

a cura di
Giacomo Gattinara
e Fabio Pappalardo



L'EUROPA DEI DIRITTI

La Corte di giustizia
e i cittadini dell'Unione

Presentazione di Lucio Battistotti

Introduzione di Giuseppe Tesaro

 MERIDIANA LIBRI



Esiste un cittadino europeo? Chi è incaricato di verificare il rispetto dell'ordine giuridico in Europa? A tali quesiti risponde la Corte di giustizia europea che, sin dalla sua nascita, nel 1952, ha dato alla luce circa 27 000 sentenze, occupandosi di molti temi, tra cui parità di trattamento tra uomo e donna, euro, medicinali, prostituzione, sussidi agricoli, diplomi universitari.

Da sessant'anni la Corte è la vera fucina del diritto europeo. L'occhio attento che sorveglia Stati, istituzioni e cittadini affinché tutti rispettino il diritto di quell'Unione che coltiva la pace come obiettivo primario da conseguirsi attraverso l'integrazione tra le popolazioni.

L'Unione europea è dunque uno spazio, oggi, in cui si confrontano interessi, bisogni, diritti e doveri delle persone; dove si perseguono obiettivi quali la cura per l'ambiente, la cultura, la tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Era allora inevitabile fare una riflessione su quello che è, e rimane, il giudice *par excellence* dei cittadini europei nonché una delle Corti più importanti del mondo.

Questo volume è una storia rivolta ai più, ma rigorosa, dei momenti cruciali dell'opera della Corte: in particolare di quelle sentenze che più hanno contribuito all'integrazione del Vecchio continente e che hanno aperto scenari divenuti poi quelli dell'Europa unita. Un libro, dunque, che racconta le sentenze che hanno fatto l'Europa.

Capitolo dopo capitolo, si coglie l'importanza dell'impegno dei giudici, degli avvocati generali, referendari, traduttori, interpreti, informatici, ricercatori e tanti altri giovani e meno giovani di ventotto piccoli e grandi paesi.

Si comincia quindi con il guardare alla Corte nei suoi rapporti con le altre istituzioni dell'Unione e si prosegue con le interazioni tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali, supremi e non, mediante il vero gioiello del sistema che è il rinvio pregiudiziale. Si entra poi nel Palazzo di giustizia e il viaggio procede attraverso i suoi gangli vitali e organizzativi, con un'interessante sosta presso la cancelleria e la biblioteca.

Un volume ricco di voci (quindici infatti gli autori: funzionari italiani della Corte e delle istituzioni europee, giuristi, studiosi) che va oltre il livello istituzionale di una giurisprudenza che è invece fervida e proteiforme, tesa a esaltare i diritti della persona. Al termine del viaggio, lo sguardo che si dà sulla Corte è sereno: c'è un giudice a Lussemburgo, ed è il giudice dei cittadini dell'Unione europea.

Giacomo Gattinara, avvocato, è dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea presso l'Università «La Sapienza» di Roma e membro del Servizio giuridico della Commissione europea.

Fabio Pappalardo è dottore di ricerca in Diritto comunitario e comparato del lavoro all'Università di Ferrara e amministratore presso la Direzione generale biblioteca, ricerca e documentazione della Corte di giustizia dell'Unione europea.

ISBN 978-88-6843-122-8



9 788868 431228



www.donzelli.it

€ 27,00

Questa pubblicazione riflette solo il punto di vista degli autori.
La Commissione europea e la Corte di giustizia
non possono essere ritenute responsabili del contenuto
né di qualsivoglia uso venga fatto
delle informazioni contenute nel volume.

© 2014 Donzelli editore, Roma
Via Mentana 2b
INTERNET www.donzelli.it
E-MAIL editore@donzelli.it

ISBN 978-88-6843-122-8

Indice

- p. IX Presentazione
di Lucio Battistotti
- XI Introduzione
di Giuseppe Tesauro

Parte prima

La Corte di giustizia nell'Unione europea

- 3 I. La Corte nel quadro istituzionale europeo: il potere giudiziario
e gli altri poteri dell'Unione
di Giacomo Gattinara
- 13 II. Una corte costituzionale o una corte suprema?
di Alberto Dal Ferro
- 25 III. La Corte di giustizia e le corti costituzionali e supreme degli Stati membri
di Giacomo Gattinara e Fabio Pappalardo

Parte seconda

Nel «Palazzo di giustizia» dell'Unione: la Corte al lavoro

- 41 IV. La tutela dei singoli nel sistema di rimedi dei Trattati europei
di Alberto Dal Ferro
- 59 V. Dal voto al ricorso: come (e perché) Stati membri e istituzioni
impugnano gli atti di diritto secondario
di Vincenzo Randazzo
- 71 VI. L'interazione tra la Corte di giustizia e i giudici nazionali:
il rinvio pregiudiziale
di Giacomo Gattinara
- 83 VII. L'intermediario tra le parti e il giudice: la cancelleria
di Giacomo Gattinara e Fabio Pappalardo
- 93 VIII. Il contributo della Direzione generale biblioteca, ricerca e documentazione
della Corte di giustizia, ovvero «Iura novit curia»
di Fabio Pappalardo

- 105 IX. **La Corte** di giustizia e il multilinguismo: dire il diritto in 24 lingue ufficiali
di Beatrice Oddone
- 121 X. La comunicazione giurisdizionale della Corte: la giustizia spiegata ai cittadini
di Estella Cigna Angelidis

Parte terza

Le sentenze che hanno fatto l'Europa

- 137 XI. Un mondo nuovo: l'Unione europea e la nascita del suo diritto
di Giacomo Gattinara
- 147 XII. Il **mercato** interno: non più solo uno spazio senza frontiere interne
di **Giacomo** Gattinara
- 159 XIII. La tutela della concorrenza
di Fabio Filpo
- 171 XIV. L'Europa e il lavoro
di Vania Brino
- 185 XV. L'Europa e i giovani
di Marta Moretti
- 199 XVI. L'Europa dei consumatori
di Alessandro Morini e Léa Salvini Rizzato
- 215 XVII. L'Europa e l'ambiente
di Marco Onida
- 233 XVIII. La giustizia penale e la sicurezza affiancano le libertà di circolazione
di Daniela Savy
- 247 XIX. L'euro, la Bce e l'Unione europea
di Roberto Cisotta
- 263 Conclusioni. Uno sguardo sul Kirchberg
di Alessandra Mignolli
- 269 Bibliografia
- 275 Gli autori

