le libertà economiche²⁸⁷.

Dalla composizione dei pezzi del mosaico della giurisprudenza della Corte di giustizia si confermerebbe, pertanto, una visione complessivamente individualista, se non mercantilista, dei diritti fondamentali con la costruzione di una gerarchia, effetto di un bilanciamento arbitrario, che darebbe luogo ad una piramide parzialmente capovolta rispetto agli ordinamenti nazionali e all'ordinamento italiano: al primo posto – ma non con assoluta certezza²⁸⁸ - i diritti e le libertà civili

²⁸² Il riferimento sistematico e argomentato al caso *Albany* (Corte di Giustizia, 21 settembre 1999, C- 67/96) è soprattutto nella opinione dell'avv. Poiães Maduro (punti 13 e 20 ma soprattutto 26- 27) in *Viking* (Mengozzi in Laval ne accenna soltanto incidentalmente ai punti 15 e 34); in Poiães vi è contestazione del richiamo analogico a tale sentenza effettuata dal sindacato finlandese e dalla Federazione internazionale. Tale richiamo serve a confermare, con forza, l'ipotesi dell'immunità della contrattazione collettiva dal diritto della concorrenza; ma tale richiamo apre la tesi che l'ipotesi immunitaria non possa applicarsi alle libertà di circolazione proprio in ragione della differenza tra l'ipotesi di conflitto tra diritti sociali collettivi e libertà di concorrenza (che aprirebbe una contraddizione nel Trattato) e quella invece tra diritti sociali e libertà di circolazione che non aprirebbe invece alcuna contraddizione perché "le stesse possono essere conciliate con obiettivi di politica sociale" (punto 27 infine). L'argomentazione di Poiães Maduro è sostanzialmente ripresa dalla sentenza *Viking* punti 48-43. *Albany* viene, invece, non a caso, ignorata in Laval la cui motivazione è molto più discutibile (v. infra § 7).

²⁸³ Corte di Giustizia, 14 ottobre 2004, C- 36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs-GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*. Si tratta di casi ampiamente citati dalle sentenze e dalle opinioni degli avvocati in Laval e *Viking*.

²⁸⁴ Corte di Giustizia, 12 giugno 2003, C- 112/00, C-112/00, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Austria* e i suoi precedenti: Corte di Giustizia, 26 giugno 1997, C-368/95, *Vereinigte Familienpress Zeitungsverlags- und vertriebs GmbH c. Heinrich Bauer Verlag*; Corte di Giustizia, 9 dicembre 1997, C- 265/95, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica francese*; Corte di Giustizia, 9 febbraio 1995, C-412/93, *Société d'importation Édouard Leclerc-Siplec c. TF1 Publicité SA e M6 Publicité SA*. Per una analisi di *Schmidberger* T. Tridimas, *The ECJ and the Draft Constitution: A Supreme Court for the Union?*, Federal Trust Constitutional Online Paper 05/04, <www.fedtrust.co.uk/uploads/constitution/05_04.pdf>, pp. 10 ss ; E. Reid, *Squaring the Circle for Tomorrow's World: A Comparative Analysis of the Approaches of the EC and WTO to balancing Economic and Non-Economic Interests in International Trade*, in T. Tridimas -P. Nebbia (edited by), *European Union Law for the twenty-first Century: Rethinking the New Legal Order*, External Relations Hart , 2004, p. 303.

²⁸⁵ Corte di Giustizia, 25 marzo 2004, C-7102, *Herbert Karner Industrie-Auktionen GmbH c. Troostwijk GmbH*. Per un commento J. Krzemińska, *Freedom of Commercial Speech in Europe*, *European Union Studies Association (EUSA): Biennial Conference, 2005 (9th)*, March 31-April 02 2005, http://aei.pitt.edu/archive/00003043/01/JKrzeminska_EUSA_paper.txt

²⁸⁶ Corte di Giustizia, 14 dicembre 2004, C- 210/03, *Swedish Match c. Secretary of State for Health*.

²⁸⁷ Per una convincente rilettura storica dell'itinerario della giurisprudenza della Corte di giustizia sul rapporto tra libertà economiche e diritti fondamentali, C. Kombos, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms: A Symbiosis on the Basis of Subsidiarity*, in Eur. Publ. Law, 3, pp. 433-460; si v. pure A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali «assoluti» nella giurisprudenza comunitaria*, cit.; G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa*, cit. Cfr. pure i saggi in M. Cartabia (a cura di), *I diritti in azione*, cit.

²⁸⁸ In effetti, non sembra neppure certo che tra diritti fondamentali di prima generazione e libertà economiche possa riscontrarsi una relazione di priorità a favore dei primi: in realtà la Corte utilizza un approccio oltremodo casistico ricorrendo alla tecnica del bilanciamento e al principio di proporzionalità in senso stretto. Ampia analisi in C. Kombos, *Fundamental Rights and Fundamental Freedoms*, cit.: nell'approccio classico (ERT) i diritti fondamentali e le libertà economiche sono considerati complementari, i diritti assumono la funzione di controllo esterno alla legittimità del ricorso alle deroghe alla libertà di circolazione; a questo segue l'approccio ibrido: i diritti fondamentali divengono, in questo caso, fondamento di legittimazione delle deroghe all'esercizio delle libertà economiche (*Schmidberger*). Secondo J.C. Krzemińska, *Freedom of Commercial*, cit., la Corte porrebbe una gerarchia tra diritti civili e libertà economiche; secondo Tridimas essi sarebbero invece collocati sullo stesso piano. Così la Corte in *Schmidberger* punto 74 "Poiché il rispetto dei diritti fondamentali si impone, in tal modo, sia alla Comunità che ai suoi Stati membri, la tutela di tali diritti rappresenta un legittimo

classiche, poi le libertà economiche (di fatto veri e propri diritti²⁸⁹) e, infine, i diritti sociali di natura collettiva (quelli più marcati in funzione di “contropotere sociale”), fortemente deprivati dal contenuto di autonomia e libertà, ma condizionati dalle - e, dunque, poziori e recessivi rispetto alle - libertà economiche.

Nella migliore delle ipotesi si dimostrerebbe l'assoluta irrazionalità (Habermas) della tecnica del bilanciamento, contro ogni tentativo di ricondurla a razionalità logica e giuridica (Axely).

Onde l'invito perentorio alla Corte di giustizia, ai limiti della *étiquette* istituzionale, a non affondare i “piedi (per altro non proprio della misura di Cenerentola) nel piatto della nostra Costituzione”²⁹⁰.

Se ci si fermasse ai dispositivi, non considerando le argomentazioni e i meta principi che vi si traggono, e se non si operasse una corretta contestualizzazione delle due sentenze, da questi commenti, sembrerebbe confermata l'ipotesi del conflitto tra sistemi nazionali di diritti sociali e ordinamento europeo. Le sentenze non si salverebbero neppure collocando altrove la loro ragione di fondo, vale a dire nell'assenza di *good regulation*, vale a dire «nella assenza di una reale ed efficiente cooperazione fra apparati burocratici ed amministrativi ... alla base di un disordine regolativo, causa ed insieme effetto di una integrazione rallentata e macchinosa carente attività di gestione amministrativa», oltre che dell'incapacità dei sindacati nazionali di adattare i propri sistemi di relazioni industriali alla realtà complessa della integrazione economica²⁹¹.

Fatto è che - qualunque sia la ragione, soggettiva nella prima lettura, oggettiva nella seconda - la Corte di giustizia avrebbe legittimato, in entrambi i casi, mediante il “dono avvelenato” della piena legittimazione costituzionale dei diritti sociali collettivi, la natura superiore delle libertà economiche di circolazione. Ciò significherebbe, se non proprio la legittimazione esplicita del *social dumping*²⁹², qualcosa che gli somiglia molto sul piano degli effetti. Quel che pare ancor più grave sul piano teorico, le sentenze avrebbero pure legittimato una relativa perdita di autonomia dei diritti

interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, quale la libera circolazione delle merci”.

²⁸⁹ Si veda sul punto A. Biondi, *Free Trade, a Mountain Road and the Right to Protest: European Economic Freedoms and Fundamental Individual Rights*, *Eur. Human Rights Law Review*, 2004, 1, p. 51 ss.; F. G. Jacobs, *Human Rights in the EU: The Role of the Court of Justice*, *Eur. Law Rev.* 2001, 4, p. 331 ss.; J Krzemińska, *Free Speech Meets Free Movement-How Fundamental Really is “Fundamental”?*, ZERP-Discussionpapier 3/2005, www.zerp.uni-bremen.de/english/home.htm.

²⁹⁰ Così si conclude il duro intervento di M.V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval*, cit.: “Detto in altri termini: le due sentenze ci costringono a riflettere seriamente sulle conseguenze di affidare la nostra tradizione costituzionale alla mediazione di una Corte, interprete del diritto dei Trattati che non è ora, e non sarà nel prossimo futuro, la costituzione dell'UE; una Corte, che non è ora e non sarà, la Corte costituzionale dell'UE”. Si veda pure, più in generale, M.V. Ballestrero, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, WP C.S.D.L.E. “Massimo D'Antona”.INT – 55/2007

²⁹¹ S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, cit.

