



UNIVERSITA' DI PISA

Dipartimento di Giurisprudenza

Corso di Laurea Magistrale in Giurisprudenza

TESI DI LAUREA MAGISTRALE

**DIRITTI SOCIALI E LIBERTA' ECONOMICHE NELLA PROSPETTIVA DEL
DIRITTO PRIVATO EUROPEO**

Candidato

Nicolò Di Lascio

RELATORE

Emanuela Navarretta

Anno Accademico 2014/2015

INDICE

Capitolo I	1
<i>Diritti Fondamentali e Libertà Economiche</i>	1
1.1 <i>Introduzione</i>	1
2.1 <i>L'efficacia dei diritti fondamentali</i>	3
3.1 Cosa rende i diritti fondamentali?	8
4.1 L'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto privato europeo	17
5.1 La funzione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario: il diritto fondamentale può ritenersi sufficiente a determinare una restrizione di una libertà fondamentale?	25
6.1 La competitività come strumento per creare un mercato unico anche a discapito di taluni diritti fondamentali.	27
Capitolo II	32
<i>Il ruolo della Corte di giustizia</i>	32
<i>Sezione I</i>	32
<i>L'evoluzione dei diritti sociali da Omega a Ruffert</i>	32
1.2.1. Lo spazio dei diritti sociali nel diritto comunitario	32
2.2.1. Omega. I diritti sociali: un traguardo ancora da raggiungere.	39
3.2.1. Viking	47
4.2.1. Il diritto fondamentale di azione collettiva: valutazioni aggiuntive	54
5.2.1. Laval	60
6.2.1. Il bilanciamento operato dalla Corte in occasione del caso Laval	62
7.2.1. (segue) Il contratto collettivo nel mercato dei servizi e l'impatto sull'ordinamento italiano	69
8.2.1. Ruffert	71

9.2.1. I diritti fondamentali all'indomani delle sentenze Viking e Laval.....	73
<i>Sezione II</i>	76
<i>Il ruolo delle istituzioni europee</i>	76
1.2.2. La direttiva 2006/123/CE (cenni) nel quadro della libertà di prestazione dei servizi	76
2.2.2. Lo sciopero nella CSE (cenni)	79
3.2.2. La Commissione	80
4.2.2. La proposta di regolamento.....	81
5.2.2. (segue) Sui meccanismi di risoluzione delle controversie presenti nella proposta di regolamento	84
6.2.2. L'esercizio dei diritti fondamentali: Stato o azione individuale?.....	91
Capitolo III	94
<i>La Corte di Giustizia e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tra diritti e libertà</i>	94
1.3.1. La costruzione dell'identità delle due corti	94
2.3.1. Il sistema della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo	96
3.3.1. Lussemburgo e Strasburgo: percorsi diversi su basi diverse.	97
4.3.1. I primi scontri.....	101
5.3.1. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle due Corti	104
6.3.1. (segue) Il margine di apprezzamento in relazione al conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali	105
7.3.1. Due Corti contrapposte?.....	106
<i>Sezione II</i>	108
<i>La tutela dei diritti sociali in Europa tra Corte di Giustizia e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo</i>	108
1.3.2. I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.	108
2.3.2. Difficoltà interpretative	111
3.3.2. Gli obiettivi presenti e futuri.....	121

4.3.2. Conclusioni.....	129
Capitolo IV	133
<i>La responsabilità civile dello Stato</i>	133
1.4. Introduzione alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE	133
2.4. Il contesto normativo comunitario nel quale si colloca il regime della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario: a) i principi generali che vengono in considerazione	134
3.4. Segue: b) Il regime della responsabilità degli Stati membri nei riguardi dei singoli. Il caso Francovich.....	135
4.4. Conclusioni.....	141
5.4. Brasserie de pecheur SA	144
6.4. Conclusioni.....	156
6.4. La responsabilità indiretta dello Stato	158
7.6. Considerazioni aggiuntive.....	161
8.4. Il contributo della Corte svedese	167
9.4. Le parti interessate: posizioni e osservazioni	182
10.4. Il principio “comunitario” della responsabilità: un mezzo per colmare una lacuna nella tutela dei diritti oppure un principio dalla portata più ampia ?.....	186
Conclusioni	189

Capitolo I

DIRITTI FONDAMENTALI E LIBERTA' ECONOMICHE

“la nozione di cittadinanza, che implica uno status giuridico del singolo, impone agli Stati membri di prestare un’attenzione specifica alla situazione giuridica del singolo. A tal fine i diritti fondamentali svolgono un ruolo essenziale. Come parte integrante dello status di cittadino, i diritti fondamentali rafforzano la posizione giuridica della persona, introducendovi una dimensione determinante ai fini della giustizia sostanziale del caso”.

Conclusione avv.to. gen. Colmer 15 maggio 2008

In causa C-228/07, Petersen

1.1 Introduzione

Oramai da tempo stiamo assistendo ad una moltiplicazione dei diritti ascrivibile ad un ampliamento tanto dei beni da tutelare quanto degli *status* dell’individuo presi a riferimento come suscettibili di specifiche tutele.

Luigi Ferrajoli ritiene che *l’attuale internazionalizzazione dei diritti fondamentali - quasi una proiezione dell’inclusione costituzionale dei diritti a*

*livello mondiale*¹ - produce due conseguenze precise: i diritti non sono più "fondamentali" esclusivamente entro la dimensione costituzionale statale, ma appunto ora, anche, a livello sovranazionale; e, inoltre, essi si configurano non più come "diritti di cittadinanza", bensì diritti delle persone, quindi, indipendentemente dallo *status* della cittadinanza.

Ciò detto, è fondamentale tentare di proporre una soluzione al problema dell'efficacia² e delle eventuali ripercussioni sul contratto e sulla autonomia contrattuale, ripercorrendo la giurisprudenza comunitaria con occhio vigile e critico verso le più recenti decisioni della Corte di giustizia dell'Unione europea (*Viking* e *Laval* su tutte) che hanno, non poco, fatto parlare e discutere i più autorevoli giuslavoristi di tutto il mondo accademico e non.

¹ Luigi FERRAJOLI, *Principia juris. Teoria del diritto e della democrazia*, Roma- Bari, Laterza, 2007, *cit.* pag. 27.

² L'espressione *Mittelbare Drittwirkung* è stata coniata da IPSE, Gleichheit in: NEUMANN/NIPPERDEY/SCHUENER, *Die Grundrechte*, II, Berlin, 1954.

2.1 L'efficacia dei diritti fondamentali

Sin dalla prima letteratura tedesca il dibattito intono agli effetti dei diritti fondamentali sul diritto contrattuale ha ruotato intorno al quesito se tali diritti siano o meno attivabili solo dalla pubblica autorità o anche dalle parti private. I teorici hanno speso le loro riflessioni, pressoché completamente, sul *come* i diritti fondamentali possano conciliarsi con il diritto contrattuale.

Durante la prima fase il *punctus dolens* era costituito dal rapporto tra il potere delle parti, come riconosciuto nella più gran parte dei sistemi occidentali, di darsi delle regole vincolanti e, la necessità di tutelare i contraenti deboli (*weaker parties*³). Per il tramite di clausole generali, *in primis* della clausola di buona fede e, restrizioni varie (si pensi ad esempio alla disciplina contenuta nel codice dei consumatori, decreto legislativo n.206/2005, come modificato nel 2007), si è fatto del contratto uno strumento attraverso il quale rispondere alle istanze di giustizia distributiva.

Ciò ha prodotto non poche conseguenze.

In Italia, ad esempio, l'impatto degli effetti dei diritti fondamentali sul diritto contrattuale ha portato ad una rilettura costituzionalmente orientata

³ Cfr. Olha Oleksandrivna CHEREDNYCHENKO, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party – A comparative analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risk Financial Transactions*, 2007

del concetto di danno *risarcibile*. A tal riguardo, posto che la generale risarcibilità assiste sicuramente il danno patrimoniale, concettualmente riconducibile all'alveo di pertinenza dell'art.2043 c.c., è oramai dato acquisito che tale disposizione, menzionando il danno senza specificarne i requisiti è da integrare con il contenuto della previsione di cui all'art.2059 c.c., in base alla quale oggi *"il danno non patrimoniale deve essere risarcito... nei casi determinati dalla legge"*.

Ritornando a noi, sulla questione "effetto diretto", "effetto indiretto", nell'eccezione del diritto internazionale, Chantal Mak in *Fundamental Rights In European Contract Law*, scrive che *"... A direct effect is constituted by the liability of a state for having violated a human right. An indirect effect, on the other hand, occurs when a positive obligation is imposed on a state to make its law comply with treaty rights ..."*⁴.

Con l'espressione effetto diretto si suole dunque indicare l'operazione di applicazione di uno specifico diritto fondamentale sul diritto contrattuale, allo stesso modo in cui questo è formulato a livello costituzionale; mentre, con l'espressione effetto indiretto ci si riferisce ad una interpretazione della volontà delle parti o del diritto contrattuale conforme al contenuto del

⁴ Chantal MAK, *Fundamental Rights In European Contract Law: a comparison of the impact to fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*,2008, cit. *Introduction*, XXXII, 364 p.

diritto (fondamentale) così elaborando, di volta in volta specifiche tutele. Come argutamente osserva Emanuela Navarretta, *l'effettività dei diritti fondamentali ... è giustificata dal bisogno di assicurare a valori assiologicamente primari una difesa estesa ad ogni tipo di rapporto e conflitto, senza che la tutela debba necessariamente attendere l'iniziativa legislativa degli Stati*⁵ nazionali. La proiezione orizzontale arricchisce taluni diritti altrimenti non spontaneamente tutelabili da chi si trova in una posizione di debolezza.

Ancor oggi la dottrina sembra essere divisa sulla questione concernente il significato dell'espressione *diritti fondamentali*; e a quali criteri affidarsi per poterli in concreto e, di volta in volta, individuarli. Molti autori distinguono una nozione *formale* da una nozione *sostanziale* dell'espressione in commento, entrambe comunque mutevoli a fronte del caso concreto.

La valutazione sulla portata giuridica del riconoscimento, in forza dell'art.6.1 del Trattato sull'Unione europea, nella revisione di Lisbona, ai diritti, alle libertà ed ai principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali

⁵ Emanuela NAVARRETTA, *Libertà fondamentali dell'UE. Ed efficacia orizzontale*, cit. pag. 3, 2015.

dell'Unione europea, dello stesso valore dei Trattati ci permette di definire nuovi equilibri all'interno dello stesso sistema delle fonti europee.