XIV. L'Europa e il lavoro

di Vania Brino

1. *La Corte di giustizia e i diritti sociali fondamentali.*

Il processo evolutivo dell'Unione europea viene spesso descritto attraverso l'immagine di un'Europa che «in principio era il mercato»¹ e successivamente «riconobbe i diritti»². Il modello originario, per il quale le leggi dell'economia detenevano il ruolo guida nel progetto di costruzione del mercato integrato, si è nel tempo trasformato a beneficio della creazione di un ordine socio-economico proteso verso la realizzazione del progresso sociale e la tutela dei diritti fondamentali. In questo percorso estremamente accidentato la Corte di giustizia è stata il motore e l'artefice della «conversione» in senso sociale dell'Unione europea. L'infiltrazione dei diritti fondamentali all'interno dello spazio giuridico europeo ha incontrato nell'attività della Corte di giustizia il fattore propulsivo prevalente. La giurisprudenza, interpretando i principi fondamentali delle Costituzioni degli Stati membri e le disposizioni internazionali – in particolare la Convenzione europea dei diritti dell'uomo del 1950 –, ha per lungo tempo supplito ai limiti dei Trattati. Come altri ebbe a dire «l'alchimia giurisdizionale della Corte»³ ha avuto riflessi positivi all'interno degli ordinamenti nazionali tanto che i nuovi diritti costituzionali europei si sono alimentati «dei vecchi diritti consacrati nelle carte costituzionali e completano per tale via la loro nuova razionalizzazione»⁴. Da qui il modello europeo di Stato sociale si è trasformato orientandosi «non solo alla stabilità economica e monetaria ma anche al rispetto dei diritti fondamentali, in particolare di quelli sociali che entrano a far parte delle sue politiche e dei suoi obiettivi»⁵. Date queste sintetiche premesse, è evidente che le dinamiche di confronto tra finalità di politica sociale e obiettivi di integrazione economica sono nate e si sono evolute secondo schemi e meccanismi tutt'altro che lineari. Se indaghiamo il costruito originario va registrata una singolare affinità tra le prime disposizioni sociali contenute nel Trattato istitutivo della Cee e le disposizioni europee a tutela della concorrenza e del mercato, entrambe sviluppatesi con finalità di integrazione economica dei mercati. Come ha scritto un illustre giurista, attraverso le misure sociali il legislatore europeo non perseguiva tanto un più alto elevato tasso di socialità quanto l'eliminazione dei fattori suscettibili di ostacolare il buon funzionamento del mercato⁶. In que-

¹ A. Manzella, *Dal mercato ai diritti*, in Aa.Vv., *Riscrivere i diritti in Europa*, il Mulino, Bologna 2001, p. 29.

² *Ibid.*

³ S. Sciarra, *Diritti sociali fondamentali*, in Aa.Vv., *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Monduzzi, Bologna 1996, p. 87.

⁴ *Ibid.*

⁵ G. Arrigo, *Unione europea: diritto del lavoro tra integrazione e frammentazione*, in «Lavoro e Diritto», 1994, 2, pp. 261-87.

⁶ G. F. Mancini, *L'incidenza del diritto europeo sul diritto del lavoro degli Stati membri*, in «Rivista di diritto europeo», 1989, pp. 9-18: 10.

sta prospettiva, l'integrazione economica si affermava come fattore unificante e la concorrenza appariva come la «stella polare della politica europea»⁷. I principi di politica sociale e del lavoro trovavano giustificazione in una logica di armonizzazione «funzionalista», onde, per lo meno agli albori dell'ordinamento europeo, i precetti del diritto sociale rispondevano pressoché esclusivamente a logiche economiche in quanto diretti alla rimozione degli ostacoli che si frapponevano all'instaurazione e al corretto funzionamento del mercato comune. La fiducia riposta verso i meccanismi della libera concorrenza, in quanto funzionali alla realizzazione dell'armonizzazione spontanea delle condizioni di lavoro e dei salari – un'armonizzazione che non a torto è stata definita «mirata» – giustifica l'iniziale disimpegno del legislatore europeo sulle questioni del lavoro e di politica sociale, fatta eccezione per i casi nei quali il *deficit* normativo poteva causare specifiche distorsioni della concorrenza nel mercato. Pensiamo, in particolare, alla libertà di circolazione dei lavoratori di cui all'art. 39 Tce (art. 45 Tfue); agli artt. 117 e 119 Tce (artt. 151 e 157 Tfue); alla disposizione sui congedi retributivi; e, soprattutto, alla parità di trattamento retributivo di cui all'art. 139 Tce (art. 157 Tfue).

Diversamente, se indaghiamo l'ordinamento europeo negli sviluppi successivi – soprattutto a partire dal Trattato di Maastricht e ancor più per effetto del Trattato di Amsterdam –, possiamo notare che l'originaria supremazia del mercato rispetto alla dimensione sociale si è andata affievolendo, come dimostrano poi le più recenti modifiche introdotte dal Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (nel proseguo Tfe) a fronte delle quali l'Unione europea ambisce alla promozione di «un'economia sociale di mercato fortemente competitiva» (art. 3 Tfe), nella quale la crescita economica si combina con l'integrazione sociale. Se è vero che gli obiettivi e le clausole generali presenti nella parte di apertura del Trattato rappresentano il nuovo orizzonte dell'azione dell'Unione è quantomeno auspicabile che questo possa condizionare, in termini rovesciati rispetto al passato, la risoluzione dei conflitti e condurre verso nuove forme di convergenza tra la dimensione sociale e la dimensione economica. Nel quadro normativo sinteticamente evocato, la Corte di giustizia è stata a un tempo garante dei diritti fondamentali e artefice della formazione di un diritto del lavoro su scala europea. Basti considerare, tra gli altri, gli sviluppi intervenuti sul tema della parità di trattamento/non discriminazione così come sulla disciplina dei contratti flessibili di lavoro, mentre nell'evoluzione più recente la Corte ha svolto un ruolo determinante nella risoluzione dei conflitti sorti tra gli obiettivi di integrazione economica e le finalità di politica sociale e di tutela dei diritti fondamentali.

2. Parità di trattamento e non discriminazione tra uomo e donna.

La giurisprudenza europea sul tema della parità di trattamento tra sessi rappresenta un terreno di osservazione ideale per valutare l'evoluzione in senso sociale dell'Unione europea e per misurare l'influenza esercitata dalla Corte nell'elaborazione della legisla-

⁷ A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"», 2006, 47, p. 8.