²⁹² B. Veneziani, *La Corte di giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, cit. Che il *social dumping* possa costituire un effetto legittimo dell'esercizio delle libertà economiche viene esplicitamente contestato sia nelle conclusioni sia nella sentenza sul caso: Laval p. 103. nell'opinione dell'avv. Mengozzi già nella rubrica e poi ai punti 4, 246, 249, 251, 273, 280, 307, 308 e nella nota 95 dove si cita la sentenza della Corte di Giustizia, 19 gennaio 2006, C- 244/04, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica federale di Germania*. In effetti, da inchieste giornalistiche svedesi sembrerebbe accertato che, nel caso Laval, l'impresa lettone non rispettasse di fatto, entro le mura domestiche, neppure il contratto collettivo stipulato con la CWA, il sindacato lettone dei lavoratori edili (l'applicazione di tale contratto è, invece, uno degli argomenti utilizzati dalla Corte per giustificare il suo dispositivo). Tale argomento della Corte, è, invece, fatto proprio, supinamente da N. Reich, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union: The Laval and Viking Cases before the European Court of Justice*, in *German Law Jour.* 2008, 2, p. 12.

sociali fondamentali nazionali rispetto alle libertà economiche comunitarie che finirebbero per costituire limiti esterni al pieno esplicarsi degli stessi²⁹³.

L'osmosi tra diritti sociali comunitari e nazionali, finirebbe per produrre un risultato a somma negativa, avvalorando l'ipotesi del conflitto tra dimensione europea e nazionale dei diritti sociali, con buona pace dello stesso articolo 53 della Carta di Nizza che non consentirebbe, invece, nessuna interpretazione delle sue disposizioni (nella specie l'art. 28) in termini limitativi e riduttivi delle Costituzioni nazionali²⁹⁴.

Evocando i fantasmi di una Corte di giustizia che "mette i piedi" laddove non dovrebbe (nell'identità sociali e costituzionali nazionali) una parte ragguardevole della dottrina giuslavorista italiana guarda, con apprensione, all'ordinamento svedese e finlandese, ma pensa, ovviamente, all'art. 39 primo comma e 40 della Costituzione italiana dei cui valori assoluti si ritiene indefettibile custode.

Ma le cose stanno davvero in questi termini?

6. La identità sociale "bilanciata" dell'Europa. I principi sociali europei secondo la Corte di giustizia.

Le sentenze Laval e Viking non hanno bisogno di, e probabilmente non meritano, difese d'ufficio, soprattutto se esse si limitano a riprodurre meccanicamente gli itinerari argomentativi²⁹⁵. Pare più utile ragionare sulle prospettive dei diritti sociali nello spazio europeo, guardando con maggiore distacco alle argomentazioni ivi contenute e, magari, contestualizzandole. Le sentenze (soprattutto il caso Laval, ma anche il più recente caso *Rüffert*²⁹⁶), peraltro, contribuiscono a confermare il clima di pessimismo sul destino dell'Europa politica, sulla sua natura sociale e, soprattutto,

²⁹³ Su questo punto v. infra § 6.

²⁹⁴ Sull'art. 53 della Carta di Nizza si rinvia alle considerazioni di A. Tancredi, *L'emersione dei diritti fondamentali*, cit. pp. 553-654; in generale si rinvia a M. Cartabia, *commento all'art. 53*, in R. Bifulco- M. Cartaria- A. Celotto (a cura di), *L'Europa dei diritti*, cit.

²⁹⁵ È l'operazione condotta da N. Reich, *Free Movement v. Social Rights*, cit.; l'autore, non a caso, era consulente del governo lettone all'epoca del caso Laval.

²⁹⁶ La sentenza Ruffert, in linea con la sentenza Laval (richiamata esplicitamente al punto 33), smentendo clamorosamente le opposte conclusioni dell'avv. Bot (Conclusioni del 20 settembre 2006), ha stabilito che la direttiva 96/71 e l'art. 49 del TCE renderebbero illegittime le disposizioni legislative vigenti in Germania che impongono "agli enti pubblici aggiudicatori di attribuire gli appalti relativi a lavori edili esclusivamente alle imprese che, all'atto della presentazione delle offerte, si impegnino per iscritto a corrispondere ai propri dipendenti, impiegati per l'esecuzione dei lavori oggetto di appalto, una retribuzione non inferiore a quella minima prevista dal contratto collettivo vigente nel luogo dell'esecuzione dei lavori in questione"; con tale sentenza la Corte ha di fatto destabilizzato il sistema di contrattazione collettiva di secondo livello (i contratti collettivi specifici) vigente in Germania. Il caso ha avuto origine dalla contestazione delle sanzioni applicate ad un'impresa aggiudicataria di un appalto del Land della Bassa Sassonia per non avere, quest'ultima, operato in modo tale che la società polacca subappaltatrice rispettasse per i propri dipendenti polacchi i contratti collettivi tedeschi specifici, di livello locale. La Corte ha ritenuto sufficiente, per integrare il rispetto degli obblighi di tutela della direttiva sul distacco, l'applicazione del contratto nazionale ad efficacia erga omnes. Pare evidente che in tal modo nessun imprenditore tedesco dovrà farsi carico in futuro di stipulare contratti locali con i sindacati edili tedeschi, posto che qualsiasi impresa tedesca potrà subappaltare lavori, a più basso costo, ad imprese che utilizzano lavoratori stranieri per i quali correrebbe l'obbligo di applicare soltanto il contratto nazionale. La legge tedesca, infatti, pur imponendo a pena di sanzione il contratto collettivo specifico, non lo qualifica "formalmente" contratto ad efficacia generale non rientrando, pertanto, la tipologia del contratto locale né nella fattispecie dell'art. 3. n. 1 né in quella dell'art. 3 n. 8 della direttiva sul distacco. Da notare che favorevolmente alla tesi accolta dalla Corte si era pure pronunciata la Commissione europea (circostanza riferita dall'avv. Bot, punto 52 ss. delle conclusioni). La Corte ha pure utilizzato l'argomento giusto il quale il sistema del land tedesco applicandosi soltanto agli appalti pubblici e non a quelli privati non opererebbe con l'obiettivo della tutela generale dei lavoratori. L'avv. generale Bot, più correttamente, nella sua opinione, considerava la norma della legge del Land Bassa Sassonia sull'aggiudicazione degli appalti pubblici (*Landesvergabegeetz Nds*) - che impone oltre al salario

sulla sua valenza costituzionale; clima diffusosi rapidamente, tra studiosi e osservatori, all'indomani dei referendum francese e olandese, e confermato dai nuovi trattati di funzionamento dell'Unione, simbolicamente, de-costituzionalizzati²⁹⁷.

È, tuttavia, probabile che né l'approccio del pessimismo della ragione, né quello dell'ottimismo della volontà siano di molta utilità in questo caso, vuoi per intendere le motivazioni delle sentenze, vuoi per decifrare le tendenze del progetto europeo. Molto meglio il necessario distacco, per quanto possibile.

Va, intanto, rilevato che i casi *Viking* e *Laval*, pur affermando A) i medesimi principi, si differenziano B) nell'itinerario argomentativo²⁹⁸ e, in parte, nelle conclusioni.

A) Per quel che riguarda i principi comuni enunciati, possono essere collocati lungo la seguente sequenza logica:

a) Le sentenze "riconoscono" i diritti sociali collettivi come tratto identitario dell'ordinamento europeo; essi sono considerati una parte integrante del patrimonio costituzionale comune degli stati membri, in virtù del richiamo generale a tali tradizioni contenuto già nelle vigenti disposizioni dei trattati (art. 136 TCE, art. 6 TUE): si tratta, per questo profilo, di un *riconoscimento obliquo e innominato*.

b) Le sentenze "rafforzano" tale riconoscimento mediante l'esplicito riferimento ai diritti sociali collettivi enunciati nelle disposizioni della carta Nizza (art. 28); a tale documento, equiparato ad altre fonti richiamate ma esterne all'ordinamento europeo²⁹⁹, non viene riconosciuta efficacia

minimo attraverso la previsione dell'obbligatorietà del contratto nazionale, l'obbligatorietà delle maggiori tariffe dei contratti collettivi non ad efficacia erga omnes -, "misura di attuazione di protezione nazionale rafforzata" a norma dell'art. 3. n. 7, della direttiva 96/71 (punto 94).

²⁹⁷ Sul negativo impatto della de-costituzionalizzazione dei trattati, in una visione di costituzionalismo classico applicato all'ordinamento europeo, C. De Flores, *Il fallimento della Costituzione europea*, cit.; pure L. Patruno, *Lo spirito del tempo e il processo di riforma delle istituzioni europee*, 2008, www.costituzionalismo.it; per una lettura tesa a ridimensionare e a considerare formale l'operazione di de-costituzionalizzazione e sostanziali le innovazioni inserite nel nuovo Trattato, J. Ziller, *Il nuovo Trattato europeo*, Il Mulino, 2007.