L'apparente essenzialità della disposizione non sfugge però ad una serie di riflessioni: anzitutto, le ricadute sul sistema delle fonti e sulle competenze dell'Unione, il principio di certezza del diritto, i rapporti tra le fonti giuridiche evocate dall'art.6 che, tutte insieme contribuiscono alla suddetta tutela.

Alla luce di questo variegato panorama si può senz'altro affermare che, il sistema delle fonti è in continuo movimento, più che per l'entrata in vigore dei nuovi Trattati, per l'attivismo smodato delle massime giurisdizioni comunitarie e nazionali. Da tale angolo visuale, sembra quasi di assistere, come scrive Cesare Salvi ad una gara per stabilire chi è in grado di meglio tutelarli⁶.

Riguardo alcune vicende giurisprudenziali. In Francia la dialettica tra Consiglio costituzionale, Corte di cassazione, Consiglio di stato e Corte di giustizia UE, in tema di controllo di legittimità delle norme interne, ha sfiorato quasi lo scontro infra giudiziario fra il sistema giudiziario ed il Parlamento. Eventualità da non sottovalutare.

⁶ Cesare SALVI, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, fasc.2, cit. pag.437.

Ci si interroga, poi, sul rapporto tra principio di certezza del diritto, come è strutturato negli ordinamenti continentali, quali il nostro, e attribuzione di valore vincolante *erga omnes* alle sentenze della Corte di giustizia (che trattandosi di *sentenza dichiarativa*, ha la stessa *efficacia della disposizione interpretata*). Se si aggiunge la richiesta della Corte di giustizia, in larga parte accolta dai giudici nazionali, di ricorrere allo strumento del rinvio pregiudiziale, ne emerge progressivamente, da un lato, un avvicinamento, sostanziale, ai sistemi di *Common law*, dall'altro, ad una definitiva subordinazione delle Corti costituzionali alla Corte di giustizia. Si faccia poi caso al fatto che la Corte ha di recente re -interpretato l'art.6 TUE⁷, deducendone che la tutela dei diritti fondamentali nell'ambito dell'Unione deriva dalla Carta dei diritti, dalla CEDU e dai principi comuni alle tradizioni nazionali. Ne segue che, tale complesso e articolato nuovo sistema di protezione garantisce un certo spazio di manovra (nonostante lo stesso art.6 precisi che *le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei Trattati*), consentendo alla Corte di giustizia di individuare nuovi diritti fondamentali, bilanciarli come meglio

⁷ Articolo 6, paragrafo 2 del Trattato sull'Unione Europea : " *L'unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea ... i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.*"

crede quando entrano in conflitto con una delle quattro libertà fondamentali.

Ci si chiede, infine, cosa resti del limite, per altro riconfermato, dell'art.6 TFUE, in forza del quale il riconoscimento dei diritti fondamentali è comunque limitato alle materie di competenza UE. Se si volessero cercare, poi, le ragioni sottese all'effettività delle libertà fondamentali dell'U.E. non dovrebbero sfuggirci i complicati rapporti fra dinamiche economiche e ragioni personalistiche sottese al binomio *libertà fondamentali- mercato*.

Si tratta, com'è evidente, di un terreno ove la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali della persona si presenta costantemente, in modo talvolta anche drammatico; ed è questo il *quid pluris* che consente alla Unione di affrancarsi dalla *sempiterna* prospettiva del buon funzionamento del mercato interno, per assumere così una dimensione più generale che le consenta di monitorare costantemente l'attività dei singoli Stati membri, pur con ciò senza contraddire l'assunto in base al quale essa operi sulla base del principio di attribuzione delle competenze.

3.1 Cosa rende i diritti fondamentali?

Esistono una serie di differenti approcci teorici ai diritti fondamentali, ed è chiaramente oltre la portata di questo lavoro discernarli nel dettaglio. Tuttavia, un elemento che sembra particolarmente fecondo postula che un

diritto è fondamentale se, l'interesse del titolare del diritto è considerato *valore finale*. Ne deriva, che se questo è il caso, in sede di determinazione se un certo diritto è fondamentale o meno, è necessario separare gli interessi protetti per il loro valore intrinseco da quelli tutelati per il loro valore estrinseco e strumentale. Ne segue, allora, che quei diritti protetti per il loro fondamentale ruolo di promuovere obiettivi comuni o beni collettivi, quali ad esempio il mercato interno, non dovrebbero essere considerati diritti fondamentali. A titolo meramente esemplificativo, addentrandoci così nel reticolato giurisprudenziale della Corte di giustizia, in occasione del procedimento C-50/96 la Corte afferma che: “ *Alla luce di tale giurisprudenza, si deve osservare 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 umana*”⁸. Appare evidente, quindi, che, al centro del ragionamento della Corte, vi è il presupposto che, un diritto (umano) fondamentale non può, assolutamente trovare la sua ragion d'essere nel

⁸ Corte di Giustizia, Causa C- 50/96, punto 57

perseguimento economico di un obiettivo che è, palesemente, esterno agli interessi del titolare del diritto medesimo.

La concezione non strumentale della Corte riguardo i diritti fondamentali non si è limitata ai diritti umani, poiché ha esteso anche ad altri diritti, che umani non sono, la qualità di fondamentali. Il preambolo del regolamento 1612/68 al suo terzo considerando già stabiliva che: *“la libertà di circolazione costituisce un diritto fondamentale dei lavoratori e delle loro famiglie”*. Attualmente, l’art.45 TFUE, che riproduce l’enunciato del regolamento del ’68, è dalla Corte riconosciuto come un vero e proprio diritto fondamentale attribuito ad ogni lavoratore (autonomo o subordinato che sia). I diversi significati della espressione *fondamentale* affiancata alle libertà dell’Unione, che non sempre sono o possono essere equiparate ai diritti della persona, contribuiscono a complicarne una ferma e sicura collocazione sistematica.

In netto contrasto col progetto presentato dal governatore Paul-Henri Spaack, la Corte ha espressamente ribadito che la libera circolazione dei lavoratori rappresenta un vero e proprio diritto fondamentale che per nulla deve coincidere con gli obiettivi della presente comunità poiché esterni, estrinseci agli interessi del titolare del diritto.

Diverse sono invece le conclusioni alle quali si perviene se si considera la libera circolazione delle merci. Già durante la fase incipiente del processo di integrazione economica, apparve chiaro a tutti, osservatori e partecipanti a quel processo, la natura spiccatamente strumentale della disposizione. Non sfuggì, ad esempio, a Mertens de Wilmars (poi divenuto presidente della Corte di giustizia) l'impronta liberalista che soggiace alla enunciazione in considerazione. Secondo la Corte, infatti, le disposizioni in materia di libera circolazione delle merci dovevano essere intese come strumenti volti ad eliminare qualsivoglia ostacolo agli scambi di beni e servizi fra gli stati membri e i cittadini. Utilizzando propriamente le parole della corte: *"an indispensable instrument for the realisation of a market without internal frontiers"*.

Inoltre, il silenzio serbato dalla carta in materia di libera circolazione delle merci e dei capitali conferma quanto già era implicito, anche se non trasparente, nella giurisprudenza. Tali disposizioni non potendo essere direttamente ricollegate alla persona non possono, di conseguenza, assumere la qualità di diritti. È vero che la Corte utilizza il termine "libertà fondamentali" o "principi fondamentali" in relazione a tutti e quattro i *freedoms*, eppure, null'altro sembra attivare questa associazione di termini, se non l'importanza che hanno nella intelaiatura del Trattato e, l'enfasi sulla interpretazione da dare alle derogatorie/giustificazioni.

Essendo impossibile poter ricondurre tutte le libertà fondamentali alla sola categoria dei diritti fondamentali anche, e soprattutto, a causa della assenza di elementi concordanti nella giurisprudenza comunitaria e, nella Carta dei Diritti Fondamentali, si può concludere che ciò rimane comunque giustificabile se si assume una visione non strumentale dei diritti fondamentali che, d'altronde, sembra essere stata quella fatta propria dalla Corte di giustizia.

Tuttavia il fatto che la Corte non consideri possibile o percorribile la strada che riconduce tutte le libertà fondamentali alla categoria dei diritti fondamentali non vuol dire che non sia possibile, *ex abrupto*, ed in futuro, eliminare la dicotomia. A tal riguardo è bene considerare le due posizioni che il De Cecco ripercorre: la prima che fa leva sui diritti umani e i diritti fondamentali, in quanto tali già così riconosciuti; la seconda, della convergenza, che tende a ricondurre *ad unicum* le categorie⁹. La classificazione verrà di seguito riprodotta a titolo meramente informativo rappresentando solo il pensiero di una parte della dottrina.

a. The common Ground Thesis

⁹ F. DE CECCO, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, Vol.15 No.03, 383-406,2014

La tesi del “terreno comune” può così essere sintetizzata. La descrizione delle libertà fondamentali in termini di diritti fondamentali deriva dal legame tacito che intercorre tra tali libertà ed i valori universali, ad esse sottesi (“*the invisible, universal values of human dignity, freedom, equality and solidarity*”)¹⁰ ed il fatto che esse sono basate su altri diritti fondamentali. L’avvocato generale Trstenjak suggerisce che “*the relationship between fundamntal freedoms and fundamental rights is characterised by a broad convergence both in terms of structure and content ...*”¹¹.