zione antidiscriminatoria⁸. Pur senza entrare nel merito della questione, dovendo limitare l'analisi ad alcune delle sentenze più significative in materia, è importante sottolineare che le direttive da ultimo intervenute sono espressione evidente dei pronunciamenti della Corte sia con riferimento all'approccio estensivo del diritto antidiscriminatorio volto a ricomprendere una serie di fattori ulteriori e diversi rispetto al genere (in particolare le direttive n. 2000/43/Ce e n. 2000/78/Ce), sia per quanto concerne l'estensione dell'ambito di applicazione dei divieti oltre le condizioni di lavoro (nello specifico, si vedano le novità introdotte dalla dir. 2002/73/Ce ma soprattutto dalle dir. 2004/113/Ce; dir. 2006/54/Ce). L'interazione virtuosa tra la fonte giurisprudenziale e la fonte legale emerge con forza nei lavori preparatori delle direttive evocate dove si riconosce espressamente il debito interpretativo verso l'attività della Corte⁹. Il punto di partenza di questa breve analisi non può che essere l'art. 119 Tce (art. 157 Tfe) ai sensi del quale «ciascuno Stato membro assicura, durante la prima tappa, e in seguito mantiene, l'applicazione del principio di parità delle retribuzioni fra i lavoratori di sesso maschile e quelli di sesso femminile per uno stesso lavoro». Benché la norma si inserisca all'interno di un disegno più ampio, finalizzato alla creazione di una politica sociale comunitaria – soprattutto in ragione di una lettura combinata con l'art. 117 Tce (ora art. 151 Tfe) che muove dall'esigenza di garantire una «parificazione nel progresso» dei cittadini comunitari –, sono evidenti i legami originari tra il precetto e le preoccupazioni di ordine economico dei padri fondatori della Cee. L'intervento sulla parità di trattamento in materia retributiva si spiega infatti alla luce delle pressioni esercitate dal governo francese che temeva conseguenze negative sugli scambi e sulla concorrenza per effetto delle differenze nei livelli salariali tra gli Stati membri. Ma se, come detto, la norma ha una connotazione originaria fortemente funzionale a finalità economiche, a partire dal Caso *Defrenne II* (Sentenza della Corte dell'8 aprile 1976, Causa C-43/75, in Racc., 1976, p. 455), la Corte, realizzando così un primo importante tassello del processo di costruzione di un'Europa dal volto sociale, offre una lettura avanzata dell'art. 119 Tce (art. 156 Tfe), riconoscendo che la norma «persegue un duplice scopo, economico e sociale» (punto 10°) e arrivando in seguito ad affermare che

la finalità economica perseguita dall'art. 119 del Trattato e consistente nell'eliminazione delle distorsioni di concorrenza tra le imprese situate nei diversi Stati membri riveste un carattere secondario rispetto all'obiettivo sociale di cui alla stessa disposizione, la quale costituisce l'espressione di un diritto fondamentale della persona umana¹⁰.

Per la Corte, inoltre, l'art. 119 Tce (art. 156 Tfe) ha efficacia diretta sia verticale (nei confronti degli Stati) che orizzontale (nei confronti dei datori di lavoro indipendentemente dalla natura pubblica o privata degli stessi), sul presupposto che

corrisponde all'applicazione di un principio generale di eguaglianza che rientra nel comune patrimonio ideologico degli Stati membri¹¹.

⁸ Si veda il Rapporto di ricerca redatto da Silvana Sciarra, Commissione europea, *The Evolution of Labour Law* (1992-2003), Lussemburgo 2005.

⁹ Cfr., in questo senso, L. Guaglianone, *Le discriminazioni basate sul genere*, in *Il nuovo diritto antidiscriminatorio*, a cura di M. Barbera, Giuffrè, Milano 2007, pp. 247-81; 254 sgg.

¹⁰ Sentenza della Corte del 10 febbraio 2000, Causa C-50/96, *Deutsche Telekom AG*, in Racc., 2000, pp. I-743, punto 57.

¹¹ Caso *Defrenne* cit., punto 31.

Se, in origine, il principio di parità di trattamento era circoscritto agli aspetti retributivi, a seguito dei pronunciamenti della Corte di giustizia è stato riconosciuto un generale principio di parità tra sessi sia nell'accesso al lavoro (sentenza della Corte dell'8 novembre 1990, Causa C-177/88, *Dekker*, in Racc., 1998, pp. 1-3941), sia nelle condizioni d'impiego (sentenza della Corte del 26 febbraio 1986, Causa C-152/84, *Marshall*, in Racc., 1986, pp. 1-723). Il potenziamento della legislazione antidiscriminatoria per ragioni di genere poggia sull'assunto secondo cui «il diritto di non essere discriminato in ragione del proprio sesso costituisce uno dei diritti fondamentali della persona umana, di cui la Corte deve garantire l'osservanza»¹².

3. La Corte e i contratti di lavoro flessibile.

La regolazione del lavoro flessibile (intendendo per tale il lavoro a tempo parziale di cui alla dir. 97/81/Ce; il lavoro a tempo determinato di cui alla dir. 99/70/Ce; e, da ultimo, il lavoro tramite agenzia interinale di cui alla dir. 2008/104/Ce) è un'altra delle materie sulle quali è stato decisivo l'intervento della Corte di giustizia europea. La Corte ha saputo orientare e condizionare gli sviluppi del diritto del lavoro europeo nel quadro della regolazione dei lavori atipici, risultando inoltre un punto di riferimento nel dibattito centrato sulla «modernizzazione» del diritto del lavoro, materia, questa, che come sappiamo, è sempre più piegata dalle esigenze delle imprese e del mercato.

La questione più delicata affrontata dai giudici europei ha riguardato il bilanciamento tra le politiche di flessibilizzazione del mercato del lavoro e le istanze di tutela, sia sul piano individuale che collettivo, dei lavoratori. L'idea di flessibilità sposata e valorizzata a livello europeo si declina nel noto paradigma della *flexsecurity*, ovvero un modello finalizzato ad aumentare la flessibilità del mercato del lavoro e, a un tempo, incrementare la sicurezza soprattutto dei soggetti più vulnerabili. Anche alla luce di questo paradigma le istituzioni europee e la Corte di giustizia hanno operato nel tentativo di affermare la pari dignità delle forme non standard di impiego, pur riconoscendo la «prevalenza» del lavoro subordinato a tempo indeterminato. Sullo sfondo l'esigenza di garantire la parità di trattamento dei lavoratori e contrastare ogni forma di discriminazione riconducibile alla titolarità di un rapporto non standard. L'attivismo della Corte sul tema si declina, in particolare, nell'utilizzo del principio di parità di trattamento come volano attraverso il quale estendere le tutele ai lavoratori atipici ovvero come argine per contrastare gli abusi e il ricorso strumentale alle forme contrattuali flessibili.