²⁹⁸ Per *Laval* vanno considerati due fattori di specificità rispetto a *Viking*, per così dire estrinseci ai principi di diritto affermati. 1) In *Laval* il giudice relatore, Uno Löhmus, è un giudice estone, appartenente ad un paese *new comer* esattamente come la società oggetto del caso (la *Laval* è una società lettone); un giudice, dunque, con una anzianità nel ruolo di giudice della Corte di giustizia di appena 4 anni; nel suo curriculum mancano pubblicazioni strettamente lavoristiche, pur con qualche competenza in materia dei diritti umani, derivante dalla sua posizione di ex membro della CEDU. In *Viking* il giudice relatore è, invece, un lussemburghese di lunga frequentazione della Corte, avendovi prestato servizio dal 1996 fino al gennaio del 2008, e dal 1989 al 1996 come membro del Tribunale di primo grado, con uno specifico background lavoristico testimoniato dalle sue pubblicazioni e dall'essere stato, prima della sua esperienza di giudice europeo, un alto funzionario del ministero del lavoro lussemburghese. 2) Nel caso *Laval* va, inoltre, considerato l'oggetto della richiesta dei sindacati svedesi nei confronti dell'impresa lettone e della sua consociata svedese, che non si limitava al rispetto dei livelli retributivi operanti in SVEZIA, ma anche ai maggiori oneri assicurativi e previdenziali previsti dal contratto collettivo dell'edilizia svedese (sovraimposte e addizionale speciale edilizia); oneri che i sindacati svedesi intendevano imporre all'impresa lettone; quest'ultima, infatti, avrebbe dovuto versare tali contributi ad una società di assicurazioni svedese FORA; dalla presentazione iniziale del caso che fa la Corte di giustizia sembra che i lavoratori lettoni non avrebbero mai potuto godere dei vantaggi conseguenti ai maggiori contributi che l'azienda lettone avrebbe dovuto versare (sentenza *Laval* punti 20, 21, 31, 32). Tali circostanze di fatto hanno, probabilmente, inciso sulla assertività delle affermazioni e della enunciazione del principio di diritto in *Laval* rispetto a *Viking*.

²⁹⁹ Sia *Laval* punti 90 ss., sia *Viking* punti 43 ss., in modo del tutto analogo, oltre a richiamare specificamente l'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali nella versione proclamata a Nizza il 7 dicembre del 2000, richiamano la Convenzione OIL n. 87 del 1948, la Carta comunitaria dei diritti sociali del 1989, la Carta sociale europea del 1961, richiamata a sua volta dall'art. 136 del TCE. Anche l'avv. Mengozzi (punto 76) e l'avv. Poiars Maduro (punto 60) richiamano esplicitamente l'art. 28 della Carta di Nizza.

giuridica diretta e immediata. In ragione del suo status attuale di dichiarazione solenne³⁰⁰, il suo richiamo contribuisce soltanto a rafforzare argomentativamente l'operazione ermeneutica di "riconoscimento" identitario dei diritti sociali collettivi che la Corte pone in essere. Si tratta, per questa parte della motivazione, di un *riconoscimento diretto e nominato* dei diritti sociali come componente essenziale dell'identità europea.

Detto questo, suonerà paradossale agli orecchi di molti giuslavoristi, ma Laval e Viking, nonostante i loro dispositivi, segnano formalmente, più ancora di Albany, il passaggio dall'integrazione dell'Europa attraverso il diritto (*through law*) all'integrazione attraverso i diritti, in particolare attraverso, i diritti sociali (*through social rights*)³⁰¹.

Che i diritti vengano "riconosciuti" è, tuttavia, passaggio diverso dalla loro "affermazione". Tra riconoscimento e affermazione dei diritti non ci sta certamente il mare; pare, tuttavia, arguibile una netta distinzione concettuale che la Corte non esplicita, ma lascia chiaramente intravedere allorché pone in essere l'operazione di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali (*infra* § 7).

È certo, in ogni caso, che le due sentenze, ma pure le opinioni dei due avvocati generali, segnano uno storico passaggio: i diritti e le politiche sociali sono considerati tratti identitari fondamentali del nuovo ordinamento. Il richiamo ai diritti sociali, quali lo sciopero e l'azione collettiva anche diversa dallo sciopero, quali nervature fondamentali ed indefettibili dell'ordinamento europeo, è, quanto mai, esplicito³⁰². Tutto ciò avviene in virtù di principi ricostruiti e riconosciuti dalla Corte, ma non direttamente affermati dalle norme, posta la genericità e la volatilità del richiamo alle politiche sociali negli attuali trattati, per un verso³⁰³; e, per l'altro, la mancanza (sicuramente al momento della emanazione delle sentenze) di efficacia giuridica della Carta di Nizza, dove essi vengono più propriamente menzionati rispetto agli originari trattati, oltre che inseriti in un contesto meglio adeguato, costituito delle disposizioni generali e di apertura del nuovo Trattato³⁰⁴.

La Carta di Nizza viene, infatti, utilizzata dalla Corte "come se" avesse efficacia giuridica, ma essa

³⁰⁰ La Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea è stata solennemente proclamata da Parlamento europeo, Consiglio dell'Unione europea e Commissione europea a Strasburgo il 12 dicembre 2007.

³⁰¹ Sostiene giustamente L. Azzena, *Integrazione europea e percorso dei diritti fondamentali tra giurisprudenza e scrittura*, in I. Trujillo e F. Viola, (a cura di), *Identità, diritti, ragione pubblica in Europa*, cit. p. 84, che la lingua inglese rende meglio in questo caso il concetto.

³⁰² Si vedano i punti delle sentenze e delle opinioni citati *supra* alla nota 76.

³⁰³ Condivisibili in tal senso le considerazioni di M. Rusciano, *Il diritto del lavoro di fronte alla Costituzione europea*, cit. p. 893 ss.

³⁰⁴ Sulla importanza "costituzionale" delle disposizioni di principio nel trattato costituzionale (rimaste invariate) nel nuovo Trattato di Lisbona, C. Pinelli, *Diritti fondamentali e riassetto istituzionale dell'Unione*, cit.; sull'impatto della Carta di Nizza - allorché sarà giuridicamente efficace - sulla attuale prevalenza dei valori economici nei trattati vigenti, si era già espresso M. Poiares Maduro, *The double Constitutional Life of the Charter of Fundamental Rights*, cit. p. 284 ss. Sulla necessità di un nuovo contratto sociale come tratto identitario fondamentale dell'UE, lo stesso avvocato generale del caso Viking in *Europe's Social Self: "the Sickness Unto death"*, in *Social Law and Policy in an Evolving European Union*, edited by J. Shaw, Hart, 2000, p. 348 -349, ma *passim*. Non è casuale che le due sentenze Laval (punto 104) e Viking (punto 78), a supporto delle proprie decisioni, richiamino alcune norme principio/ clausole generali dell'attuale TCE, in particolare l'art. 2 e l'art. 3 n. 1 let c. e j) che mettono il mercato e l'integrazione economica al centro degli obiettivi della Comunità europea. È questo un passaggio argomentativo poco considerato dai critici delle sentenze: le Corti hanno, in ogni caso, deciso i due casi alla luce degli attuali Trattati che sicuramente impongono la prevalenza delle libertà economiche, prevalenza che ha caratterizzato il percorso "giuridicamente obbligato" sin qui seguito dalla Corte di giustizia, come nota Poiares Maduro, *The double Constitutional life*, cit., p. 284 ss.

rimane - e di questo trapela la consapevolezza sia nei giudici sia nelle opinioni degli avvocati generali - formalmente, allo stadio di efficacia politica, acquisita attraverso la proclamazione solenne (che è cosa diversa dalla efficacia giuridica) e attraverso il pallido obbligo morale dichiarato dalle principali istituzioni di adeguarsi ad essa nel proprio operare³⁰⁵. Questa sottile e ad un tempo profonda distinzione tra “riconoscimento” e “affermazione” dei diritti spiega, probabilmente, alcune conseguenze sull’operazione di bilanciamento - anche sotto il profilo logico - che viene, poi, effettuata (*infra* § 7). Nelle due sentenze è, comunque, presente una chiara apertura di significato nei confronti della Carta di Nizza: tale documento assume rilievo, nel discorso della Corte, più come *metodo interpretativo*, piuttosto che come *fonte normativa*³⁰⁶.

Ma proseguiamo con ordine.