Ricostruire tutte le libertà fondamentali secondo lo schema in commento non è cosa sempre possibile. Se da un lato il diritto di proprietà (che pur avendo perso la sua originaria centralità in seguito all’entrata in vigore della nostra costituzione, assume tutt’oggi un ruolo centrale) può essere assunto come base di riferimento per giustificare e rafforzare la libera circolazione delle merci. Questo perché la libera circolazione delle merci si applica in sostanza solo per beni che sono nella proprietà di persone fisiche o giuridiche. Si rivelerebbe un errore pensare, però, di poter applicare un

¹⁰ Vedi Ernst- Ulrich PETERSMANN, *International Economic Law In The XXI Century*,307, 2012

¹¹ Conclusioni dell’Avvocato Generale TRSTENJAK, punto 187, *Commissione c. Germania* , Causa C- 271/08 (15 luglio 2010)

simile sillogismo per tutti i casi, ed è rispetto alle libertà di circolazioni di capitali e servizi che la teoria del terreno comune pone il fianco alla maggior parte delle critiche. Attraverso quest'ultimo, invero, si rischierebbe di impoverire il portato normativo delle due libertà non cogliendo affatto qual è il precipuo ruolo che esse ricoprono all'interno del mercato unico ove le dinamiche liberal- economiche hanno un peso notevole. Né tanto meno sembra poter essere accolta la ricostruzione di coloro che vedono nel principio di non discriminazione il comun denominatore per tutte le libertà fondamentali. È indubbio, come, d'altronde, anche l'avvocato generale, in Omega e Spielhallen, consiglia, la discriminazione non può che essere solo una parte di un quadro più complesso: la libera circolazione. Suggerirei allora ai sostenitori della tesi del terreno comune di trovare altri diritti fondamentali cui riferirsi proprio in quei casi in cui nessun collegamento intellegibile con il divieto di discriminazione può essere istituito.

b. *The Convergence Thesis*

L'idea delle persone al centro del diritto di libera circolazione ci permette di introdurre la c.d. *tesi della convergenza*. L'avvocato generale Maduro ne è uno dei maggiori sostenitori. Dando voce alle istanze individualistiche Maduro così si esprime: *"In this way, the free movement rules will also promote the development of and criteria for solidarity among the Member*

States, while building upon the concept of European citizenship"¹². In *Alpha-Vita* egli afferma che la libertà di circolazione deve essere intesa come uno degli elementi essenziali dello status, cittadini europei. Altri autori hanno dato seguito alle parole dell' avv. gen. Maduro nel tentativo di riportare a sistema la libera circolazione/libertà fondamentale. Ad esempio Tryfonidou vede la cittadinanza europea come una chiave di volta per le quattro libertà. Non c'è dubbio che la cittadinanza dell'unione ha rimodellato la nostra comprensione della libera circolazione (delle persone) centri autonomi di imputazione e non *strumentali a* . Tuttavia tale approccio non porterà ad alcun cambiamento senza prima apportare una rivoluzione dei limiti costituzionali al mercato interno.

Si potrebbe obiettare a questo punto che la discussione di diverse posizioni teoriche sulla natura delle libertà fondamentali riguardi pura e semplice tassonomia. Dopo tutto, in assenza di una gerarchia costituzionali tra disposizioni, la distinzione fin qui in parola, sembra essere di limitata importanza. Tuttavia, la teorica, oltre ad avere un evidente interesse accademico, può portare ad un ridisegno sostanziale del campo di applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione, quindi, confrontarsi

¹² Miguel POIARES MADURO, *We The Court*, 1998, cit. pag.168.

con le suddette teorie non si risolve in un puro e banale esercizio teorico o
mnemomico

4.1 L'autonomia contrattuale nella prospettiva del diritto privato europeo

Il contratto emana dall'esercizio di un potere: il potere di autonomia privata che consiste nel darsi regole vincolanti che producono effetti giuridici. Siffatto potere, tuttavia, è relativo, limitato e talora anche condizionato. Esso, infatti, subisce condizionamenti sia per effetto del mercato sia per l'incidenza di specifiche politiche legislative che, nel tempo, hanno lasciato il posto a, non sempre precise, scelte sovra nazionali che hanno di volta in volta contratto o dilatato l'autonomia contrattuale dei privati.

In una prospettiva *de iure condendo* molto spesso si è utilizzato l'argomento dell'effetto della proiezione orizzontale dei diritti fondamentali. Quest'ultimi hanno col tempo avuto un impatto sempre maggiore sul contratto al punto da spingere molti autori a parlare di una vera e propria costituzionalizzazione del diritto contrattuale. Si sostiene che il termine costituzionalizzazione del diritto dei contratti possa essere utilizzato per descrivere, da un lato, la crescente influenza dei diritti fondamentali sul c.d. *contract law*, per altro verso, la formazione di un assetto globale di valori che permeano l'intero ordine giuridico, compreso il diritto contrattuale, influenzando intere fasi di vita del contratto. L'idea che sta alla base di

questa “nuova” corrente di pensiero muove dalla constatazione circa l’esistenza di parti deboli/contraenti da tutelare maggiormente. Se è vero che il privato è anche, secondo la letteratura tradizionale, il miglior giudice per i propri interessi, è anche vero che al momento della stipulazione la parte contraente debole, nell’esercizio della sua volontà, può arrivare ad accettare qualsiasi conseguenza, anche negativa qualora non la riconosca.

L’elaborazione teorica sull’autonomia contrattuale si è sempre svolta, in modo dissimile, nelle singole esperienze di *civil law*.

La prima alternativa è quella tradizionale: il contratto come momento di incontro tra interesse individuale ed interesse collettivo; la seconda alternativa vede, invece, nel contratto la possibilità di trovare un equilibrio tra libertà e giustizia, “nel senso di esigere dal contratto la garanzia di un’equa distribuzione dei beni e dei servizi scambiati”. Con l’avvento del Trattato di Lisbona si è fatta avanti l’idea che debba farsi affidamento proprio allo spontaneo rispetto dei doveri di solidarietà (negli stessi anni, si attribuiva rango costituzionale alla libertà contrattuale), e solo quando questi risultino insufficienti, rivolgersi ad un principio di sussidiarietà che consenta al legislatore (europeo) di intervenire ampliando o restringendo la libertà contrattuale, così da migliorare le condizioni di vita dei consociati. Questo è quello che è avvenuto, negli ordinamenti di *civil law*,

principalmente, attraverso la nozione di *causa* che utilizzando la formula bettiana si sostanzia nella funzione economico- sociale del contratto. È infatti entro questa prospettiva che si insinua l'attuale dibattito intorno al tema, caldo, della giustizia contrattuale.

Argomenti quali, la giustizia, il valore o l'efficienza troppo spesso vengono promiscuamente utilizzati. È importante perciò far chiarezza sul significato che le singole espressioni assumono sia nella dimensione nazionale sia nella dimensione sovra nazionale.

a) *Efficienza.*

L'espressione "efficienza" è quella che crea, fra tutte, meno problemi. Corposa è la letteratura gius - economica sul punto. Basti qui ricordare che, stando al comune pensare, una situazione si definisce (Pareto) efficiente quando non è possibile modificarla senza provocare un peggioramento della situazione altrui. Per limiti di efficienza ci si riferisce a quelle restrizioni imposte all'autonomia dei privati per precise ragioni legate ai c.dd. fallimenti del mercato.

b) *Giustizia.*

È l'espressione che meglio si presta ad ambiguità semantiche e, quindi, sistemiche. A chi crede che una situazione efficiente è anche una

situazione giusta, una corposa parte della letteratura giuridivistica, la *law and economics*, ritiene corretto distinguere i due profili.

Quasi sempre le invocazioni di giustizia sociale nell'ambito del diritto europeo dei contratti, attraverso il richiamo ad esigenze di gruppo o classi (lavoratori, consumatori...) sono istanze di giustizia distributiva. Nell'intento di rendere ragione al contratto, diversi sono stati gli interventi che si sono succeduti nel tempo, sia di tipo normativo che di tipo giurisprudenziale. Considerando esclusivamente l'ambito europeo, la logica distributiva è presente nei PDEC (Principi di Diritto Europeo dei Contratti) e nei Principi *Unidroit*. Ciò però che più conta, a parere di chi scrive, sta nella considerazione che, allo stadio attuale, sarebbe bene, e meglio, una volta e per tutte, definire quali siano i limiti alle libertà economiche e non contemprarne di nuovi solo per il contratto. Preferire il libero mercato non vuol dire privilegiare la libertà rispetto alla giustizia, ma al contrario, tentare di creare un mercato conforme ad una distribuzione equilibrata delle libertà. L'inevitabile, altrimenti, sarà affidarsi, oltre modo, al contratto per risolvere ogni problema di giustizia, esasperando in via giudiziale le ragioni del mercato a scapito dei diritti sociali di cui il contratto spesso si fa portavoce.

c) *Valori*

Con l'espressione "valori" vogliamo riferirci a quei principi morali che non si giustificano in base a ragioni di giustizia distributiva. (Valore come) *ogni finalità ideale apprezzabile idonea a migliorare la vita umana, e verso la quale è possibile orientare l'azione collettiva*¹³. Dello stesso parere sembra essere anche N. Bobbio. Egli ritiene che una prescrizione normativa (collettiva) valga meglio a realizzare uno dei valori a cui dovrebbe ispirarsi ogni ordinamento giuridico, l'imparzialità e l'eguaglianza. Resta comunque marginale lo spazio riconosciuto ai valori nel dibattito sulla libertà contrattuale nella dimensione europea. Nel diritto privato, il luogo di emersione di valori ampiamente conosciuti, quali limiti all'autonomia contrattuale, sembra essere principalmente quello relativo alla comminatoria di nullità per contrarietà a norme imperative, buon costume o ordine pubblico. Tale assunto vale tanto per l'ordinamento (italiano) nazionale tanto per quello comunitario.

Da tale angolo visuale potremmo affermare che il diritto europeo avrebbe il compito di assicurare il corretto funzionamento del mercato e di garantire il rispetto della razionalità economica; viceversa, gli Stati nazionali

¹³ P. SCHLESINGER, G.BERTI, L. MOCCIA, G. BREGANTINI, *Lavoro, mercato, valori*, 2004 cit. pag.9.

avrebbero la responsabilità di accogliere e fronteggiare, da una parte, le istanze sociali, e, dall'altra, le disuguaglianze che, normalmente, il modello mercantile produce. Tuttavia, la Corte di giustizia, attraverso un *corpus* considerevole di decisioni, tra loro anche contrastanti, ha prodotto, nel tempo, una sorta di costituzionalizzazione delle quattro libertà fondamentali, utilizzando la tecnica dell'efficacia orizzontale delle libertà (fondamentali), la stessa utilizzata anche con riguardo ai diritti fondamentali, per estendere la competenza dell'Unione europea, ed, al contempo, così costringendo gli stati all'ingrato compito di giustificare le proprie politiche sociali.

Non è questa la sede idonea per stabilire qual è il grado di socialità del diritto europeo, quanto, piuttosto, stabilire se al suo interno operino ragioni di efficienza, giustizia e di valori. Che il diritto europeo conservi un certo spazio alle politiche sociali è cosa evidente e, del resto, in questa direzione sembra andare il processo di integrazione che vede coinvolti la più gran parte dei paesi dell'eurozona. Ciononostante è altrettanto vero che stanno facendosi tentativi reali per portare al centro delle politiche nazionali la razionalità economica. Mentre efficienza e giustizia sembrano, dunque, ritagliarsi uno spazio considerevole su entrambi i livelli, comunitario, nel rapporto tra ragioni economiche e richieste di giustizia, e nazionale, i valori tentano di sopravvivere nelle singole realtà nazionali, attraverso le generali

nozioni di ordine pubblico, buon costume e, la più recente, si fa per dire, negli ordinamenti di *common law*, *public policy*.