Le discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale – Invero, già prima dell'introduzione della dir. 97/81/Ce, la Corte si era posta il problema delle discriminazioni nei confronti dei lavoratori a tempo parziale e, in particolare, delle donne. Tuttavia, in mancanza di una direttiva *ad hoc* che definisse la parità di trattamento tra lavoratori flessibili e lavoratori con contratto a tempo pieno e indeterminato, la Corte ha per lungo tempo affermato la legittimità dei trattamenti differenziati, purché alla base non vi fosse una discriminazione indiretta a danno delle lavoratrici, ovvero i soggetti che

¹² Sentenza della Corte del 10 febbraio 2000, Causa C-50/96, *Schroder*, in Racc., 2000, pp. 1-743, punto 56; si veda, inoltre, *Caso Defrenne II* cit.

erano assunti in percentuale maggiore con contratti part-time (sentenza della Corte del 13 maggio 1986, Causa C-170/84, *Bilka*, in Racc., 1986, pp. 1-1607 nel quale il trattamento differenziato è giustificato, secondo l'impresa, da scelte organizzative aziendali; sentenza della Corte del 27 giugno 1990, Causa C-33/89, *Kowalska*, in Racc., 1990, pp. 1-2591 nel quale si rinvia a un'esigenza di politica sociale; ancora la sentenza della Corte del 14 dicembre 1995, Causa C-317/93, *Nolte*, in Racc. 1995, pp. 1-4625 nel quale la Corte ha ritenuto compatibile con il diritto europeo la normativa tedesca secondo la quale i lavoratori a tempo parziale cosiddetti «minori» erano esclusi dal regime legale di assicurazione per la vecchiaia. Secondo la Corte, la misura interna rispondeva a una finalità legittima ovvero «il raggiungimento di un obiettivo di politica sociale estraneo a qualsiasi discriminazione basata sul sesso» – punto 34). Con l'adozione dalla dir. 97/81 si gettano le basi normative per una maggiore attenzione ai profili della parità di trattamento e non discriminazione tra lavoratori in ragione del tipo contrattuale con il quale vengono assunti. In particolare sul rapporto part-time-lavoro standard meritano di essere segnalate, quale anticipatrici di orientamenti oggi consolidati, la sentenza *Jenkins* (sentenza della Corte del 31 marzo 1981, Causa C-96/80, in Racc., 1981, pp. 1-911) intervenuta sulla legittimità di un sistema retributivo aziendale diversificato tra lavoratori a tempo parziale e lavoratori a tempo pieno; e le sentenze *Botel* (sentenza della Corte del 4 giugno 1992, Causa C-360/90, in Racc., 1992, pp. 1-3589) e *Gerster* (sentenza della Corte del 22 ottobre 1996, Causa C-1/95, in Racc., 1997, pp. 1-5253) nelle quali ritroviamo il primo importante riconoscimento del lavoro a tempo parziale come strumento di conciliazione dei tempi di vita e di lavoro.

Nelle evoluzioni più recenti la Corte ha accentuato la sua posizione garantista finalizzata a tutelare i lavoratori non standard contro le possibili e diversificate forme di discriminazione come ben dimostra il caso *Mangold* (sentenza della Corte del 22 novembre 2005, Causa C-144/04, in Racc., 2005, pp. 1-9981). Qui la Corte ha riconosciuto la prevalenza del principio di non discriminazione rispetto agli obiettivi di incremento dell'occupazione, nonché la parità di trattamento retributivo tra lavoratori assunti con contratti flessibili e lavoratori con contratto a tempo pieno e indeterminato. Tra le righe dell'interpretazione giudiziale (ulteriormente confermata nella sentenza della Corte del 4 luglio 2006, Causa C-212/04, *Adelener*, in Racc., 2006, pp. 1-6057; nella sentenza della Corte del 15 aprile 2008, Causa C-268/06, *Impact*, in Racc., 2008, pp. 1-02483; nella sentenza della Corte del 23 aprile 2009, Cause C-378, 379, 380/07, *Angelidaki*, in Racc., 2009, pp. 1-3071), l'assunto secondo cui il contratto di lavoro a tempo indeterminato rappresenta il modello prevalente di riferimento ma al contempo devono essere tutelate e garantite anche le forme non standard di lavoro in quanto identificate come un «fattore di incertezza», ovvero il terreno ideale nel quale è possibile commettere abusi (si veda la sentenza della Corte del 2 agosto 1993, Causa C-259/91, *Alluè*, punto 19, in Racc., 1993, pp. 1-4309).

Come prevenire gli abusi?

Un tema particolarmente controverso è quello delle misure di prevenzione degli abusi. Tra le finalità della dir. 99/70/Ce vi è quella di impedire gli abusi derivanti dall'utilizzo di una successione di contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato e gli

Stati membri devono introdurre, in assenza di disposizioni analoghe nel diritto interno, «una o più misure relative a: a) ragioni obiettive per la giustificazione del rinnovo dei suddetti contratti o rapporti; b) la durata massima totale dei contratti o rapporti di lavoro a tempo determinato successivi; c) il numero dei rinnovi dei suddetti contratti o rapporti» (clausola 5 dell'Accordo quadro).

La Corte di giustizia ha offerto una lettura fortemente garantista delle previsioni contenute nella direttiva osservando in più occasioni l'incompatibilità delle discipline nazionali ai precetti del diritto europeo. In *Adelener* (C-212/04, cit. intervenuta sulle ragioni obiettive che giustificano il rinnovo) la Corte ha avuto modo di chiarire il significato da attribuire alla nozione di «ragioni obiettive» quale presupposto per la stipula di un contratto a tempo determinato. Secondo la Corte la clausola evocata

osta all'utilizzazione di contratti di lavoro a tempo determinato successivi che sia giustificata dalla sola circostanza di essere prevista da una disposizione legislativa o regolamentare generale di uno Stato membro¹³.

Ciò a dire che deve trattarsi di motivi strettamente correlati con l'attività di lavoro e con le condizioni per il suo esercizio. Al contempo, tuttavia, come ben descritto nel caso *Mangold* e poi confermato nel caso *Angelidaki*, la stipula del primo e unico contratto a termine non è assistita da particolari vincoli. Interessanti rispetto alla legislazione italiana le osservazioni della Corte nel caso *Vino*:

la clausola 8.3 dell'Accordo quadro recepito dalla dir. 99/70/Ce non osta ad una normativa nazionale (e nello specifico l'art. 2 c. 1 bis d.lgs. n. 368/2001) in base al quale un'impresa (Poste italiane spa) può concludere un primo o unico contratto di lavoro a tempo determinato con un lavoratore, senza dover indicare le ragioni obiettive che giustificano il ricorso ad un contratto a termine, dal momento che questa normativa non è collegata all'attuazione dell'Accordo quadro ovvero fuorisce dal suo ambito di applicazione¹⁴.