Al riconoscimento dei diritti sociali, come tratto identitario dell’ordinamento europeo, si giustappongono due affermazioni, una tralaticia e l’altra estemporanea, più direttamente funzionali alla soluzione, in concreto, dei due casi.

c) La prima è costituita dall’affermazione (non mero riconoscimento) delle libertà economiche di circolazione - soprattutto della libertà di circolazione dei servizi, anche se sostanzialmente collocata sullo stesso piano della libertà stabilimento - come libertà/diritti fondamentali direttamente ed esplicitamente dichiarate tali dai trattati, cui convenzionalmente e storicamente la Corte di giustizia ha attribuito valore di costituzione materiale dell’unione³⁰⁷.

d) La seconda, condivisa anche dagli avvocati - teologicamente orientata alla soluzione tecnica del caso, piuttosto che all’asseverazione di un astratto principio - riguarda il riconoscimento della efficacia orizzontale delle disposizioni del trattato sulle libertà economiche.

Occorre, a questo punto, inserire una riflessione, a mo’ di inciso, per operare una corretta contestualizzazione delle due sentenze.

Nella ormai storica giurisprudenza della Corte sulle libertà di circolazione - più ancora che nella sua giurisprudenza sul principio di libera concorrenza³⁰⁸ - tali libertà economiche sono state strettamente correlate al valore/principio dell’integrazione europea.

Le libertà economiche³⁰⁹, nella ormai lunga narrazione della Corte di giustizia, non costituiscono un valore in sé, espressione del principio individualistico/proprietario, come invece nel discorso

³⁰⁵ Si rinvia a B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell’ordinamento costituzionale europeo*, cit.; M. Rusciano, op. loc. ult. cit.

³⁰⁶ La proposta di riferirsi alla Carta di Nizza come *metodo interpretativo*, piuttosto che come *teoria delle fonti* è in A. Ruggeri, *Carte internazionali dei diritti*, cit., p. 10

³⁰⁷ Sulla sostanza costituzionale del Trattato - il Trattato come Carta fondamentale della Comunità - cfr. Corte di Giustizia, 23 aprile 1986, C-294/83, Parti écologiste Les Verts c. Parlamento europeo. In dottrina J.H.H. Weiler, *La trasformazione dell’Europa*, in Id. (a cura di), *La Costituzione dell’Europa*, Il Mulino, 2003, p. 36 ss.; S. Cassese, *La Costituzione europea*, in *Quad. cost.*, 1991, p. 481; L. Torchia, *Una Costituzione senza stato*, in *Dir. Pubbl.*, 2001, p. 418.

³⁰⁸ M. Pallini, *Il Rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell’ordinamento comunitario e nazionale*, *Riv. It. dir. lav.*, 2000, II, p. 225 ss.; S. Sciarra (a cura di), *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano*, il Mulino, 2007; V. Brino, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: conflitto o complementarità?*, in *Riv. giur. lav.*, 2005, I, p. 329 ss.

³⁰⁹ C. Barnard, *The Substantive Law of the EU. The Four Freedoms*, Oup, 2004; S. Giubboni- G. Orlandini, *La libera circolazione dei lavoratori nell’Unione europea*, il Mulino, 2007; S. Borelli, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in *Lav. Dir.*, 2008, I, p. 125 ss.

costituzionale della Corte suprema americana³¹⁰. Il discorso sulle libertà economiche di circolazione è sempre stato ricondotto, funzionalmente, a quel vero e proprio principio costituzionale supremo che, nell'ordinamento europeo e nella giurisprudenza ormai pluridecennale della CDG, è costituito dall'integrazione politica dell'Europa, filtrata dal credo funzionalista³¹¹. A tal punto che la libertà di circolazione dei servizi, nel successivo caso *Rüffert*, viene addirittura postulata, anche in contrasto con le più ragionevoli argomentazioni dell'avvocato generale Bot. La piena valorizzazione della libertà di circolazione di imprese e servizi, nella visione della Corte, è per altro da sempre considerata il vaccino più efficace contro ogni visione (e politica) protezionistica degli stati; quest'ultima finirebbe per coincidere con la negazione stessa dell'idea di integrazione europea; con l'effetto della compartimentazione dei mercati nazionali del lavoro cui espressamente si riferisce l'avv. Póires Maduro nel caso *Viking*³¹².

L'equazione integrazione politica = pieno esercizio delle libertà di circolazione in uno spazio comune e senza frontiere ha, dunque, costituito, nel linguaggio dei giudici della Corte, ad un tempo, un orizzonte ideale e una quotidiana prassi decisoria. Essa si rafforza allorché si tratta di integrare paesi di nuova adesione, con economie deboli; e ciò nella misura in cui la Corte finisce, pure, per condividere - è probabile anche se non dichiarato - alcuni postulati della teoria economica sui vantaggi competitivi che dovrebbero essere mantenuti a favore dei paesi di nuova annessione³¹³.

Si può, pertanto, sostenere che nelle due sentenze, mentre i diritti sociali vengono riconosciuti (e si tratta di una novità), le libertà economiche vengono affermate e ribadite (e non si tratta di una novità).

Tutto questo spiega, anche se non giustifica del tutto, una prima sequenza logica del ragionamento della Corte; ragionamento, per altro anticipato, sicuramente in modo più scandito e convincente, dalle argomentazioni degli avvocati generali.

La sequenza logica può essere posta nel seguente modo.

e) Proprio in quanto le libertà economiche sono già affermate (se non addirittura postulate) nell'ordinamento europeo, sono esse che fungono da limiti esterni ai diritti sociali nell'occasione

³¹⁰ Si rinvia a M. J. Horwitz, *La trasformazione del diritto americano (1870-1960)*, Il Mulino, 2004, specie p. 259 ss.

³¹¹ Si rinvia per tutti a M. Póires Maduro, *We, the Court. The European Court of Justice and the European Economic Constitution*, Oup, 1998.

³¹² Cfr. le Conclusioni dell'A.G. Póires Maduro in *Viking*, punti 62, 63, 71 e 73 n. 4.

³¹³ In tal senso esplicitamente N. Reich, *Free Movement v. Social Rights in an Enlarged Union*, cit., passim.

La teoria dei vantaggi competitivi nel commercio internazionale, già avanzata da Ricardo è sviluppata nel modello HOS, Modello di Heckscher-Ohlin. Il modello è stato poi rifinito da Stolper-Samuelson. Qui una sintesi estrema dei punti centrali.

Secondo gli economisti classici, il vantaggio comparato era basato sulle differenze nelle tecniche produttive, ma non offrivano alcuna spiegazione di queste differenze. La teoria di Heckscher-Ohlin estende il modello classico per esaminare le cause del vantaggio comparato e gli effetti del commercio internazionale sulle remunerazioni dei fattori nei due paesi.

La teoria H-O, nella sua essenza, può essere presentata sottoforma di due teoremi:

1. Teorema di Heckscher-Ohlin: riguarda la struttura degli scambi e afferma che "un paese esporterà il bene la cui produzione richiede l'utilizzo intensivo del fattore che nel paese è relativamente abbondante e poco costoso, mentre importerà il bene la cui produzione richiede l'impiego intensivo del fattore che nel paese è relativamente scarso e costoso"
2. Teorema del pareggiamento del prezzo dei fattori: riguarda gli effetti del commercio internazionale sui prezzi dei fattori e si può enunciare in maniera seguente: "il commercio internazionale conduce all'eguaglianza delle remunerazioni relative e assolute dei fattori omogenei tra i paesi" (Samuelson)

riconosciuti. Tale affermazione non è netta. In alcuni passaggi sembra, infatti, che la Corte rovesci l'assunto e consideri le libertà economiche alla stregua di diritti fondamentali, nei confronti delle quali la tutela e i diritti sociali, e le norme di interesse pubblico che li veicolano, costituiscono, essi, limiti esterni. L'ambiguità di questo passaggio produce, come detto, delle ricadute sul modo in cui la Corte opera il bilanciamento³¹⁴.

f) La dinamica riconoscimento del diritto > fissazione dei limiti esterni di natura legale viene considerata "normale" dalla Corte, perché propria di tutti gli ordinamenti nazionali e va estesa anche nell'ordinamento europeo³¹⁵.

Questo argomento sistematico, sintetizzato nei due passaggi precedenti, è concettualmente più solido per contrastare la tesi immunitaria fondata sull'art. 137 § 5. Una cosa è affermare, apoditticamente, che un astratto obbligo derivante dal diritto comunitario (non violare gli obblighi di libera circolazione) consente di manipolare il sistema delle competenze e, quindi, di legittimare ciò che la dottrina giuslavoristica critica considera una vera e propria intrusione indebita nell'assetto nazionale dei diritti. Altro, è affermare che nell'ordinamento europeo, così come nell'ordinamento nazionale, la declinazione dei diritti implica la necessità di dotarsi di una razionale e

³¹⁴ La concezione delle libertà economiche come limiti esterni ai diritti sociali sembra emergere nelle conclusioni dell'avv. Mengozzi ai punti 81, 82 ove è più evidente la tradizione costituzionale italiana. Pure in Laval punti 91 e 92: *"Benché, dunque, il diritto di intraprendere un'azione collettiva debba essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali.*

Se è vero che, come ricorda il governo svedese, il diritto di intraprendere azioni collettive gode in Svezia, come in altri Stati membri, di una tutela costituzionale, resta però il fatto che, come risulta dal punto 10 della presente sentenza, secondo la Costituzione svedese tale diritto, che include in detto Stato membro quello di bloccare i cantieri, può essere esercitato purché non vi si oppongano disposizioni di una legge o di un contratto collettivo".