L'interrogativo pertanto sembra essere il seguente: *è il mercato che fa il contratto o è il contratto che fa il mercato?*; ma soprattutto verso quale mercato l'ordine economico giuridico ci sta guidando, attraverso una regolamentazione degli scambi sempre più puntuale, eppure scandita, al contempo, dal moltiplicarsi di clausole generali e di principi di settore?.

La libertà di concorrenza, intesa, ancora, come possibilità di accesso al mercato, continua a rimanere un profilo assai rilevante della libertà di iniziativa economica. In tal senso è compito delle singole realtà nazionali quello di non ostacolare attraverso l'esercizio del potere legislativo l'accesso al mercato. Accesso garantito da una pluralità di disposizioni comunitarie: si ponga la mente, a tal proposito, agli artt. 3 e 4, 26 e all'art. 119 comma 1°, TFUE, e alle norme sulle libertà economiche tra cui spiccano quelle di stabilimento e di libera prestazione di servizi: artt. 49 e segg. e 56 e segg., TFUE, assistite dal divieto imposto agli stati membri di discriminare tra cittadini europei sulla base della loro nazionalità

Vale la pena ricordare quanto autorevolmente si affermava agli inizi degli anni Novanta de XX secolo, a chiare note si ribadiva che *“fuori dai casi, legislativamente previsti, della rescissione per lesione ultra dimidium del*

contratto concluso con approfittamento dell'altrui stato di bisogno e della risoluzione del contratto per eccessiva onerosità sopravvenuta, provocata da eventi eccezionali ed imprevedibili, al giudice non è consentito di sindacare l'equivalenza delle prestazioni, ogni determinazione circa la congruità dello scambio contrattuale essendo rimessa all'autonomia dei contraenti secondo il generale principio dell'art.1322,co. 1° c.c.¹⁴". Così pure, allo stesso modo, ebbe a dire la Corte di cassazione per la quale *dall'art.41 della costituzione non discende ... un potere del giudice di controllo diretto sugli atti di autonomia privata, in mancanza di atto normativo che specifichi come attuare quella astratta tutela ...:* così ricollegandosi all'esistenza di una sorta di riserva di legge implicita, nell'art.41, co. 2° Cost., utilizzabile dal legislatore di modo che *ogni vincolo posto all'autonomia contrattuale è legittimo solo se preordinato al raggiungimento dei fini previsti o consentiti dalla costituzione.* In altri termini, quanto detto rappresenta chiaramente ciò che può essere anche sintetizzato con l'espressione *qui dit contractuelle dit juste.* Che il contratto abbia gradualmente perso la sua originaria centralità è cosa ormai palese. Una breccia nel dogma dell'insindacabilità nel merito dell'autonomia contrattuale è stata aperta. A proposito delle norme che implicano un controllo non soltanto sull'atto in quanto tale, ma anche sul

¹⁴ F. GALGANO, *Sull' equitas delle prestazioni contrattuali*, in Contr. Impr. ,1993, cit. pag. 419 ss., *ivi spec.*, 420.

regolamento prescrittivo del contratto, l'elenco sarebbe davvero lungo, dai diritti fondamentali riconosciuti ai consumatori ed agli utenti alle disposizioni che regolano l'attività d'impresa e la prestazione di servizi.

La dilagante dimensione del fenomeno sembra capace di portare ad un sindacato diffuso di giustizia passando così dal *qui dit contractuelle dit juste* al, più provocatorio, *qui dit contractuelle dit injuste*, dimenticandoci che è proprio il contratto lo strumento principe capace di accogliere i complessi bilanciamenti di interesse dotandosi di una forza economica non di poco conto.

5.1 La funzione dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario: il diritto fondamentale può ritenersi sufficiente a determinare una restrizione di una libertà fondamentale?

Dalla tutela dei diritti fondamentali consegue che, anzitutto, il rispetto dei diritti fondamentali è condizione di legittimità degli atti comunitari (di seguito riporto le esatte parole della Corte nel parere 28 marzo 1996, 2/96, punto 34: *“Se il rispetto dei diritti (fondamentali) costituisce, quindi, un requisito di legittimità degli atti comunitari, si deve tuttavia rilevare che l'adesione alla Convenzione determinerebbe una modificazione sostanziale dell'attuale regime comunitario di tutela dei diritti dell'uomo ...”*). A

conferma di questa funzione ermeneutica e legittimante, la Corte, nella sentenza ERT¹⁵, ha affermato che, qualora uno stato membro invochi un'esigenza imperativa di interesse generale o una causa giustificativa prevista dal Trattato, al fine di giustificare una normativa di diritto nazionale atta a limitare una libertà fondamentale garantita dal Trattato, tale giustificazione *“deve essere interpretata alla luce dei principi generali del diritto e, in particolare, dei diritti fondamentali.”* Alla luce dei principi dinanzi illustrati occorre premettere che, in linea generale, la Corte, sin dagli esordi, ha rifiutato di ammettere eccezioni alla validità del diritto comunitario. In proposito emblematica è la sentenza emessa nella causa *Internationale Handelsgesellschaft*¹⁶, in occasione della quale la Corte si è espressa nel seguente modo: *“«il richiamo a norme o nozioni di diritto nazionale nel valutare la legittimità di atti emananti dalle istituzioni della Comunità menomerebbe l'unità e l'efficacia del diritto comunitario. La validità di detti atti può essere stabilita unicamente alla luce del diritto comunitario. Il diritto nato dal Trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può infatti trovare un limite in qualsivoglia norma di diritto nazionale senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che sia*

¹⁵ Corte di Giustizia 18 giugno 1991, Causa C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi (ERT AE) c. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP), Sotirios Kouvelas*

¹⁶ Corte di Giustizia 17 dicembre 1970, Causa C-11/70

posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità. Di conseguenza, il fatto che siano menomati vuoi i diritti fondamentali sanciti dalla costituzione di uno Stato membro, vuoi i principi di una costituzione nazionale, non può sminuire la validità di un atto della Comunità né la sua efficacia nel territorio dello stesso Stato ...". Da ciò emerge chiaramente che l'eventuale restrizione di una delle *fundamental freedoms* non può giustificarsi con la tutela di specifici diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di uno Stato membro. Occorre piuttosto, come palesano le parole della Corte, verificare in che misura detta restrizione possa giustificarsi in base a motivi riconosciuti dal diritto comunitario. Non sorprendono, dunque, le ragioni che la Corte, di volta in volta ricerca, nel singolo caso concreto, e pone a fondamento delle sue decisioni con le quali afferma, il più delle volte, la preminenza delle quattro libertà economiche che, così facendo, ne escono per lo più rivitalizzate nel processo di integrazione.

6.1 La competitività come strumento per creare un mercato unico anche a discapito di taluni diritti fondamentali.

Passiamo ora ad indagare qual è il rapporto che intercorre fra il diritto (fondamentale, secondo la Corte di giustizia) alla libertà economica previsto dai trattati e i diritti sociali costituzionalmente tutelati dagli stati; e la

nozione di libertà economica adottata dalla Corte. Nella trattazione dei temi succitati terremo conto delle più recenti decisioni della Corte (*Omega*¹⁷, *Viking*¹⁸, *Laval*¹⁹, *Ruffert*²⁰).

Nel caso *Laval* il bilanciamento da operare riguardava, da una parte, la libertà di prestazione dei servizi, e, dall'altra, il diritto di intraprendere azioni collettive. Nel bilanciare i due diritti, ritenuti entrambi fondamentali, la Corte ha affermato la prevalenza della libertà economica, con la sola eccezione, del rispetto, da parte del datore di lavoro, di quel gruppo di norme minime, contenute nella direttiva n.71/1996, che si prefiggono di ottenere per i lavoratori distaccati condizioni migliori di quelle, definite per l'appunto *minime* dalla suddetta direttiva. Ugualmente la Corte ha affermato²¹ che la tutela dei diritti fondamentali rappresenta un legittimo interesse che giustifica, *in linea di principio*, una limitazione degli obblighi

¹⁷ Corte di giustizia, sentenza del 14 ottobre 2004, Causa C-36/02, *Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH c. Obertbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*

¹⁸ Corte di giustizia, sentenza del 11 dicembre 2007, Causa C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, Ou Viking Line Esti*

¹⁹ Corte di giustizia, sentenza del 18 dicembre 2007, Causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet*

²⁰ Corte di giustizia, sentenza del 3 aprile 2008, Causa C-346/06, *Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen*

²¹ Corte di Giustizia C- 341/02, Punto 93

imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà fondamentale garantita dal Trattato, come, nella causa principale, della quale si discute, la libera circolazione delle merci (sulla questione cfr. anche causa C-112/00; causa C-36/02). Tuttavia, la Corte, in qualità di garante delle quattro libertà, discute comunque sulla possibilità se talune organizzazioni sindacali possano intraprendere un'azione sindacale collettiva e se siffatte azioni costituiscano o meno una restrizione della libera circolazione dei servizi, ed in caso affermativo, se le stesse possano o meno essere giustificate. Nel caso di specie la Corte ha ritenuto le azioni intraprese come non suscettibili di costituire una ragione imperativa di interesse generale. Poiché comunque la Comunità non ha soltanto una funzione economica ma anche finalità sociale, i diritti che derivano dal Trattato CE relativi alla libera circolazione delle merci, delle persone, 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, che consenta la loro parificazione nel progresso, una protezione adeguata ed un dialogo sociale continuo.

Nel caso *Ruffert*²², però, la Corte ebbe cura di affermare che applicare ai lavoratori distaccati la medesima disciplina che si applica ai lavoratori

²² Corte di Giustizia 3 aprile 2008, Causa C- 346/06, *Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen*

nazionali priverebbe di qualsiasi efficacia la direttiva, sul distacco dei lavoratori. Ciò è comprensibile se si considera che la tutela della concorrenza da tale angolo visuale si sostanzia anche nella possibilità per l'impresa di scegliere l'ambito territoriale dove insediarsi o internazionalizzare, anche solo parte della produzione, al fine di garantire all'impresa stessa vantaggi competitivi in termini di costi-benefici (basti pensare che negli anni scorsi chi ha investito in Romania ha risparmiato circa il 40 per cento dei costi di produzione). Concorrenza, dunque, intesa, non, come dovrebbe essere, libero accesso al mercato, ma, come, possibilità per l'impresa di allocarsi nell'ordinamento che garantisce migliori condizioni per essa. Argutamente, il Salvi scrive: *concorrenza fra ordinamenti e non concorrenza fra imprese*.