Datori di lavoro pubblici e privati

Sulla questione sono intervenute una serie di pronunce particolarmente importanti non solo perché riguardano la disciplina italiana ma, più in generale, per la portata dei principi affermati. Mi riferisco al caso *Marrosu e Sardino* (sentenza della Corte del 7 settembre 2006, Causa C-53/04, in racc., 2006, p. 72516), e al caso *Vassallo* (sentenza della Corte del 7 settembre 2006, Causa C-180/04, in Racc., 2006, p. 7251). Entrambi richiamano l'annosa questione del differente regime sanzionatorio previsto tra settore pubblico e settore privato in presenza di una successione illegittima di contratti a termine. La normativa italiana (in particolare l'art. 36 d.lgs. n. 165/2001) prevede la sola sanzione risarcitoria per gli abusi nell'ambito del lavoro pubblico. Per la Corte la misura interna è compatibile con la dir. 99/70/Ce ma dovrà essere il giudice nazionale a

valutare in quale misura le condizioni di applicazione nonché l'attuazione effettiva dell'art. 36 del d.lgs. n. 165/2001 ne fanno uno strumento adeguato a prevenire e, se del caso, a sanzionare l'uti-

¹³ Caso *Adelener* cit., punto 75; in senso analogo caso *Kücük*, C-586/10, 26 gennaio 2012.

¹⁴ C-20/10, 11 novembre 2010, punto 43. Si segnala che nell'ordinamento italiano l'a-causalità del rapporto di lavoro a tempo determinato è stata ammessa per la prima volta, in via generale, con l'art. 1, comma 9, lett. b), della legge 28 giugno 2012, n. 92. Il contratto a termine è consentito per «qualunque tipo di mansioni» senza necessità di alcuna giustificazione qualora si tratti del «primo rapporto a tempo determinato» tra le stesse parti, con durata «non superiore a dodici mesi» (si veda art. 1, comma 9, lett. b), che introduce un comma 1 bis nell'art. 1 d.lgs. n. 368/2001.

lizzo abusivo da parte della pubblica amministrazione di una successione di contratti o di rapporti di lavoro a tempo determinato¹⁵.

Nello specifico, la Corte ha precisato che la clausola 5 dell'Accordo quadro non osta, in quanto tale, a che uno Stato membro riservi un destino differente al ricorso abusivo a contratti o rapporti a tempo determinato stipulati in successione a seconda che si tratti di contratti stipulati con un datore di lavoro pubblico o privato.

Così nel caso *Angelidaki* la Corte ha affermato che con riferimento alla repressione degli abusi

occorre ricordare che, qualora, come nel caso di specie, il diritto comunitario non preveda sanzioni specifiche nelle ipotesi in cui non siano stati nemmeno accertati abusi, spetta alle autorità nazionali adottare misure adeguate per far fronte ad una siffatta situazione, misure che devono rivestire un carattere non soltanto proporzionato, ma anche abbastanza effettivo e dissuasivo da garantire la piena efficacia delle norme adottate in attuazione dell'accordo quadro¹⁶.

In estrema sintesi la Corte di giustizia ha escluso l'obbligo degli Stati membri di prevedere la sanzione della conversione del rapporto di lavoro a tempo determinato in rapporto di lavoro a tempo indeterminato nel caso di illegittima apposizione del termine ma, al contempo, ha riconosciuto che gli Stati devono disporre di un sistema sanzionatorio effettivo e in grado di contrastare l'utilizzo elusivo dei contratti cosiddetti non standard.

4. I conflitti tra finalità di politica sociale e norme europee a tutela della concorrenza.

Secondo i padri fondatori della Comunità economica europea il progetto di creazione del mercato unico prevaleva nettamente sulle istanze solidaristiche e di redistribuzione delle risorse che animavano, diversamente, i moderni sistemi di *welfare State*. L'unico ambito che pare invece fin dalle origini intriso di una forte connotazione sociale e che rappresenta secondo molti l'incipit del processo che ha condotto verso l'affermazione di un diritto del lavoro su scala europea è quello, come detto, della libertà di circolazione dei lavoratori. Ma fatta questa precisazione è il diritto del mercato, ovvero le disposizioni europee a tutela della concorrenza (artt. 101-106 Tfeue) e le libertà economiche fondamentali sancite nei Trattati, ad assurgere a principio generale mentre la materia sociale rilevava piuttosto come eccezione, sia in quanto il Trattato del '57 assegnava un posto residuale alle norme sociali sia perché, nell'ambito della disciplina europea sulla concorrenza così come in quello delle libertà economiche fondamentali, le finalità sociali hanno trovato tutela solo indiretta, ovvero per il tramite di talune deroghe che si giustificano alla luce di esigenze di interesse generale. In questo senso, «la storia dei rapporti tra diritto del lavoro e diritto della concorrenza è quella di una difficile convivenza, posto che il libero mercato gode di uno statuto giuridico più robusto rispetto a quello frammentario delle politiche sociali nelle quali si annida il diritto del lavoro»¹⁷.

¹⁵ Caso *Marrosu e Sardino*, punto 49.

¹⁶ Caso *Angelidaki*, punto 158; negli stessi termini, la Corte si pronuncia nel più recente caso *Affattato* C-3/10, 1 ottobre 2010.

¹⁷ B. Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», LII, 2000, 4, pp. 779-820: 819.

Il collocamento dei lavoratori: un'attività economica?

Esemplificativa in questo senso la vicenda dei monopoli pubblici del collocamento. Se, in principio, l'attività di intermediazione era gestita in via esclusiva dalle autorità pubbliche, a partire dai primi anni novanta il sistema viene profondamente liberalizzato soprattutto per effetto di alcune sentenze della Corte di giustizia. Mi riferisco, in particolare, al caso *Höfner* (sentenza della Corte del 23 aprile 1991, Causa C-41/90, in Racc., 1991, pp. I-1979) e al caso *Job Centre II* (sentenza della Corte dell'11 dicembre 1997, Causa C-55/96, in Racc., 1997, pp. I-3361). L'orientamento della Corte sul punto, pur nelle specificità dei singoli casi, presenta evidenti affinità sia nell'impostazione adottata dai giudici sia nelle soluzioni proposte. Sul presupposto che l'impresa può definirsi come «qualsiasi entità che esercita un'attività economica, a prescindere dallo status giuridico e dalle sue modalità di finanziamento» (caso *Job Centre II* cit., punto 21), la Corte identifica nel collocamento un'attività economica, a nulla rilevando che sia solitamente affidata a enti pubblici e che sia assente lo scopo di lucro. In particolare si tratta di impresa incaricata della gestione di un servizio di interesse economico generale e, quindi, soggetta alle norme di cui al Titolo VII del Trattato, a meno che non sia provato che l'applicazione di queste regole risulti incompatibile con lo svolgimento dei compiti affidati (art. 106.2 Tfeue). Nei casi evocati, la deroga non ha trovato applicazione in quanto la Corte si avvale della cosiddetta categoria dell'abuso per inefficienza:

vietando, a pena di sanzioni penali e amministrative, qualunque attività di mediazione e interposizione tra la domanda e l'offerta di lavoro che non sia svolta da uffici pubblici di collocamento, uno Stato membro dà origine ad una situazione in cui la prestazione viene limitata, ai sensi dell'art. 86, secondo comma, lett. b), del Trattato, quando i detti uffici non sono palesemente in grado di soddisfare, per tutti i tipi di attività, la domanda esistente sul mercato del lavoro¹⁸.