Salvo introdurre qualche incertezza al punto successivo (93) ove sembrerebbe che il diritto finisca per fungere da limite esterno alla libertà economica: il diritto come legittimo interesse *"che giustifica, in linea di principio una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale"*.

Pure la sentenza Viking ai punti 44 e 5 *"Se dunque è vero che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto quale diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto, rimane però il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Infatti, come riaffermato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, tali diritti sono tutelati conformemente al diritto comunitario e alle legislazioni e prassi nazionali. Peraltro, come risulta dal punto 5 della presente sentenza, secondo la normativa finlandese il diritto di sciopero non può essere esercitato, in particolare, nel caso in cui lo sciopero sarebbe contrario al buon costume o vietato dal diritto nazionale o comunitario"*; con le medesime incertezze di Laval al punto 45. Nelle conclusioni dell'avv. Poiras Maduro, punto 23, invece, è ben posta la posizione del diritto di azione collettiva come limite esterno della libertà economica: *"Le disposizioni sullo stabilimento e la libera prestazione di servizi non sono in alcun modo incompatibili con la tutela dei diritti fondamentali o con il perseguimento degli obiettivi di politica sociale della Comunità. Né le norme del Trattato sulla libera circolazione né il diritto di associazione e quello di sciopero sono assoluti. Inoltre, nulla, nel Trattato, indica che gli obiettivi di politica sociale della Comunità debbano sempre avere la precedenza su quello della realizzazione di un mercato comune in grado di funzionare correttamente. Al contrario, l'inclusione di entrambi questi obiettivi di politica legislativa nel Trattato indica l'intenzione della Comunità di perseguirli contemporaneamente.*

Pertanto, il fatto che una restrizione alla libera circolazione derivi dall'esercizio di un diritto fondamentale o da un comportamento che ricade nell'ambito delle disposizioni di politica sociale non rende inapplicabili le norme sulla libera circolazione". Pure punti 24 e 58. Nelle conclusioni dell'avv. Poiras Maduro ai punti 57-59 c'è forse, tra i quattro documenti analizzati, la più lucida formulazione della teoria del bilanciamento tra diritti sociali e libertà economiche.

³¹⁵ Nella sentenza Viking, immediatamente al punto 5, la Corte richiama la costituzione finlandese e la giurisprudenza della corte di suprema sui limiti esterni al diritto di sciopero.

ragionevole teoria dei limiti e del bilanciamento, al di là di ogni visione assolutistica ed escatologica dei valori³¹⁶. È operazione ermeneutica già storicamente realizzata dalle Corti nazionali; l'ha fatto la Corte costituzionale italiana (ma anche la Corte di Cassazione) con la sua giurisprudenza sullo sciopero e i suoi limiti esterni.

Si può discutere se questa operazione di bilanciamento debba essere lasciata alla Corte di giustizia nel vuoto di iniziativa del legislatore europeo; ma anche questa è storia nota; come avvenuto nell'ordinamento italiano, le condizioni dell'intervento legislativo di bilanciamento del diritto di sciopero con altri diritti altrettanto essenziali, sono maturate lentamente, dopo che la via è stata, anche contraddittoriamente, spianata dalle Corti³¹⁷.

7. Il bilanciamento in concreto: argomentazioni e conclusioni nei casi *Laval* e *Viking*.

B) La Corte di giustizia, nei due casi oggetto di riflessione, non si è limitata a ragionare per principi ma ha argomentato utilizzando ampiamente la tecnica del bilanciamento. Giusta questa tecnica ha effettuato i tre noti test: di idoneità, di necessità, di proporzionalità in senso stretto (il secondo e il terzo soprattutto nella motivazione del caso *Viking*³¹⁸) giungendo, tramite la loro applicazione, a conclusioni non favorevoli alle OOS.

7.1. Il ricorso alla tecnica del bilanciamento.

Non pare dubbio che, nella misura in cui la Corte ha deciso di bilanciare i diritti sociali collettivi, ha posto in essere un'operazione di relativizzazione. Se si considerano il diritto di sciopero e l'autonomia collettiva principi relativi e non valori assoluti, tale operazione non può essere contestata in sé (pena l'assunzione di una prospettiva di "tirannia dei valori").

Il problema nasce, invece, dal fatto che la Corte ha operato il bilanciamento ponderando i diritti fondamentali collettivi non con un diritto della persona riconosciuto equivalente (come avviene in Italia con l'articolo 1 della l. 146/90); bensì con le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento che sono due tipiche libertà economiche e di impresa. Un'operazione di limitazione del diritto fondamentale, quindi, che avrebbe dato luogo, secondo i critici, ad una comparazione - prima ancora che ad una gerarchia assiologica - ritenuta improponibile e non accettabile nell'approccio ortodosso ai diritti sociali fondamentali.

La dottrina giuslavoristica italiana fino agli anni '80, al contrario della giurisprudenza³¹⁹, ha promosso una concezione del diritto di sciopero come diritto pubblico di libertà, tendenzialmente non limitabile nei fini e nelle modalità. La teoria dei limiti esterni, con riferimento soprattutto alle modalità di esercizio - ma non alla finalità dell'azione di autotutela considerata, invece, libera - è attecchita, definitivamente, alla fine degli anni '80 a ridosso dell'emanazione della legge limitativa

³¹⁶ Si rinvia agli autori cit. alle note 32 e 34.

³¹⁷ Si rinvia a M. Ricci, *Autonomia collettiva e giustizia costituzionale*, Cacucci, 1999. Si veda, per i percorsi della dottrina giuslavoristica sui limiti dello sciopero nell'ordinamento italiano, G. Ferraro, *Gli anni '80: la dottrina lavoristica dalla marcia dei quarantamila a Maastricht*, in P. Ichino (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'età repubblicana*, Giuffrè, 2008, p. 202. In giurisprudenza, conferma il tradizionale orientamento in materia di limiti esterni di natura economica allo sciopero (diritto di proprietà e capacità produttiva delle aziende), la sentenza della Corte di Cassazione del 17 dicembre 2004, n. 23552.

³¹⁸ Punti 79 ss., in particolare 81 e 83 (test di necessità) e punto 84 e 87 (test di proporzionalità in senso stretto).

³¹⁹ G. Ferraro, op. loc. cit.

dello sciopero nei servizi pubblici essenziali. Tale intervento ha riconosciuto tra i diritti fondamentali bilanciabili con il diritto di sciopero, la libertà di movimento e circolazione delle persone (art. 1 comma 2 lett. b).

La libertà economica di circolazione riferita alle merci è stata considerata, invece, fondamentale nella riforma della Costituzione del 2001, in particolare nel nuovo articolo 120 che impone alle Regioni l'esplicito divieto di adottare "provvedimenti che ostacolano la libera circolazione... delle cose"; la medesima norma prevede, al comma 2, il potere sostitutivo del governo in caso di "mancato rispetto... della normativa comunitaria... ovvero quando lo (richiede) la tutela della unità... economica" del paese.

Orbene, seguendo la direttiva interpretativa prevalente circa la tassatività dei beni protetti dall'art. 1 della legge 146/90 non ci si potrebbe spingere fino ad un'interpretazione evolutiva della libertà di circolazione, oltre che delle persone, comprensiva anche delle "cose"; ma è altrettanto evidente che la libertà di circolazione delle merci, dopo l'intervento di riforma costituzionale del 2001, assurge a rango di bene/principio primario, oggetto di una particolare tutela fino al punto di giustificare un'eccezionale ipotesi di potere sostitutivo del governo. Non è dubbio, pertanto, che la libertà economica di circolazione, dopo la riforma costituzionale del 2001 assuma, anche nell'ordinamento interno, una considerazione diversa rispetto al passato³²⁰.

Se, dunque, nella *Weltanschauung* della Corte di giustizia, per le ragioni storiche e politiche sopra ricordate, le libertà civili (il diritto di riunione, la libertà di espressione) e persino il rispetto della dignità umana³²¹, possono essere oggetto di bilanciamento con le libertà economiche di circolazione e stabilimento, sembra comprensibile che, nella dinamica dell'ordinamento europeo, lo stesso accada per il diritto di sciopero e di azione collettiva. Quest'ultimi, per altro, in relazione all'operazione di bilanciamento che poi viene in concreto effettuata, con riferimento al test di necessità e di proporzionalità in senso stretto, vengono in rilievo - ed è questo l'elemento ovviamente idiosincratico a chi è aduso, nell'ordinamento interno, ad un'altra concezione e cultura del diritto di sciopero - sia nelle modalità di esercizio ma pure nelle finalità³²².