È evidente che le giustificazioni poste alla base del bilanciamento operato dalla Corte, nei casi *Laval* e *Ruffert*, difficilmente avrebbero trovato posto tra i banchi di palazzo della Consulta, considerando il contenuto del secondo comma dell'art.41 e 3 della Costituzione. E' lecito dunque dubitare che l'interpretazione che dà la Corte sia conforme alla nostra Costituzione. In base ai principi in essa contenuti, e, considerando, come si dovrebbe fare, la concorrenza come libero accesso ad un mercato aperto e competitivo, la libertà economica si assumerebbe violata, non quando lo Stato ritenga di applicare le stesse condizioni ai lavoratori dislocati sul proprio territorio, a prescindere dalla nazionalità, bensì , a fronte di discipline che accettino, e

cosa ancor più grave, prevedano tutele differenziate per i lavoratori, postulando una sorte di *diritto dei più scaltri* (ciò è reso possibile dal fatto che le norme relative alla libertà di stabilimento garantiscono il diritto di stabilirsi in un altro stato membro non solo ai cittadini comunitari, ma anche alle società definite dall'art.48 CE²³).

Cerchiamo comunque di essere realisti, guardando ai casi *Laval* e *Viking* in un'ottica generale, ci troviamo costretti a constatare che il vero conflitto non è quello che oppone parti e controparti del mercato del lavoro, ma è in primo luogo quello che tutti i giorni miete vittime tra i cittadini- lavoratori e che vede contrapposta la dimensione nazionale alla dimensione europea.

Non potendo esaminare la questione in tutti i suoi aspetti, scopo delle pagine che seguono sarà quello di individuare come si presenta o come è cambiato il panorama all'indomani delle sentenze *Viking* e *Laval*, quindi: considerare la contrattazione d'impresa fra autonomia contrattuale e libertà fondamentali.

²³ Sulla questione cfr. anche, Corte di giustizia, sentenza del 27 settembre 1988, Causa C-81/87, *The Queen e H. M. Treasury and Commissioners of Island Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*

Capitolo II

Il ruolo della Corte di giustizia

Sezione I

L'evoluzione dei diritti sociali da Omega a Ruffert

1.2.1. Lo spazio dei diritti sociali nel diritto comunitario

Se è vero che i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali sono entrati, attraverso la CEDU e le tradizioni costituzionali comuni a far parte del diritto europeo, lo stesso non possiamo dire dei diritti sociali.

La questione non è di certo di semplice trattazione. In materia di diritti sociali il TCE è assai più timido e incerto di quanto non lo sia in materia di diritti inviolabili dell'uomo. Pare, pertanto, eccessivo parlare, come si è fatto, di *incorporazione* delle carte sociali, deducendone la diretta efficacia e la valenza prescrittiva. Come ha correttamente precisato l'Avv. Generale Mengozzi²⁴, ai sensi dell'art.6, n. 2, UE, l'Unione rispetta i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Nell'ambito

²⁴ V. Conclusioni dell'Avvocato Generale Paolo MENGOZZI, Causa C-341/05

della ricerca degli strumenti idonei a garantire tali diritti la Corte può legittimamente ispirarsi ad altri strumenti di tutela dei diritti dell'uomo, differenti dalla CEDU. Per quanto riguarda la libertà sindacale e il diritto di ricorrere all'azione collettiva, si deve osservare che l'art. 11 della CEDU, relativo alla libertà di riunione e associazione, nel suo n. 1, indica, il diritto di ciascuno *alla libertà di riunione pacifica e alla libertà d'associazione, ivi compreso il diritto di partecipare alla costituzione di sindacati e di aderire ad essi per la difesa dei propri interessi*. Il suo n. 2 precisa che *l'esercizio di questi diritti non può costituire oggetto di altre restrizioni oltre quelle che, stabilite per legge, costituiscono misure necessarie, per la sicurezza nazionale, l'ordine pubblico ... per la protezione dei diritti e delle libertà altrui*.

I diritti sociali sono senz'altro tenuti presenti dalla Comunità e dagli Stati, ma non ne costituiscono né un limite assoluto e neppure un finalità prioritaria delle rispettive. Ciò non vuol dire che il Trattato (tra Amsterdam e Nizza) non abbia modificato o in qualche modo arricchito il quadro precedente. La qualificazione dei diritti sociali come diritti fondamentali ha influenzato anche l'attività interpretativa della Corte di Giustizia chiamata, come nei casi fino ad ora solo citati, ma nel proseguo della trattazione analizzati, alla sempre più difficile impresa di conciliare competitività delle imprese e libera concorrenza, da un lato, e diritti a titolarità diffusa dall'altro

(la sentenza BECTU costituisce, ad esempio, un buon esempio di bilanciamento a favore dei diritti sociali: il diritto di ferie nella specie).

Insomma, il processo di costituzionalizzazione dei contenuti della Carta di Nizza non si è concluso positivamente e dunque per parlare di diritti sociali occorre ancora riferirsi alle Carte sociali nel loro status giuridico originario.

Le sentenze *Laval* e *Viking* (punti di partenza del nostro percorso) non hanno bisogno di, e, probabilmente, non meritano, difese d'ufficio. Le due sentenze ma anche la più recente *Ruffert*, in linea con la sentenza *Laval*, contribuiscono a confermare il clima di pessimismo sul destino dell'Europa politica, sulla sua valenza costituzionale. "Riconoscono" i diritti sociali collettivi, come tratto identitario dell'ordinamento europeo; "rafforzano" tale riconoscimento mediante l'esplicito riferimento ai diritti sociali collettivi enunciati nel Trattato. Che i diritti vengano "riconosciuti" è, tuttavia, passaggio diverso dalla loro "affermazione". Nelle due sentenze è, comunque, presente una chiara apertura di significato nei confronti della Carta di Nizza: tale documento assume rilievo nel discorso argomentativo della Corte, senza dubbio, più come metodo interpretativo che come fonte normativa ma, d'altronde, non potrebbe essere diversamente, dal momento

che, la carta di Nizza rimane documento dalla efficacia politica e non normativa.

Le libertà economiche, nella ormai lunga narrazione della Corte di giustizia, non costituiscono un valore in sé, espressione del principio individualistico/proprietario. Il discorso sulle libertà economiche di circolazione è sempre stato ricondotto a quel principio che è costituito dall'integrazione politica dell'Europa, filtrata dal credo funzionalista.

In quanto già affermate, se non addirittura postulate, nell'ordinamento europeo, sono proprio le libertà fondamentali a fungere da limiti esterni ai diritti sociali nell'occasione riconosciuti. La concezione delle libertà economiche come limiti esterni ai diritti sociali sembra emergere nelle conclusioni dell'avv. Mengozzi nel quale è più evidente la tradizione costituzionale italiana. In *Laval* punti 91 e 92 si legge: “ benchè, dunque, il diritto di intraprendere un'azione collettiva debba essere riconosciuto quel 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 richiamato dall'art. 28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, esso è tutelato conformemente al diritto comunitario e

*alle legislazioni e prassi nazionali*²⁵. La dinamica riconoscimento del diritto-fissazione dei limiti esterni viene considerata normale dalla Corte perché propria di tutti gli ordinamenti nazionali.

Lo scalpore provocato dalle decisioni *Viking* e *Laval* deriva dal fatto che la Corte ha operato un bilanciamento ponderando i diritti fondamentali collettivi non con un diritto della persona riconosciuto equivalente; bensì con le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento che sono due tipiche libertà economiche e di impresa. L'operazione di limitazione che ne è seguita, secondo i critici più severi, giammai avrebbe avuto luogo nella gerarchia assiologica secondo l'approccio ortodosso ai diritti sociali fondamentali.

Il bene azione collettiva a difesa di interessi dei lavoratori contro il *dumping sociale* e il bene libertà economica di circolazione vanno, dunque, inesorabilmente bilanciati e, su questa affermazione, vi è poco da eccepire. È la nuova dimensione sovranazionale dello spazio sociale e il suo confronto con lo *status* economico comunitario che, oggettivamente, pongono il problema del loro confronto. In entrambi i casi (e in *Viking* e in *Laval*), il test di idoneità – ossia la verifica che la misura limitativa di un diritto fondamentale sia effettivamente atta a realizzare determinati obiettivi

²⁵ Paolo MENGOZZI, *op.cit.*, punti 91 e 92

legittimi di interesse pubblico- è applicato all'azione collettiva e non alla modalità di esercizio della libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento. In entrambi i casi è l'azione collettiva ad essere considerata una misura limitativa della libertà fondamentale; e non invece gli strumenti di affermazione della libertà fondamentale di circolazione (la scelta di cambiare bandiera da parte della *Viking Line*, o, il rifiuto di aderire al contratto collettivo svedese da parte della *Laval*) quali mezzi di limitazione della efficacia dell'azione collettiva per la tutela dei lavoratori.

Assumendo, dunque, che nei casi di specie è l'esercizio dell'azione collettiva ad essere la misura limitativa, la Corte si è quasi "preclusa" di verificare, nel *balancing test*, se gli strumenti di affermazione dell'altro diritto, portato a bilanciamento, potessero essere lesivi di altri beni. L'azione collettiva nell'argomentazione della Corte degrada 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 *Laval*. In altri termini, l'azione collettiva idonea alla tutela di un diritto, i diritti dei lavoratori, ed, al contempo, potenzialmente idonea a violare le libertà economiche.

È ovvio che se la Corte avesse voluto attribuire un'importanza equivalente ai diritti sociali e alle libertà economiche avrebbe potuto, pacificamente, ribaltare la graduazione e mutare le premesse (assio)logiche di fondo. Una volontà affatto manifestata dalla Corte che, ad esempio, per quel che concerne il test di necessità operato nei due casi, il cui esito avrebbe potuto mitigarne le conclusioni, è possibile constatarne l'assenza nel caso *Laval*, essendo risultata negativa la verifica di idoneità della misura restrittiva della libertà di circolazione dei servizi; nel caso *Viking* pur procedendo alla verifica sulla necessità approda inspiegabilmente alle medesime conclusioni.

Viking e *Laval* avrebbero potuto rappresentare, in quest'ottica, l'occasione, per la Corte, per compiere il passo in avanti che da tempo si aspetta che i giudici di Lussemburgo facciano. Allo stato attuale, si tratta di affermare e non più semplicemente riconoscere tali nuovi e sempre contestati diritti.

2.2.1. Omega. I diritti sociali: un traguardo ancora da raggiungere.

La sentenza *Omega* (2004) rappresenta un fondamentale punto di riferimento ai nostri fini. Ciò che, al momento, più interessa, a prescindere dallo scontro, che come avremo modo di osservare tornerà alla nostra attenzione anche quando tratteremo del caso *Laval*, libertà di prestazione dei servizi contro tutela dei diritti fondamentali, è la presenza che al suo interno di una interpretazione, affatto scontata, delle tradizioni costituzionali comuni intese come risorsa primaria per il riconoscimento dei diritti fondamentali che in quanto tali entrano a far parte del diritto dell'unione.