La Corte esprime altrimenti un giudizio *ex post* sul funzionamento dell'ente senza considerare le ragioni *ex ante* per cui è stato creato.

E la sicurezza e la previdenza sociale?

Anche le incursioni del diritto della concorrenza nei territori della previdenza e sicurezza sociale, tradizionalmente di competenza degli Stati, riflettono una linea d'azione volta a comprimere al minimo la presenza pubblica nel mercato comune. Negli annali di giurisprudenza i casi più noti sono indubbiamente *Poucet e Pistre* (sentenza della Corte del 17 marzo 1993, Cause C-159 e 160/91, in Racc., 1193, pp. I-6671) e *Cisal* (sentenza della Corte del 22 gennaio 2002, Causa C-218/2000, in Racc., 2002, pp. I-691). Il ragionamento della Corte è sostanzialmente incentrato sulla possibilità di identificare o meno un mercato potenziale: se le prestazioni di sicurezza e previdenza sociale possono essere garantite alle stesse condizioni anche da operatori privati, viene meno l'elemento che giustifica l'attribuzione di un diritto esclusivo a un ente pubblico. Diversamente, qualora i sistemi previdenziali-assicurativi presentino caratteristiche tali da non poter essere gestiti allo stesso modo da imprese private, il monopolio si configura come una scelta necessaria nella misura in cui consente di realizzare forme di solidarietà viceversa escluse in regime di libero mercato. Nella giurisprudenza successiva, a partire dal caso *Aok Bundesverband* (sentenza della Corte del 16 marzo 2004, Causa C-

¹⁸ Caso *Job Centre II*, punti 33-35.

264/01, in Racc., 2004, pp. I-2493) e *Fenin* (sentenza della Corte dell'11 luglio 2006, Causa C-205/03, in Racc., 2006, pp. II-357) per arrivare al caso *Kattner* (sentenza della Corte del 5 marzo 2009, Causa C-350/07, in Racc., pp. I-1513), la Corte di giustizia consolida il suo orientamento, riconoscendo che i sistemi di previdenza e sicurezza sociale non sono esclusi, di per sé, dall'applicazione della disciplina sulla concorrenza.

Il contratto collettivo: un'intesa vietata ai sensi dell'art. 101 Tfeue?

Un altro terreno di scontro fra il diritto del lavoro e le norme europee a tutela del mercato ha riguardato la possibilità di considerare il contratto collettivo alla stregua di un'intesa vietata. In *Albany* (sentenza della Corte del 21 settembre 1999, Causa C-67/96, in Racc., 1999, pp. I-5751), in particolare, la Corte si è interrogata sulla natura del contratto collettivo istitutivo di un fondo pensionistico e, nello specifico, sull'ipotesi di ricondurlo entro la fattispecie degli accordi vietati ai sensi dell'art. 81 Tce (art. 101 Tfeue). La Corte conclude affermando che

vero è che taluni effetti restrittivi della concorrenza sono inerenti agli accordi collettivi stipulati tra organizzazioni rappresentative dei datori di lavoro e dei lavoratori. Tuttavia, gli obiettivi di politica sociale perseguiti da tali accordi sarebbero gravemente compromessi se le parti sociali fossero soggette all'art. 85, n. 1, del Trattato nella ricerca comune di misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro¹⁹.

Il contratto collettivo, nel momento in cui realizza obiettivi di politica sociale – identificati nel miglioramento delle condizioni di lavoro e dei salari –, dev'essere protetto da qualsiasi tentativo di ingerenza da parte della normativa sulla concorrenza in quanto, altrimenti, potrebbe essere compromessa la realizzazione del fine perseguito.

Il richiamo all'art. 3 Tce, ovvero all'esigenza di garantire una «concorrenza non falsata nel mercato interno» e, contestualmente, alla realizzazione di una politica nel settore sociale, pone le premesse per un inaspettato bilanciamento tra obiettivi sociali e obiettivi economici, peraltro in linea con le previsioni dell'art. 2 Tce (ora abrogato) che richiamava l'esigenza di garantire, a livello europeo, uno sviluppo armonioso delle attività economiche e altresì un livello adeguato dell'occupazione e della protezione sociale. L'interprete percepisce, nel percorso seguito dalla Corte e negli esiti della sentenza, l'intento di bilanciare i due valori in tensione, onde può dirsi che in *Albany* si realizza una forma virtuosa di «bilanciamento fra politiche diverse della Unione, in questo caso fra politiche orientate al funzionamento del mercato e politiche sociali, ritenute dalla Corte di pari rango»²⁰. La Corte, a partire da *Albany*, ha aperto nuovi spiragli di riflessione sui rapporti di forza tra i precetti sociali e le dinamiche del mercato concorrenziale. Sullo sfondo una politica sociale europea non più residuale nel processo di creazione di un'Europa integrata e, soprattutto, sia pur tra le righe, l'intenzione di superare quel deficit di democraticità sociale che è tratto originario del progetto fondativo europeo.

Contrattazione collettiva e mercato dopo Lisbona: qualcosa è cambiato

Le posizioni assunte dalla Corte vanno ulteriormente apprezzate perché si inserivano in una cornice istituzionale sbilanciata verso le ragioni degli affari e nella quale il di-

¹⁹ Caso *Albany*, punto 59.

²⁰ M. Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali*, in *La Carta di Nizza. I diritti fondamentali dell'Europa*, a cura di M. Napoli, Giuffrè, Milano 2004, pp. 41-58: 53.

ritto di contrattazione collettiva attendeva ancora una definitiva consacrazione nell'ordinamento europeo. Oggi, come è noto, il contesto di riferimento è cambiato in quanto il Trattato di Lisbona attribuisce alla Carta di Nizza lo stesso valore giuridico dei trattati. Ne consegue che i suoi postulati, ivi compreso l'art. 28 che introduce il diritto di negoziare e concludere contratti collettivi dei lavoratori e dei datori di lavoro «conformemente al diritto europeo e alle legislazioni e prassi nazionali» hanno acquisito valenza costituzionale. L'autonomia collettiva dovrebbe quindi essere in grado di opporre una capacità di resistenza al diritto della concorrenza qualitativamente diversa rispetto al passato, consentendo di rileggere e rivedere l'approccio regola-eccezione che ha condizionato molta parte delle interazioni tra diritti sociali e mercato. La Carta di Nizza ha infatti «eretto a contenuto di norme fondamentali le prerogative dell'autonomia collettiva e con scrittura attenta le ha collocate, non tra i principi, ma tra i diritti»²¹ che gli Stati, così come le istituzioni europee, devono osservare nel rispetto del principio di sussidiarietà. Se, prima della costituzionalizzazione, l'autonomia collettiva si confrontava ad armi impari con i precetti del libero mercato, oggi, i diritti sociali fondamentali dovrebbero porsi come limiti «originari e non superabili» anche quando entrano in gioco i precetti del diritto europeo della concorrenza.