Ciò detto, è evidente che nella prospettiva di costruzione dell'ordinamento costituzionale europeo, il problema che si porrà è che la nozione sostanziale di sciopero e di azione collettiva debbono essere ridefinite³²³. Per esempio - come sembra emergere nelle conclusioni dell'avvocato Mengozzi sul caso Laval - essa dovrà includere forme di conflitto post moderne proprie della dimensione transazionale del conflitto (il boicottaggio, lo sciopero di solidarietà, ecc.)³²⁴.

³²⁰ Ci si potrebbe chiedere - ma si tratta di ipotesi astratta e assolutamente di scuola - se in caso di conflitto tra diritto di sciopero e libertà economica di circolazione all'interno dei confini nazionali, l'operazione di ponderazione debba essere rimessa soltanto ai giudici o inserita nel circuito della l. 146/90. Si pensi al caso, allo stato del tutto ipotetico, di uno sciopero contro la decisione di un'impresa di trasferire il proprio stabilimento da una regione ad un'altra ove l'istituto dell'apprendistato è regolato, sotto il profilo degli oneri formativi, in maniera più conveniente per l'impresa stessa.

³²¹ Cfr. la sentenza *Omega*, cit., punto 35.

³²² Soltanto nell'opinione dell'avv. Mengozzi si riconosce lo stile italiano con la posizione della chiara differenza tra contenuto essenziale del diritto e modalità (punti 80 e 81 delle conclusioni).

³²³ B. Caruso-G. Nicosia, *Il conflitto post-moderno: lo "sciopero" dei lavoratori autonomi*, WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".IT, 43/2006; A. Supiot, *Revisiter les droits d'action collective*, *Droit social*, 2001, 1, p. 13 ss.

³²⁴ Cfr. le Conclusioni dell'A. G. Mengozzi sul caso Laval, punto 308.

7.2. L'applicazione della tecnica del bilanciamento.

Il bene azione collettiva a difesa di interessi dei lavoratori contro il dumping sociale e il bene libertà economica di circolazione vanno, dunque, secondo la Corte di giustizia, bilanciati e su questa affermazione, in se considerata, c'è poco da eccepire³²⁵. Libertà economiche fondamentali e diritti sociali non possono collocarsi in relazione di indifferenza. È la nuova dimensione sovranazionale dello spazio sociale e il suo confronto con l'*acquis* economico comunitario che, oggettivamente, pongono il problema del loro confronto. L'operazione di bilanciamento, oltretutto, è l'unica che consente la loro integrazione e non l'opposizione; ciò anche con riferimento alla dimensione nazionale dei diritti sociali che si proietta, attraverso il rispetto dinamico delle tradizioni costituzionali nazionali (art. 53 della Carta di Nizza), sullo spazio sociale sovranazionale. Negare ogni operazione di bilanciamento significherebbe negare ogni possibilità di integrazione tra diritti sociali e libertà economiche e assumere, invece, come insolubile il contrasto tra dinamica economica sovranazionale e tutela sociale nello spazio europeo; tale tutela andrebbe, quindi, relegata, in funzione protezionistica, entro i confini nazionali.

È, invece, il modo in cui viene operato il bilanciamento in concreto nei casi Laval e Viking, la tecnica argomentativa utilizzata e, alla fine, la soluzione dei casi che lasciano perplessi.

7.2.1 Il test di idoneità (o adeguatezza) nel caso Laval e nel caso Viking.

In entrambi i casi, il test di idoneità - la verifica che la misura limitativa di un diritto fondamentale sia effettivamente atta a realizzare determinati obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di ulteriori diritti fondamentali - è applicato all'azione collettiva dei sindacati e non al modo di esercizio della libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento. Nel caso Laval, al blocco dei cantieri della società consociata ad opera della coalizione dei sindacati svedesi, sino a determinare il recesso della pubblica autorità dal contratto di appalto, la chiusura del cantiere e il licenziamento per fine lavori dei lavoratori lettoni impiegati³²⁶. Nel caso Viking, invece, alla campagna unitaria del sindacato dei marittimi finlandesi (FSU) e della federazione internazionale (ITF) con relativa minaccia di sciopero contro il cambiamento di bandiera della nave traghetto Rosella (da finlandese in estone), finalizzata ad impedire che il cambiamento di bandiera comportasse il licenziamento o, comunque, un trattamento economico dell'equipaggio peggiore rispetto a quello previsto dal diritto e dal contratto collettivo applicabile ai marittimi finlandesi.

È l'azione collettiva che viene considerata, in entrambi i casi, misura limitativa della libertà fondamentale di circolazione; non, invece, gli strumenti di affermazione della libertà di circolazione (la

³²⁵ In questo senso molto più lucide e pertinenti le considerazioni dell'A.G. Poiares Maduro punti 59-63.

³²⁶ Entrambe le sentenze, in tal senso, si esprimono in termini abbastanza simili: punti 75-77 in Viking e punti 90- 93 in Laval ove si dice: "il diritto di intraprendere un'azione collettiva, che ha come scopo la tutela dei lavoratori, costituisce un legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato. Sulla base di tali considerazioni ... l'art. 43 CE deve essere interpretato nel senso che azioni collettive come quelle in esame nella causa principale, finalizzate a indurre un'impresa stabilita in un certo Stato membro a sottoscrivere un contratto collettivo di lavoro con un sindacato avente sede nello stesso Stato e ad applicare le clausole previste da tale contratto ai dipendenti di una società controllata da tale impresa e stabilita in un altro Stato membro, costituiscono restrizioni ai sensi dell'articolo in parola. Tali restrizioni possono, in linea di principio, essere giustificate da una ragione imperativa di interesse generale come la tutela dei lavoratori, purché sia accertato che le stesse sono idonee a garantire la realizzazione del legittimo obiettivo perseguito e non vanno al di là di ciò che è necessario per conseguire tale obiettivo".

scelta di cambiare bandiera al proprio vascello da parte della società Viking, il rifiuto di aderire al contratto collettivo svedese da parte della Laval) quali mezzi di limitazione della efficacia dell'azione collettiva per il fine di tutela.

Questa modalità di condurre il test dice perché la Corte abbia posto in essere un'operazione di *detachment* del diritto di azione collettiva dai suoi fini di tutela, collocando poi il test di stretta proporzionalità direttamente sugli obiettivi dell'azione, con conclusioni più accettabili nel caso Viking e meno accettabili nel caso Laval (*infra* par. 7.2.3.)³²⁷.

Appare, in ogni caso, assodato che, in entrambe le sentenze, l'azione collettiva viene considerata misura limitativa della libertà di circolazione; per ciò stesso le Corti si precludono di verificare nel *balancing test* se gli strumenti di affermazione della libertà di circolazione (il cambio di bandiera, il rifiuto di aderire al meccanismo negoziale svedese), possano essere considerate *in sé* lesive di altri beni: lo stesso principio di concorrenza leale con imprese dei paesi che subiscono la concorrenza di Laval e Viking, e la stessa efficacia del diritto di azione collettiva.

L'azione collettiva, nell'argomentazione della Corte (in entrambe le sentenze), degrada, pertanto, da *diritto fondamentale in sé a mezzo strumentale* alla realizzazione di un altro diritto: la tutela delle condizioni di lavoro e la lotta al dumping sociale nel caso Viking, le condizioni di trattamento minimo per i lavoratori distaccati, per come previste dall'art. 3 n. 1 della direttiva 96/71, nel caso Laval³²⁸. L'azione collettiva è, pertanto, considerata, in entrambe le sentenze, strumento o misura finalizzata a realizzare un diritto (la tutela del lavoro) ma potenzialmente idoneo a violarne un altro (le libertà economiche).

Ciò si porrebbe in contraddizione logica qualora il richiamo delle due sentenze ai diritti collettivi e all'art. 28 della Carta di Nizza fosse suonata come affermazione di quei diritti e non solo come mero riconoscimento. Appare meno in contraddizione se, invece, come pare, i diritti sociali collettivi siano semplicemente riconosciuti dalla Corte, nell'attuale contesto normativo, e non affermati, mentre esattamente il contrario avviene per le libertà economiche.

Risulta, pertanto, evidente, applicando lo schema di Alexy³²⁹, come la Corte, nel caso Laval soprattutto, abbia attribuito, nell'attuale contesto normativo dell'Unione, una diversa importanza astratta ai diritti in conflitto (bassa al diritto di azione collettiva, media alla tutela del lavoro, elevata alla libera circolazione).

È ovvio che tutto ciò possa diventare ragionevolmente contestabile sulla base di premesse (as-sio)logiche diverse da quelle della Corte (attribuendo per esempio una importanza equivalente ai

³²⁷ Il bene tutela del lavoro o contrasto al dumping sociale, considerato una minaccia seria ai posti di lavoro e alle condizioni di impiego, nella versione Viking; nella versione Laval l'eventuale pregiudizio limitato ai trattamenti minimi per i lavoratori distaccati, giusta la previsione dell'art. 3.1. della direttiva 96/71, con un formalistico e acrobatico superamento di quanto previsto dall'art. 3.8 della stessa.