Sia in occasione della causa, di poco antecedente, *Schidberger*, che in *Omega*, qui considerata, la Corte di Giustizia non ha ritenuto la tutela dei diritti fondamentali essere esente dal campo di applicazione di interesse delle libertà del mercato comune. La questione ancora una volta riguarda la metodologia con la quale si è attuato il bilanciamento effettivo dei diritti fondamentali, in quanto posti in una delle categorie di giustificazione, con le libertà comuni del Mercato. E' necessario avere un quadro completo sulla modalità di bilanciamento per poter essere il più rispettosi possibile dei valori sottesi di volta in volta a ciascun diritto o libertà. Basti qui fare riferimento alle conclusioni dell'avvocato generale Stix- Hackl nella sentenza

Omega. Egli esprime una critica di principio all'approccio della Corte di Giustizia in *Schmdberger*: "Even though the [Court] interprets the...restrictions on fundamental rights [substantively in function of the needs of a society], it appears (. . .) significant that in cases such as this the necessary weighing up of the interests involved ultimately takes places in the context of the actual circumstances in which the particular fundamental rights are restricted. ['Reconciliation' with the requirements of fundamental rights protection] cannot therefore mean weighing up [common market] freedoms against fundamental rights [as such], which would imply that [fundamental rights protection] is negotiable. [Rather to the contrary,] it is necessary to examine [to what extent the fundamental rights in question] admit of restrictions.[The provisions of the common market freedom concerned, in particular the extent to which they allow for exceptions, must then as far as possible be interpreted so as not to impinge on what is allowable under the fundamental rights in question], and hence preclude those measures that are not reconcilable with fundamental rights."²⁶.

²⁶ Anche se la [Corte] interpreta le . . . restrizioni ai diritti fondamentali [sostanzialmente in funzione delle esigenze di una società], appare (...) significativo che in casi come questo la necessaria ponderazione degli interessi in gioco prende posto, in ultima analisi, nel contesto delle circostanze concrete in cui i particolari diritti fondamentali sono limitati.

['Riconciliazione' con i requisiti di tutela dei diritti fondamentali] non può quindi significare ponderare Mercato Comune [libertà contro fondamentali diritti [in quanto tali], il che implica che [la protezione dei diritti (fondamentali) è negoziabile. [Piuttosto al contrario,] è necessario esaminare [in che misura i diritti fondamentali in questione] ammettono

Il modo in cui i diritti fondamentali vengono bilanciati con le libertà del mercato comune solleva, in definitiva, complesse questioni di diritto e di principio che necessitano, in via preliminare, di essere risolte per potersi meglio districare in un *mare magnum* di decisioni in cui è, fondamentalmente, la Corte di Giustizia a dominare.

Si pongono almeno due ragioni principali per ricollocare e riqualificare in sede europea i diritti sociali a partire da quelli fondamentali. La prima è data dalla dimensione sovranazionale delle relazioni sociali e dei flussi, sempre più intensi, dei fattori produttivi; essa ha prodotto, come si è avuto modo di vedere, la necessità di sviluppare un nuovo compromesso sociale per le ovvie difficoltà dei sistemi nazionali di assicurare un'adeguata protezione. La seconda ragione risiede nel trasferimento di una pluralità di competenze e poteri normativi, anche per quanto riguarda la sfera sociale, nelle istituzioni europee, estendendo lo spazio di operatività dei diritti sociali dalla dimensione nazionale a quella continentale. Il "prorompere" dei diritti fondamentali nel sistema dell'Unione produce una pluralità di effetti significativi. Da un lato, infatti, contribuisce ad attribuire alle prerogative

restrizioni. [Le disposizioni sulle libertà del Mercato Comune in questione, in particolare la misura in cui vengono consentite eccezioni, deve poi, per quanto possibile, essere interpretata in modo da non interferire su ciò che è ammissibile sotto i diritti fondamentali in questione], e quindi escludere le misure che non sono conciliabili con i diritti fondamentali).

socio- economiche lo stesso *status* degli altri diritti, dall'altro, apre un canale privilegiato per i diritti previsti dalla Convenzione europea di Roma del 1950. La tutela dei diritti fondamentali può, quindi, giustificare, una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario, ancorché derivanti da una libertà sancita dal Trattato. Stando alle parole della Corte a partire dalla sentenza *Albany* fino a *Laval*, la tutela dei diritti fondamentali *rappresenta un legittimo interesse che giustifica una limitazione degli obblighi imposti dal diritto comunitario*²⁷.

È evidente, però, che le speranze da molti riposte in una sorta di “capovolgimento” dei rapporti tra diritti economici e diritti sociali grazie alla prima giurisprudenza innovativa della Corte siano state tradite dalle celeberrime sentenze del 2007 *Viking* e *Laval*. Qui i diritti sociali sono stati inseriti in un circuito di bilanciamento con le libertà economiche fondamentali tale da nuocere alla loro affermazione come diritti dotati di effettività. La scelta della Corte di fissare un’*equivalenza gerarchica* tra diritti fondamentali e libertà fondamentali (secondo l’espressione utilizzata nelle Conclusioni dell’Avvocato Generale Verica Trstenjak²⁸) avrebbe potuto forse

²⁷ Corte di Giustizia, sentenza 14 ottobre 2004, Causa C- 36/02, *Omega Spielhallen – und Automatenaufstellungs – GmbH c. Oberbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn*.

porsi in termini più equilibrati, dando maggiore rilievo al diritto fondamentale di sciopero e valutando precisamente fino a che punto quest'ultimo potesse essere condizionato dalle libertà economiche. Ribadendo la posizione assunta nel 2007, nella sentenza *Commissione c. Germania*²⁹ la Corte afferma che neppure l'esercizio del diritto di contrattazione collettiva, pur riconosciuto come fondamentale dall'ordinamento europeo, è in grado di consentire forme di aggiudicazione al di fuori dei limiti previsti dalle procedure di incanto sancite e, senza il rispetto del principio di concorrenza³⁰.

Lo scarso coraggio della Corte di Giustizia va, comunque, letto alla luce della collocazione dei diritti in questione in un ambito sovranazionale ancora da definire e per lo più ancora dominata dalla *Lex mercatoria*. È

²⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Verica TRSTENJAK depositate il 14 aprile 2010 in Causa C- 271/08, *Commissione c. Germania*.

²⁹ Corte di Giustizia sentenza del 15 luglio 2001, Causa C- 271/08, *Commissione c. Germania*

³⁰ In occasione delle cause riunite C-297/10 e C- 298/10, *Sabine Hennigs c. Eisenbahn – Bundestamt e, Land berlin c. Alexander Mai*, la Corte di Giustizia ha precisato che, pur riconoscendo un ampio margine di apprezzamento alle parti sociali le quali, esercitando il loro diritto fondamentale alla negoziazione collettiva, come riconosciuto dall'art. 28 della Carta, hanno avuto cura di definire un equilibrio, per entrambe le parti accettabile, tra i loro rispettivi interesse, occorre, poi, verificare se, nell'ampio margine di apprezzamento riconosciuto, i mezzi impiegati per conseguire detto obiettivo siano *appropriati e necessari*. Nel caso di specie è stato valutato che, gli artt. 2 e 6, n. 1 della direttiva 2000/78 ostano a una misura prevista da un contratto collettivo, come quello in oggetto delle due cause principali, *a termini della quale, nell'ambito di ciascun grado, il livello di retribuzione di base di un agente contrattuale del settore pubblico è determinato, al momento dell'assunzione di tale agente*, e quindi, *in funzione della sua età*. Si badi bene, il fatto che il diritto dell'Unione osti a tale misura e che quest'ultima sia compresa in un contratto collettivo non pregiudica il diritto di negoziare e di concludere accordi collettivi.

auspicabile che la Corte di Giustizia riveda le sue posizioni in ordine al disegno gerarchico dei valori fondamentali, a soccorrerla potrebbe essere proprio la Corte di Strasburgo.

In attesa che la Corte muti le proprie convinzioni, è comunque l'art. 137 TCE la disposizione che, con la sua portata innovativa, è in grado di produrre un significativo impulso verso il rafforzamento del ruolo delle parti sociali e del connesso dialogo sociale. Tale disposizione offre la concreta possibilità che uno Stato affida alle parti sociali il compito di attuare le direttive ovvero la decisione con cui il consiglio dà esecuzione agli accordi raggiunti a livello comunitario dalle parti interessate.

Come può facilmente desumersi possono essere molteplici le ragioni per le quali il nuovo quadro normativo potrebbe aprire importanti spiragli verso una rivisitazione da parte della Corte di Giustizia della propria giurisprudenza in ordine ai rapporti fra diritti (o libertà) economici e diritti sociali (fondamentali). In questa direzione ad esempio vanno le parole dell'Avvocato Generale Cruz Villalón³¹.

³¹ V. le conclusioni dell'Avvocato Generale Cruz VILLALÓN presentate il 5 maggio 2010 in Causa C- 515/08, *Procedimento penale a carico di Vitor Manuel dos Santos Palhota ed al. . "L'entrata in vigore del Trattato di Lisbona implica che, qualora le condizioni di lavoro si presentino come motivi 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 ad una mera deroga ad una libertà.*

Pur partendo da queste importanti novità né il Trattato di Lisbona né la Carta dei diritti fondamentali sono ancora riuscite a sanare il *gap* fra diritti della persona e diritti economici. È, infatti, necessario, per valorizzare la dimensione sociale del processo d'integrazione europea, rafforzare i diritti sociali, restituire ad essi la centralità che meritano e, rendere estremamente restrittive, in generale, le limitazioni fin qui, invece contemplate.

Tuttavia la grave crisi economico- finanziaria in atto sta seriamente legando il destino dello sviluppo di milioni di persone a speculazioni finanziarie prive di ogni logica. Il rischio concreto è che, il rispetto dei diritti sociali, parte integrante della democrazia sostanziale, sia progressivamente subordinato all'andamento di borse e mercato. Diventa allora fondamentale la nascita di uno nuovo assetto normativo in grado di sviluppare una vera politica economica e sociale europea. È questo il quadro al cui interno soltanto possono risolversi delicate questioni la cui soluzione non può più essere lasciata a future occasionali controversie dinanzi alla Corte di giustizia o ai tribunali nazionali. Attuare nuove politiche distributive e redistributive dei diritti e delle risorse per regolare il confronto tra diritti fondamentali e

Il nuovo sistema del diritto primario, imponendo un elevato grado di protezione sociale, sta facendo sì che gli Stati membri, in nome della salvaguardia di un determinato livello di protezione sociale, possano giungere a porre limiti ad una libertà, e li autorizza a ciò senza che il diritto dell'Unione consideri siffatta limitazione atto straordinario e, in quanto tale, soggetto ad una valutazione restrittiva ...".

libertà economiche in modo da assicurare la realizzazione del disegno europeo in un quadro di sostenibilità sociale, è questo quello che ci si aspetta dalla nuova Europa post Lisbona.