5. Il bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali.

Nelle pronunce più recenti della Corte di Lussemburgo si sono inasprite le tensioni tra l'ordinamento europeo e gli ordinamenti nazionali soprattutto con riferimento al rapporto tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali, ambito, questo, nel quale si è paventato il rischio di considerare le libertà di mercato come «libertà di movimento»²² e, conseguentemente, di interpretare le politiche sociali nazionali come strumenti di protezionismo anziché vettori di un miglioramento generalizzato delle condizioni di vita e di lavoro.

Il (falso) problema dell'idraulico polacco e il (vero) problema del dumping sociale

Il perno delle questioni evocate ruota intorno alla libertà di prestazione di servizi, di cui all'art. 49 Tce (art. 56 Tfeue), che appare oggi il vero motore della competizione internazionale elevandosi pericolosamente a referente normativo delle prassi di *dumping* sociale²³. Sullo sfondo «la logica della concorrenza tra ordinamenti» che «entra a vele spiegate nei territori occupati dai diritti del lavoro nazionali»²⁴. L'allargamento a Est e la crisi globale hanno poi amplificato i termini della questione, tanto che oggi preoccupano sempre più le pulsioni nazionalistiche e l'indifferenza manifestata nei confronti delle

²¹ In questo senso B. Veneziani, *La Corte di Giustizia ed il trauma del cavallo di Troia*, in «Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale», 2008, 2, pp. 295-311; 295.

²² Si veda L. Pennacchi, *Governance economica e Governance sociale*, in «Rivista italiana di diritto del lavoro», 2012, 1, pp. 10-25; 19.

²³ È importante segnalare l'Accordo siglato dal Consiglio europeo per gli Affari sociali lo scorso 9 dicembre 2013, volto a rafforzare le tutele dei lavoratori distaccati nell'ambito di una prestazione transnazionale di servizi nonché a contrastare ogni forma di abuso e di utilizzo degli stessi in chiave strumentale ai fenomeni di *dumping* sociale.

²⁴ In questi termini si esprime S. Giubbboni, *Diritti e solidarietà in Europa*, il Mulino, Bologna 2003, p. 53. Si veda, inoltre, U. Carabelli, *Una sfida determinante per il futuro dei diritti sociali in Europa: la tutela dei lavoratori di fronte alla libertà di prestazione di servizi nella Ce*, in «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"», 2006, 49, p. 33.

istituzioni europee²⁵. Esplode, in forme più accentuate rispetto al passato, il problema del bilanciamento tra istanze contrapposte: da un lato quelle dei lavoratori, degli Stati di più antica adesione e delle organizzazioni sindacali che vogliono difendere i sistemi di protezione sociale, e dall'altro lato gli Stati di nuova adesione e le stesse imprese che rivendicano i propri vantaggi concorrenziali anche se derivanti da legislazioni meno garantiste. Le differenze sul piano legislativo, sociale ed economico si accompagnano alla mancanza di una sensibilità comune sui temi sociali e del lavoro con inevitabili conseguenze sul piano delle politiche europee.

Le posizioni espresse nel «biennio nero» della Corte europea²⁶, sia pur per ragioni in parte diverse, segnalano una parziale regressione del cammino europeo, soprattutto nel punto in cui sembrano legittimare un modello improntato alla competizione tra ordinamenti, e favorevolmente proteso verso la legittimazione del *dumping* sociale, nell'errata convinzione che possa favorire la crescita e lo sviluppo economico del paese che lo pratica. Pur nelle specificità di ciascun pronunciamento, che in questa sede non è possibile approfondire, le sentenze evocate fanno riaffiorare nodi cruciali del processo di costruzione dell'Unione europea: la questione degli equilibri di potere tra istituzioni nazionali ed europee (e quindi la definizione delle rispettive sfere di competenza); gli interrogativi sull'efficacia diretta orizzontale delle disposizioni dei trattati e, in particolare, delle libertà economiche fondamentali; e ancora il problema dei conflitti tra norme e dei meccanismi giuridici che possono essere evocati per risolverli (dal test di legittimità al principio di proporzionalità nelle sue differenti gradazioni). Tra tutte la questione indubbiamente più controversa riguarda il bilanciamento operato dalla Corte tra libertà economiche e diritti sociali fondamentali, nonché i criteri, e *in primis* il principio di proporzionalità, alla luce dei quali i giudici europei risolvono i conflitti (che possono essere, a un tempo, conflitti tra norme – europee e nazionali – ma anche tra sfere di competenza – istituzioni europee e Stati nazionali). Si riconosce, qui, il ruolo strategico dei giudici europei che si fanno arbitri sia nella scelta delle fattispecie giuridiche tutelabili, sia nella determinazione dell'intensità della tutela. L'applicazione del criterio di proporzionalità si declina in un giudizio sull'adeguatezza/idoneità (la limitazione di un principio deve giustificarsi per la necessità di dare attuazione a un altro principio di pari rango, ovvero dev'essere effettivamente tesa a realizzare la tutela di altri principi), sulla necessità (la misura adottata per la tutela di uno dei principi in conflitto dev'essere la meno invasiva tra quelle disponibili ovvero la cosiddetta regola del mezzo più mite) e proporzionalità in senso stretto (la compressione di un principio non dev'essere eccessiva rispetto allo scopo da realizzare e in ogni caso non può essere tale da ledere il suo contenuto essenziale)²⁷.

Rispetto ai casi evocati, e nell'impossibilità di affrontarli compiutamente, ci limitiamo ad osservare che non è tanto criticabile il fatto che la Corte abbia bilanciato i due

²⁵ D. Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza nell'ordinamento dell'Unione europea*, in «Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni industriali», 2010, pp. 509-69; 514.

²⁶ Sentenza della Corte dell'11 dicembre 2007, Causa C-438/05, *Viking*, in Racc., 2007, pp. I-10779; sentenza della Corte del 18 dicembre 2007, Causa C-341/05, *Laval*, in Racc., 2007, pp. I-11 767; sentenza della Corte del 3 aprile 2008, Causa C-346/06, *Rüffert*, in Racc., 2008, pp. I-01986; sentenza della Corte del 19 giugno 2008, Causa C-319/06, *Commissione c. Lussemburgo*, in Racc., 2008, pp. I-04323.