³²⁸ La Corte, nel caso Laval, verifica in concreto se l'azione dei sindacati, che ha condotto al blocco dei cantieri della società L&P Baltic Bygg ABntieri, consociata della società lettone Laval nel sito svedese di Vaxholm e al suo successivo fallimento, sia effettivamente atta a realizzare determinati obiettivi legittimi di interesse pubblico o la tutela di ulteriori diritti fondamentali. Nel caso Viking il medesimo test è condotto sull'azione di solidarietà contro la società Viking che malgrado le pressioni dei sindacati, si era determinata per il cambiamento di bandiera (da finlandese a estone) della propria unità navale.

³²⁹ R. Alexy, *Diritti fondamentali, bilanciamento e razionalità*, in *Ars interpretandi*, 2002, pp. 131-144; Id., *La formula per la quantificazione del peso nel bilanciamento*, in *Ars Interpretandi*, 2005, pp. 97-123.

diritti sociali e alle libertà economiche, o rovesciando la graduazione)³³⁰. E diventerebbe altrettanto contestabile se le premesse di principio della Corte fossero prese davvero sul serio da essa stessa; se la Corte avesse intenzione (magari in un diverso quadro normativo) di affermare e non semplicemente riconoscere i diritti sociali collettivi nello spazio europeo e di considerare, sul serio, le libertà economiche un mero limite esterno al dispiegarsi degli stessi.

7.2.2. Il test di Necessità nel caso Viking

“Il test di necessità (o regola del mezzo più mite³³¹) presuppone che sia stata esperita con esito positivo la verifica di idoneità, e riguarda la verifica che la misura contestata sia la meno invasiva nei confronti del bene concorrente”³³². In tal caso le motivazioni delle due sentenze divergono sensibilmente. In Laval il test di necessità non viene neppure esperito, essendo risultata negativa la verifica di idoneità della misura (l'azione collettiva) restrittiva della libertà di circolazione dei servizi. La Corte in Laval fissa, infatti, apoditticamente, il limite della tutela dei lavoratori lettoni impiegati dalla impresa lettone - e quindi la legittimità dell'azione collettiva considerata nel suo fine - nel disposto dell'art. 3.1. della direttiva n. 96/71³³³; poiché l'azione dei sindacati svedesi era mirata ad imporre alla consociata non i minimi della direttiva ma gli standard di trattamento del contratto del settore edile praticati in Svezia (comprensivi dei maggiori oneri assicurativi, formativi e contributivi³³⁴), essa, in sé, non era in grado di superare il test di idoneità³³⁵; il giudizio negativo sul test di idoneità, rende inutile, per il giudice del caso Laval, pertanto, l'accesso al test di necessità.

Il test di necessità, invece, è ampiamente dispiegato nel caso Viking. Nella sentenza Viking, la

³³⁰ Sul significato sostanzialmente politico dell'operazione di bilanciamento costituzionale, si veda A. Morrone voce *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enc. del diritto*, Giuffrè, di prossima pubblicazione.

³³¹ R. Axely, *Diritti fondamentali*, cit. p. 137 “Tale criterio richiede che tra due mezzi che realizzano P₁ più o meno allo stesso modo, venga scelto quello che lede in misura minore P₂. Nel caso esista un mezzo meno limitativo di un diritto fondamentale ma parimenti adeguato al nostro scopo, una posizione soggettiva può quindi essere migliorata senza con ciò generare dei costi a carico degli altri. L'applicabilità del criterio di necessità presuppone tuttavia che non vi sia alcun principio P₃ che venga a sua volta pregiudicato attraverso il ricorso al mezzo meno lesivo nei confronti di P₂”.

³³² G. Pino, *La «lotta per i diritti fondamentali» in Europa*, cit. pp. 120-121.

³³³ Cfr. Laval punto 81: “Di conseguenza, e fatta salva la facoltà, per le imprese aventi sede in altri Stati membri, di sottoscrivere volontariamente nello Stato membro ospitante, in particolare nell'ambito di un impegno preso con il proprio personale distaccato, un contratto collettivo di lavoro eventualmente più favorevole, il livello di protezione che deve essere garantito ai lavoratori distaccati sul territorio dello Stato membro ospitante è limitato, in linea di principio, a quello previsto dall'art. 3, n. 1, primo comma, lett. a)-g), della direttiva 96/71, a meno che tali lavoratori non godano già, in applicazione della legge o di contratti collettivi nello Stato membro di origine, di condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per quanto riguarda le materie previste da tale disposizione”; e 108: “Occorre tuttavia rilevare che, per quanto riguarda gli obblighi specifici connessi alla sottoscrizione del contratto collettivo dell'edilizia che le organizzazioni sindacali tentano di imporre alle imprese stabilite in altri Stati membri con un'azione collettiva come quelle in esame nella causa principale, l'ostacolo che quest'ultima comporta non può essere giustificato alla luce di tale obiettivo. Infatti, ... per quanto riguarda i lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione di servizi transnazionale, il datore di lavoro di questi ultimi è tenuto, grazie al coordinamento realizzato dalla direttiva 96/71, a rispettare un nucleo di norme imperative di protezione minima nello Stato membro ospitante”.

³³⁴ In esordio al punto 5 della sentenza il riferimento ai maggiori oneri.

³³⁵ La Corte in Laval, punti 109-110, non esclude che l'azione collettiva possa imporre alle imprese stabilite in un altro stato membro che distaccano temporaneamente loro maestranze proprie disposizioni statuali sui minimi (non le disposizioni standard) con mezzi appropriati. La Corte imputa, tuttavia, al sistema svedese di essere talmente farraginoso (le disposizioni non sarebbero state sufficientemente precise e accessibili) da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile la determinazione di tali minimi dal parte dell'impresa.

Corte valuta positivamente il primo test di idoneità: considera, infatti, adeguata l'azione dei sindacati contro il cambiamento di bandiera del vascello Rosella, posto che ciò può determinare in astratto un peggioramento delle condizioni di lavoro dell'equipaggio finlandese e il rischio di licenziamenti. Risolto positivamente il primo test, la Corte sembra prima rinviare al giudice di merito la verifica del secondo³³⁶, e cioè se nella specie i sindacati non disponessero di altri mezzi meno restrittivi della libertà di stabilimento per condurre a buon fine il negoziato con la Viking e se essi fossero stati esperiti prima di avviare l'azione in questione.

Finisce, però, in una successiva argomentazione della sentenza, con il considerarlo risolto in astratto³³⁷. Lo applica, pertanto, direttamente e compromettendo in tal modo la sua decisione, senza bisogno di attendere l'accertamento del giudice della causa di merito (punti 2 e 3 del dispositivo).

7.2.3. Il test di proporzionalità in senso stretto nel caso Viking.

È con il terzo test, quello di proporzionalità in senso stretto³³⁸, che la Corte in Viking prende più apertamente posizione finendo per considerare più "grave" la violazione della libertà di stabilimento di quanto, in concreto, si sia realizzata la violazione delle condizioni di lavoro. La Corte ci arriva sostituendosi eccezionalmente al giudice di rinvio e introducendo il principio della risposta "utile" anche per il profilo processuale: ciò "attraverso indicazioni ricavate dal fascicolo della causa principale nonché dalle osservazioni scritte e orali ...sottoposte" alla Corte stessa³³⁹. Risolve il test di stretta proporzionalità sulla base della considerazione³⁴⁰ - in effetti discutibile perché meramente agganciata ad un dato formale - che l'azione dei sindacati dovesse considerarsi sproporzionata; ciò in quanto lo statuto della Federazione internazionale dei lavoratori marittimi (ITF) impone l'inizio dell'azione sindacale, a richiesta di uno dei suoi membri, sulla base del semplice cambio di bandiera da parte del proprietario della nave "indipendentemente dall'eventualità che l'esercizio da parte di quest'ultimo del suo diritto alla libertà di stabilimento possa o meno avere conseguenze dannose per i posti o le condizioni di lavoro dei suoi dipendenti"³⁴¹.

Anche in tal caso è evidente il basso peso che la Corte attribuisce all'azione sindacale e alle sue regole rispetto a quello elevato che, invece, attribuisce alla libertà di stabilimento.

D'altro canto pare evidente, nel caso Viking, come più correttamente rispetto al bilanciamento effettuato nel caso Laval, la Corte ponderi allo stesso modo il peso (elevato) della tutela delle condizioni di lavoro e della libertà di stabilimento, anche se considera, poi, più grave, in concreto, la violazione di quest'ultima rispetto alla violazione del principio di tutela delle condizioni di lavoro.

³³⁶ Viking, punti 83 e 87.

³³⁷ Viking, punto 86.