Per quel che invece concerne la Corte di giustizia, dovrebbe forse abbandonare l'idea in base alla quale la libertà economica è da intendere quasi come un super diritto, o, diversamente, un principio costituzionale supremo ed in quanto tale, intangibile. Un'idea che sembra permeare il ragionamento della Corte medesima sia in occasione della decisione *Viking* che in occasione della decisione *Laval*.

3.2.1. Viking

Il caso Viking³² rappresenta la prima delle due decisioni del 2007. Sarà utile ricordare che la controversia nasce quando, con il chiaro intento di regolare i lavoratori secondo i più comodi parametri previsti dagli accordi collettivi estoni, un gestore finlandese di traghetti (*Viking*) pretende di immatricolare la sua imbarcazione (nella fattispecie, la *Rosella*) in Estonia. In seguito a questa decisione la federazione finlandese dei marittimi si mobilita e, per evitare il cambio di bandiera, invoca l'intervento della federazione internazionale dei trasporti. Il gestore marittimo, approfittando anche del contestuale ingresso dell'Estonia nella unione europea, propone un ricorso alla *commercial court (England & Wales, civil division)* di Londra in quanto ritiene lesivo il comportamento della itf (*International Transport Workers' Federation*) della libertà di stabilimento, della libertà di circolazione dei lavoratori e della libera prestazione dei servizi. Il giudice inglese (con decisione 23 novembre 2005) si rivolge alla corte chiedendo se l'art 43 del Trattato della comunità europea abbia efficacia orizzontale e di accertare la relazione fra autonomia collettiva e libertà economiche.

³² Corte di Giustizia 11 dicembre 2007, Causa C- 438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union co. Viking Line ABP, OU Viking Line Eesti*

Le questioni proposte dai due casi sono molteplici ma, l'interrogativo di maggiore importanza al quale la Corte è chiamata a rispondere è se sia legittima, ed eventualmente quali siano i limiti da considerare, un'azione collettiva diretta a limitare la libertà di circolazione di un'impresa privata (la libera prestazione di servizi era all'attenzione della Corte nel caso *Laval*, la libertà di stabilimento nel caso *Viking*).

Alcune premesse mi paiono indispensabili per riflettere su questo interrogativo.

In primo luogo, la carta di Nizza (art. 28) riconosce ai lavoratori e ai datori di lavoro il diritto di *negoziare e di concludere contratti collettivi e di ricorrere in caso di conflitti di interessi, ad azioni collettive, compreso lo sciopero*.

In secondo luogo, il Trattato esclude espressamente dall'ambito di azione e dalle competenze normative della CE il diritto di associazione, il diritto di sciopero ed il diritto di serrata.

In terzo luogo, occorre ricordare che mentre le norme in materia di concorrenza hanno senz'altro effetto orizzontale diretto, tale effetto non è riconosciuto alle norme sulla libera circolazione, cui è riconosciuto invece effetto verticale.

Proprio rispetto a quest'ultimo punto entrambi gli Avv. Generali approdano alla medesima conclusione nel senso di riconoscere effetto

orizzontale diretto alle norme sulla libera circolazione. L'effetto orizzontale diretto delle norme sulla libera circolazione spalanca la porta del diritto comunitario al conflitto tra diritto di sciopero e di azione collettiva e diritti di libera circolazione: ne segue che, il giudice interno si troverà costretto a dover applicare il diritto interno in modo coerente con le norme del trattato sulla libera circolazione e ove ciò non sia possibile saranno le norme sulla libera circolazione a prevalere.

Si porrebbe il problema di determinare se il Trattato intenda vietare un'azione sindacale nel caso in cui la stessa abbia lo scopo di impedire ad un datore di lavoro di avvalersi, per ragioni economiche (a tal proposito sembra opportuno ricordare che il *Rosella* ha operato in perdita, a causa della concorrenza diretta delle navi estoni in grado di assicurare il medesimo collegamento, tra Tallin, Estonia, ed Helsinki, Finlandia, con costi salariali inferiori), della libertà di stabilimento. Ebbene, per analogia con quanto la Corte avrebbe dichiarato a proposito del titolo VI del Trattato³³, gli articoli sulla libera circolazione delle persone e dei servizi non sarebbero applicabili alle, la Corte definisce, "*autentiche attività sindacali*"³⁴.

³³ Sulla questione cfr. Corte di Giustizia 21 settembre 1999, Causa C- 67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*; Corte di Giustizia 21 settembre 2000, Causa C-222/98, *Hendrik van der Woude c. Stichting Beatrixoord*

³⁴ Cit. punto 26, Causa C-438/05

Con la prima delle questioni sollevate in occasione del caso *Viking* alla Corte si chiede in sostanza se l'art.43 CE debba essere interpretato nel senso che esula dal suo ambito di applicazione un'azione collettiva intrapresa da un sindacato nei confronti di un'impresa al fine di indurre quest'ultima a sottoscrivere un contratto collettivo piuttosto che un altro, oppure no. La Corte ritiene applicabile l'art. 43. Ciò nonostante, come sostenuto dal governo danese, il diritto di associazione, il diritto di sciopero e quello di serrata esulano dall'ambito di applicazione della libertà fondamentale, dal momento che, ai sensi dell'art. 137 n.5 CE, come modificato dal Trattato di Nizza, la Comunità non è competente a disciplinare tali diritti.

Si deve in proposito ricordare che nei settori in cui la Comunità sembra non avere competenza secondo il riparto dei Trattati, gli Stati membri restano comunque vincolati, nella determinazione delle condizioni di esistenza dei diritti in questione e delle relative modalità di esercizio, al rispetto del diritto comunitario. Di conseguenza il fatto che l'137 CE non si applichi ai diritti in questione non è sufficiente a sottrarre l'azione intrapresa dal sindacato finlandese dall'applicazione dell'art.43.

È necessario osservare che il diritto di intraprendere un'azione collettiva è stato già riconosciuto come un diritto fondamentale, come tale

facente parte integrante dei principi generali del diritto comunitario, rimane il fatto che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni. Resta fermo quanto, precedentemente dichiarato dalla presente Corte, in occasione delle cause C-112/00, *Schmidberger*, e C-36/02, *Omega*, che l'esercizio di qualunque libertà deve essere conciliato con le esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato, oltre che conforme al principio di proporzionalità. L'ingresso del diritto di azione collettiva nel diritto comunitario non è certo privo di significato politico, ma non è neppure privo di conseguenze giuridiche rilevanti. Avviene così che l'inclusione del diritto di sciopero nel diritto comunitario determini, come immediata conseguenza, la necessità di bilanciare un diritto sociale fondamentale con la libertà economica, certo non meno fondamentale nel diritto comunitario. Il bilanciamento non mette il diritto di azione collettiva al riparo da valutazioni ispirate dagli equilibri interni all'UE, che assegnano ancora una indiscussa priorità alle ragioni dell'integrazione economica e del mercato libero-concorrenziale. Affermare la competenza della Comunità in materia di azione collettiva porta inevitabilmente a dire che l'azione collettiva è legittima alla luce del diritto comunitario solo se, e nella misura in cui, è necessaria a conseguire un obiettivo di interesse generale (tutela dei lavoratori, lotta contro il dumping sociale) ed è inoltre proporzionale rispetto al raggiungimento di tale obiettivo.

Dopo aver stabilito, dunque, che le pratiche poste in essere dal sindacato finlandese congiuntamente alla ITF costituiscono restrizioni della libertà di stabilimento ai sensi dell'art.43 CE, la Corte dichiara che eventuali restrizioni alla libertà di stabilimento possano essere ammesse solo ed esclusivamente qualora perseguano obiettivi di interesse generale, perseguiti dal Trattato e dalla politica sociale comunitaria.

La Corte, dal canto suo, ha ripetutamente riconosciuto, in via generale che, l'interesse pubblico connesso alle politiche sociali possa giustificare talune restrizioni alla libera circolazione, purché le stesse non vadano oltre il *necessario*. La Corte non ha tuttavia mai ammesso che tali restrizioni ricadano del tutto all'esterno dell'ambito di applicazione delle norme sulla libera circolazione. Sarebbe certamente curioso ritenere che i provvedimenti assunti per perseguire politiche sociali debbano, sol per questo, sottrarsi alla verifica sulla base delle norme sulla libera circolazione.

Nonostante ciò in occasione della sentenza *Albany*³⁵, la Corte ha per così dire, riconosciuto, ai contratti collettivi, una limitata esclusione dalla applicabilità delle norme in materia di concorrenza. Tuttavia, il fatto che un accordo o un'attività esuli dall'ambito applicativo delle norme sulla

³⁵ Corte di giustizia, sentenza del 21 settembre 1999, Causa C- 67/96, *Albany international BV c. Stichting Bedrijfspensioenfondsvan de Textielindustrie*

concorrenza non significa necessariamente che lo stesso si sottragga anche alle norme sulla libera circolazione. Al contrario, quanto dichiarato nelle cause *Wouters* e *Meca-Medina* (causa C-519/09, sentenza 19 luglio 2006) dimostra che un accordo o un'attività possono essere soggetti ad un gruppo di norme e, al tempo stesso, esclusi dall'altro. La Corte, pertanto, pur riconoscendo che il diritto di intraprendere un'azione collettiva, compreso il diritto di sciopero, in quanto diritto fondamentale che è parte integrante dei principi del diritto dell'Unione europea, ha anche esplicitamente ammesso che il suo esercizio può essere sottoposto a talune restrizioni.

Secondo il prof. M. Monti le sentenze del 2007 e del 2008 *“hanno riproposto una vecchia frattura mai sanata: la divisione fra i sostenitori di una maggiore integrazione del mercato e coloro che considerano l'appello alle libertà economiche e alla soppressione delle barriere normative la parola d'ordine per smantellare i diritti sociali tutelati a livello nazionale.”*³⁶. Si tratta a questo punto di stabilire precisamente quali debbano essere i principi e le norme applicabili a livello dell'Unione in materia di esercizio del diritto fondamentale di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento, della libera prestazione di servizi e della libertà di circolazione.