²⁷ Si veda, in particolare, B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione?*, «WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona"», 2008, 61.

principi in conflitto, quanto il modo in cui ha dato attuazione al bilanciamento. Per dirla diversamente non è la relativizzazione dei diritti fondamentali che spaventa ma le forme di utilizzo del principio di proporzionalità. In *Viking*, ma considerazioni analoghe possono rinvenirsi in *Laval*, la Corte, osserva che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, ivi compreso il diritto di sciopero, deve essere riconosciuto come un

diritto fondamentale facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario di cui la Corte garantisce il rispetto. Ciò detto la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, in linea di principio, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come la libertà di circolazione delle merci [...] o la libera prestazione dei servizi (punto 45).

Poste le premesse del suo ragionamento, la Corte afferma che

la Comunità non ha soltanto una finalità economica ma anche una finalità sociale e, di conseguenza, i diritti che derivano dalle disposizioni del Trattato relative alla libertà di circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali devono essere bilanciati con gli obiettivi perseguiti dalla politica sociale, tra i quali figurano in particolare [...] il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro (punto 79).

Pur riconoscendo il diritto di azione collettiva come diritto sociale fondamentale (sulla base delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, delle convenzioni internazionali, dell'art. 28 della Carta di Nizza), la Corte si trova a operare un bilanciamento tra una libertà economica fondamentale (espressamente sancita nel Trattato) e un obiettivo sociale riconducibile alla tutela di un diritto fondamentale (riconosciuto dall'ordinamento europeo ma ancora in attesa di affermazione nelle more dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona). Ed è proprio in ragione di ciò che il bilanciamento nasce di per sé imperfetto. La giustificazione dell'azione non poggia direttamente sulla tutela di un diritto fondamentale, bensì sulle finalità perseguite e riconducibili a un interesse generale. In questo modo «l'azione collettiva, da diritto fondamentale che può essere sottoposto a talune restrizioni diviene un più generico legittimo interesse in grado di giustificare, in linea di principio, una restrizione a una delle libertà fondamentali garantite dal Trattato»²⁸. Nel momento in cui si ammette il controllo del giudice sulla legittimità dell'azione sindacale, in particolare nelle modalità formulate in *Viking* e *Laval*, c'è il rischio di compromettere il paradigma dell'autodeterminazione quale componente fondante di ogni sistema democratico di relazioni sindacali.

6. Uno sguardo in prospettiva.

La Corte di giustizia ha svolto un ruolo determinante nel processo di affermazione dei diritti sociali fondamentali colmando i silenzi del legislatore e i vuoti normativi. I suoi interventi appaiono ancor più decisivi se esaminiamo l'evoluzione giurisprudenziale sul rapporto tra diritti sociali e mercato, nonostante le derive da ultimo prese dalla Corte, discutibili, certo, ma al contempo il segno evidente dell'ondivago «sentire» dei giudici chiamati a dirimere conflitti tra ordinamenti i cui codici genetici dimostrano

²⁸ A. Zoppoli, *Viking e Laval: la singolare andatura della Corte di giustizia (ovvero, l'autonomia collettiva negata)*, in «Diritti Lavori Mercati», 2008, pp. 151-62: 155.

non secondarie distonie. Da un lato le posizioni espresse in *Viking*, *Laval*, *Rüffert* e *Commissione c. Lussemburgo* segnalano una pericolosa inversione di rotta rispetto alla rassicurante direzione che la Corte sembrava aver preso da prima in *Albany* e poi in *Schmidberger* (sentenza della Corte del 12 giugno 2003, Causa C-112/00, in Racc., 2003, pp. I-5659) e *Omega* (sentenza della Corte del 14 ottobre 2004, Causa C-36/02, in Racc., 2004, pp. I-09609) – che possono a giusto titolo rappresentare un modello virtuoso di contemperamento tra principi in conflitto –. Dall'altro lato, come si è osservato in dottrina, è proprio la giurisprudenza sui diritti fondamentali che «trasforma i conflitti fra gli ordinamenti da politico-istituzionali in conflitti giuridici, decidibili giudizialmente mediante una tecnica di giudizio altamente flessibile, negoziabile, bilanciabile da caso a caso» a tal punto che il significato stesso dei diritti fondamentali diventa «oggetto di una continua negoziazione, che è anche una negoziazione sulla distribuzione di competenze normative e giurisdizionali fra ordinamenti»²⁹.

Ma in questo scenario dominato da forti incertezze dobbiamo altresì confrontarci con il Trattato di Lisbona, con le posizioni critiche espresse dalle organizzazioni sindacali alla vigilia delle sentenze *Viking* e *Laval* in particolare³⁰, con le proposte di modifica della direttiva sul distacco, e ancora con il Rapporto di Mario Monti al presidente della Commissione europea, così come con le più recenti letture della Corte europea dei diritti dell'uomo sullo sciopero e sulla contrattazione collettiva³¹. Elementi, questi, che lasciano ben sperare se non altro perché danno conto che esiste anche un'altra prospettiva, un'altra chiave di lettura, un altro modello a cui tendere. «L'impostazione assunta dal diritto dell'Unione europea, basata sulla tutela del mercato e sui principi della concorrenza, rispetto ai quali individuare settori e attività ai quali è consentito essere esonerati dall'applicazione delle loro regole [...] è inadeguata e sempre meno fondata»³², in quanto i diritti sociali fondamentali non possono più essere tutelati in via di mera deroga rispetto ai prevalenti imperativi del mercato³³.

Tra luci e ombre la composizione del rapporto tra diritti sociali e diritti di matrice mercantile dipenderà, principalmente, da come la Corte di giustizia saprà valorizzare la Carta di Nizza con il suo portato di diritti e di principi, così da realizzare, anche nei fatti, il modello dell'economia sociale di mercato evocato nel nuovo art. 3 TUE.

²⁹ Barbera, *La Carta di Nizza e le politiche sociali* cit., p. 247.

³⁰ Poi confluite nel *Report on Joint Work of the European Social Partners on the ECJ Rulings in the Viking, Laval Rüffert and Luxembourg cases* del 19 marzo 2010.

³¹ In particolare il caso *Demir and Baykara c. Turchia*, n. 34503/97, 12 novembre 2008; Caso *Enerji Yabi c. Turchia*, 68959/01, 21 aprile 2009.

³² Gottardi, *Tutela del lavoro e concorrenza nell'ordinamento dell'Unione europea* cit., p. 59.

³³ Come afferma chiaramente l'avvocato generale Villalón nelle conclusioni del 22 aprile 2010 (C-515/08, 5 maggio 2010, punto 53) «l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi imperativi di interesse generale che giustificano una deroga alla libera prestazione dei servizi, esse non devono più essere interpretate restrittivamente. Nella misura in cui la protezione del lavoratore diventa un fattore meritevole di essere tutelato direttamente dai Trattati, non ci troviamo più dinanzi a una mera deroga a una libertà, né, tantomeno, dinanzi a una deroga non scritta e ricavata dalla giurisprudenza».