³³⁸ "La verifica della proporzionalità in senso stretto riguarda la valutazione che il sacrificio imposto ai diritti fondamentali da una misura di interesse pubblico, sia "proporzionato", ossia ragionevolmente equilibrato al grado di soddisfazione di quest'ultima", nella nota formula di Axely: "Quanto più alto è il grado di non adempimento o di lesione di un principio, tanto più alta dev'essere l'importanza attribuita all'adempimento di un altro principio".

³³⁹ Viking, punto 85.

³⁴⁰ Viking, punto 89.

³⁴¹ Continua la Corte in Viking, punto 89: "In tal senso, come la Viking ha sostenuto in udienza senza essere sul punto contraddetta dalla ITF, la politica di riservare il diritto di contrattazione collettiva ai sindacati dello Stato del quale il proprietario effettivo di una nave ha la nazionalità viene applicata anche quando la nave è registrata in uno Stato che garantisce ai lavoratori una tutela sociale più elevata di quella di cui beneficerebbero nel primo Stato".

8. Laval e Viking: e dopo?

Quali conclusioni i giuristi del lavoro possono trarre dai due casi esaminati? L'orizzonte sociale dell'Europa che i giudici europei incominciano a disegnare è così oscuro come molti sono propensi a pensare? Davvero l'impatto della tradizione costituzionale italiana con la dimensione sovranazionale mette a rischio una pluridecennale identità dei diritti sociali collettivi, non solo specifica e peculiare ma anche di forte contenuto sostanziale e di tutela procedurale? Davvero l'apertura sovranazionale transnazionale dello spazio sociale può rivelarsi un distruttivo dono dei Danai?

Sarebbe troppo spingersi sino a questo punto; è certo, comunque, che i casi Laval, Viking, ma pure Rüffert, non giustificano neppure stucchevoli ottimismo.

Nel bene e nel male, i diritti sociali di azione collettiva entrano prepotentemente, con le due sentenze analizzate, nel lessico giuridico europeo, e ne arricchiscono la grammatica dei diritti; entrano, però, non dal *front door*, come era legittimo attendersi, ma da una ridimensionata *back door*; al seguito, per altro, di invadenti - se non proprio empì come i invitati della casa di Odisseo - ospiti della casa europea (le libertà economiche di circolazione).

Certo la paralisi in cui versa attualmente l'attività di regolazione sociale dell'Unione europea non corrobora il processo di assestamento e decantazione normativa che i nuovi fenomeni di conflitto e negoziazione transnazionale, indotti pure dal recente allargamento, suggerirebbero³⁴².

A fronte della complessità che i casi presentano, è comprensibile che a molti finisca per apparire oltremodo deludente e, comunque, insufficiente la risposta giudiziale che - si dimentica - è dettata pure dal quadro normativo vigente.

L'annunciata efficacia normativa della Carta di Nizza non può assumere, certo, le veci di Godot; pare, in ogni modo, evidente che quel vero e proprio triangolo delle Bermude - che rischia di diventare per i diritti sociali collettivi, la mancanza di competenze comunitarie in materia di sciopero e associazione collettiva, la primazia delle libertà economiche e la giurisprudenza della Corte - deve essere, in qualche modo, normalizzato. Il riconoscimento dei diritti sociali collettivi postulato nell'art. 28 della Carta di Nizza è incompatibile con la mancanza di competenze formali dell'Unione in materia di azione collettiva.

Si tratta, allora, di guardare con prudenza, ma con serenità, non soltanto ad un aggiornamento della regolazione europea, ma ad un possibile allargamento delle sue competenze. Il nuovo assetto ordinamentale europeo, fondato sul riconoscimento dei diritti sociali collettivi di seconda generazione, accanto alle libertà economiche fondamentali (la pari dignità formale, riconosciuta a chiare lettere dalle sentenze Laval e Viking) implica, infatti, una progressiva messa a punto della interazione equilibrata tra gli uni e le altre. Il bilanciamento che coinvolge diritti delicati come il diritto di sciopero e coalizione e altre forme di azione collettiva, non può soltanto essere limitato ai principi, ed affidato alla interpretazione adeguatrice (che rimane comunque indispensabile)

³⁴² E. Ales, S. Engblom, T. Jaspers, S. Laulom, S. Sciarra, A. Sobczak, F. Valdés Dal-Ré, *Transnational Collective Bargaining: Past, Present and Future*, http://ec.europa.eu/employment_social/labour_law/docs/transnational_agreements_ales_study_en.pdf; E. Ales, *La contrattazione collettiva transnazionale tra passato presente e futuro*, in *Giorn. dir. lav. rel. ind.*, 2007, 3, pp. 541-550. A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva transnazionale: prove di ripresa del dialogo sociale europeo*, in *Giornale Dir. Lav. Rel. Ind.*, 2007,3, pp. 551-569.

della Corte di giustizia, magari in dialogo più intenso con le Corti costituzionali nazionali; dovrebbe essere fissato anche da regole più precise e affidato a prassi di collaborazione tra organi amministrativi più fluidi³⁴³.

Se le libertà economiche di circolazione, infatti, ma anche il principio della concorrenza leale e regolata, hanno tutto da guadagnare dalla creazione di uno spazio sociale europeo omogeneo, reso tale non necessariamente con regole armonizzate – uno spazio governato dai medesimi principi -, è altrettanto vero che tali libertà e il principio di concorrenza, possono corroborare la dismissione di pratiche e concezioni dei diritti sociali intrise di protezionismo, nazionalismo di ritorno, e anche di corporativismo conservatore.

Nell'impatto reciproco, sia le libertà economiche sia i diritti sociali possono cambiare la loro pelle senza cambiare la loro natura; possono farlo adattandosi ad un mutamento senza precedenti, prodotto dalla creazione di un ordinamento giuridico integrato che contiene gli stati, e le loro differenti istituzioni e tradizioni, e, dunque, le specificità anche di regole giuridiche funzionali all'affermazione dei diritti. Certo, in questa prospettiva di reciproca interazione tra diritti sociali e libertà economiche occorrerebbe, forse considerare più modernamente e meno ideologicamente le relazioni tra capitale e lavoro non più come "perennemente e immanentemente" ispirate dalla logica del conflitto.

Per corroborare un tale processo di interazione e reciproca trasformazione di culture e principi nazionali, tra le libertà fondamentali e i diritti sociali, ci sono principi *ad hoc* costituzionalizzati nell'ordinamento europeo: il principio di sussidiarietà, per esempio, - più del mutuo riconoscimento - che non è soltanto un principio di regolazione delle competenze, ma di temperamento dinamico di identità diverse; e connesso ad esso, il principio di leale collaborazione; ma anche i principi di proporzionalità e di ragionevolezza, direttamente ripresi, in materia di diritti sociali dalla Corte di Giustizia, intesi quali passaggi cruciali della strategia argomentativa mirata ad un condivisibile bilanciamento.

Sembra, comunque, cruciale, in questa fase, intensificare la comunicazione, anche critica, tra la dottrina europea postnazionale³⁴⁴ e la Corte di giustizia, intesa quale tassello di un dialogo più ampio tra dottrina (che è parte integrante della società civile europea in costruzione) e le istituzioni europee. Il diritto costituzionale europeo *in progress* ha tutto da guadagnare da prove di democrazia basate proprio sull' "agire comunicativo"³⁴⁵.

L'orizzonte non è limpido ma proprio per questo occorre aguzzare la vista e guardare lontano.

³⁴³ In tal senso condivisibili le osservazioni di S. Sciarra, *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, cit. La possibilità di un dialogo esplicito tra Corte costituzionale e Corte di giustizia, è ora affermata dalla Corte Cost. con la sentenza n. 102/2008 e con l'ordinanza n. 103/2008: supra nota 46 e testo.

³⁴⁴ Si rinvia B. Caruso, *Changes in the workplace and the Dialogue of Labor Scholars in the "Global Village"*, in B. Aaron – K. V. W. Stone (edited by), *Rethinking Comparative Labor Law*, cit.; ivi pure i saggi, di M. Weiss, *Convergences and/or Divergences of Labor Law System? An European Perspective*; M. Freedland, *Developing the European Comparative Law of Personal Work Contracts*; K. V. W. Stone, *A new Labor Law for a New World of Work: The Case for a comparative- Transnational Approach*; J. Riot, *Future Direction for Labor Law Scholarship and International Collaboration*; H. W. Arthurs, *Compared to What? The UCLA Comparative Labor Law Project and the Future of comparative Labor Law*. Si veda pure M. Barbera-B. Caruso, *L'apporto della dottrina giuslavoristica italiana alle teorie sull'integrazione europea*, cit.; S. Sciarra, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in *Quad. Fior.*, 2002, 2, p. 427 ss.

³⁴⁵ Si rinvia a B. Caruso – C. Massimiani, *Prove di democrazia in Europa: la "flessicurezza" nel lessico ufficiale e nella pubblica opinione*, in *Dir. Lav. Merc.*, 2007, 3, p. 457 ss., fascicolo speciale su "il lavoro tra flessibilità e sicurezza". In generale, M. Ferrarese, *Il diritto orizzontale*, cit. pp. 647 e ss.