³⁶ Relazione *“Una nuova strategia per il mercato unico”* al presidente della Commissione, 9 maggio 2010, pag.68

La prospettiva appare rovesciata dunque rispetto a quella cui ci ha abituato la tradizione costituzionale italiana (e non solo), che accorda priorità ai diritti sociali rispetto alle libertà economiche, e assegna inoltre ai diritti sindacali dei lavoratori la funzione essenziale di strumento di riequilibrio dei poteri tra le forze sociali. Nel diritto comunitario, giova ripeterlo, viceversa, la libertà economica può legittimamente espandersi fino al limite in cui non intacca il contenuto essenziale, si badi bene, del diritto fondamentale di azione collettiva.

Ecco che diviene evidente, nuovamente, lo svantaggio della mancata costituzionalizzazione del diritto di azione collettiva. In altri termini, il sostrato sul quale poggiamo è rappresentato dalla costruzione giurisprudenziale (ad opera della CGUE) dei diritti fondamentali che hanno trovato una loro collocazione minima tra le quattro libertà fondamentali. La Corte non potendo far leva su solide basi di diritto positivo, peccando di liberismo a tutti i costi, ha provveduto a tutelare i diritti sociali fondamentali in via mediata ed indiretta: considerando, da un lato, le quattro libertà fondamentali, dall'altro, i divieti di discriminazione.

4.2.1. Il diritto fondamentale di azione collettiva: valutazioni aggiuntive

Riconosciuto il diritto all'azione sindacale in termini di diritto fondamentale e, come tale, da tutelare dall'Unione europea, si tratta, a questo punto, di capire cosa ciò comporta sul piano strettamente giuridico e, se il caso, quali siano gli effetti sui singoli ordinamenti nazionali.

Va sin da subito detto che, alla luce delle affermazioni in merito, allo stadio attuale del processo di integrazione europea, il diritto *fondamentale* di azione collettiva nell'UE esiste se esiste anche nell'ordinamento nazionale altrimenti, se quest'ultimo manca o non è tutelato, il problema della sua garanzia per l'UE non si pone. Ne consegue che l'unico effetto del riconoscimento del diritto fondamentale di azione sindacale nell'ordinamento comunitario è di poter individuare dei limiti al suo esercizio che si aggiungono a quelli eventualmente previsti dal diritto nazionale. Un paradosso ingiustificabile, *prime facie*, se non si tenesse conto del fatto che la materia in commento non rientrando nella competenza comunitaria impedisce al legislatore sovranazionale di utilizzarlo come vincolo o metro di giudizio in un eventuale intervento di armonizzazione positiva (art.153.5 del Trattato sul Funzionamento dell'UE).

Di ben altra portata sono gli effetti che negli ordinamenti nazionali possono derivare dai limiti all'esercizio del diritto di azione collettiva configurati dalla Corte di Giustizia. Limiti che si ricavano da una operazione

di bilanciamento di quel diritto con le libertà fondamentali di stabilimento e di prestazioni di servizi riconosciute da sempre, sin dai primi trattati. Il passaggio che la Corte compie, nelle due sentenze sopra citate, è di decisiva importanza perché con esso, per la prima volta, la Corte riconosce che le libertà di mercato sono a tutti gli effetti dei diritti fondamentali. Ciò significa che, a differenza di quelli previsti dalla carta di Nizza, sono direttamente tutelabili negli ordinamenti nazionali anche nei rapporti inter-privati. Con l'affermazione dell'efficacia diretta orizzontale delle norme che tutelano la libertà di muoversi nel mercato unico viene introdotto negli ordinamenti nazionali un diritto fondamentale di natura economica, fino a questo momento ignorato dagli ordinamenti nazionali, ivi compreso quello italiano. Una affermazione del genere contribuisce ad arricchire il diritto di impresa, dalla più gran parte degli ordinamenti nazionali, di nuovi contenuti.

In Italia la libertà economica del datore è tutelata a fronte dell'azione sindacale. Come noto, la Cassazione ha individuato nella produttività dell'impresa il limite esterno fondato sull'art.41 Cost., che anche chi sciopera deve rispettare³⁷. In base ai principi giurisprudenziali sui limiti all'esercizio dello sciopero è possibile che quello sciopero, quale quello realizzato dai lavoratori svedesi, potesse subire una censura di illegittimità anche davanti

³⁷ Corte di Cassazione, sentenza n. 711 del 30 gennaio 1980

al giudice italiano, senza bisogno di scomodare il tribunale comunitario. È quanto ebbe a riconoscere il pretore di Ferrara (29 giugno 1994, in RIDL) in merito ad uno sciopero di solidarietà che aveva provocato la risoluzione di un contratto di appalto; sciopero, appunto, giudicato illegittimo. In merito a ciò, le affermazioni secondo cui un determinato sciopero “è illegittimo” o “è legittimo” sono cariche di una ambiguità che è forse meglio dissipare.

Occorre anzitutto chiarire il piano sul quale dovrebbe collocarsi tale illegittimità. Lo sciopero, e quindi la sua legittimità, va di volta in volta valutato, in relazione alle modalità con le quali viene effettuato ovvero alle finalità che intende perseguire. La nostra esperienza giurisprudenziale ha, nei due decenni successivi alla Costituzione, avanzato le più disparate definizioni considerando alternativamente di volta in volta il danno, la retribuzione o la buona fede come criteri di valutazione. La soluzione è giunta, in Italia, con la s.n.711/1980 della Cassazione con la quale si è esplicitamente affermato che, ai fini di una valutazione di legittimità dello sciopero, sono, la produzione e il danno alla produttività, gli unici due limitati criteri da considerare.

Tornando a noi, c'è però una differenza sostanziale tra il limite dedotto dai giudici italiani dall'art.41 cost. e quello dedotto dai giudici comunitari tratto dagli artt. 43 e 49 TCE. Per dirla con Natalino Irti, l'art.41

cost. permette di indentificare un interesse datoriale, fisiologicamente contrapposto al diritto di sciopero, a tutela dell'impresa nella sua dimensione statica, mentre il diritto di sciopero comunitario impone di considerare l'impresa nella sua dimensione dinamica e orizzontale³⁸. Il modo in cui poi la Corte afferma l'efficacia orizzontale delle libertà fondamentali è questione ancora dibattuta, ma sembra a chi scrive che, le sentenze *Viking* e *Laval* rappresentano un punto di partenza per l'avvio di un processo che evidentemente chiama in causa le istituzioni politiche dell'Unione. Scenari affatto diversi si aprirebbero invece inserendo una *clausola sociale generale* da allegare ai trattati, come propone la CES, con la quale si affermi la prevalenza dei diritti collettivi sulle regole del mercato e della concorrenza. È evidente che quanto si è fino ad ora detto costituisce solo una fase di un processo di evoluzione del diritto comunitario che può assestarsi su equilibri più rassicuranti per i lavoratori e più rispettosi dell'autonomia collettiva. In tal senso si rende necessaria la partecipazione di tutti gli attori che partecipano al suddetto processo di modo da eliminare quegli squilibri che stanno alla base di quel *bilanciamento sbilanciato*³⁹ tra libertà di mercato e

³⁸ N. IRTI, *L'ordine Giuridico del Mercato*, Laterza, Bari, 2001 cit. pag. 19.

³⁹ L'espressione si deve a Maria Vittoria BALLESTERO, *Europa dei Mercati e Promozione dei Diritti*, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", 2007

diritti sindacali che i giudici di Lussemburgo configurano applicando le vigenti fonti comunitarie.

5.2.1. *Laval*

Consideriamo ora la sentenza *Laval*⁴⁰, in occasione della quale la Corte di giustizia ha affermato la prevalenza della libertà di prestazione di servizi sul diritto di sciopero costituzionalmente garantito.

La controversia ha origine quando la *Laval un Partneri Ltd*, società di diritto lettone avente sede a Riga (Lettonia), distacca lavoratori in Svezia sulla base della direttiva 96/71 per lavorare in alcuni cantieri di una società di diritto svedese. Nel giugno 2004 la *Laval* avvia con il sindacato svedese dei lavoratori nel settore delle costruzioni e dei lavori pubblici, *Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, talune trattative per determinare le retribuzioni da pagare ai lavoratori distaccati previste in un contratto collettivo dell'edilizia. Le trattative non vanno a buon fine. La *Laval* firma un contratto collettivo con il sindacato lettone dei lavoratori dell'edilizia a cui erano iscritti la maggior parte dei lavoratori distaccati. Il *Byggnadsarbetareförbundet* inizia un blocco di tutti i cantieri della *Laval* in Svezia- blocco legittimo secondo il diritto svedese. Lo sciopero riuscì e il contratto tra la società svedese, controllata da *Laval* e il comune di Vaxholm

⁴⁰ Corte di Giustizia 18 settembre 2007, Causa C- 341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggetan, Svenska Elektrikerförbundet*

per il lavoro di costruzione fu risolto, con conseguente bancarotta della società controllata.

La *Laval* propone ricorso davanti alla Corte del lavoro contro l'organizzazione sindacale *Svenska* e le altre organizzazioni sindacali che avevano, nel frattempo, deciso di sostenere la causa dei lavoratori edili, per ottenere, l'accertamento dell'illegittimità dell'azione collettiva intrapresa e, la condanna di dette organizzazioni sindacali al risarcimento del danno subito. Nel corso del procedimento la Corte del lavoro decide di rivolgersi alla Corte di giustizia in via pregiudiziale allo scopo di determinare se un'azione collettiva, intrapresa da più di un sindacato, come quella nella causa principale, possa o meno contrastare con la libertà di prestazione di servizi sancita dal Trattato. La Corte, chiamata a rispondere sulla questione pregiudiziale, afferma l'efficacia orizzontale delle disposizioni del Trattato sulla libera circolazione dei servizi e il divieto di qualsivoglia discriminazione sulla base della nazionalità. Secondo il parere della Corte, lo stato ospitante non può rendere la circolazione del prestatore di servizi transfrontalieri soggetta ad un numero di restrizioni maggiori rispetto a quelle previste per i lavoratori nazionali.

6.2.1. Il bilanciamento operato dalla Corte in occasione del caso *Laval*

Con *Laval*, la Corte conferma il percorso intrapreso con *Viking*.

È il caso di segnalare che, le rivendicazioni dell'impresa edile lettone, coinvolta nella vicenda *Laval*, sembrano avere a cuore più che la tutela dei lavoratori, il fine di evitare che, attraverso il distacco di lavoratori *low cost*, società straniere possano usufruire di un illecito vantaggio competitivo determinando così una situazione di dumping sociale, penalizzante per i lavoratori maggiormente tutelati, quali ad esempio quelli svedesi. È possibile sostenere, come molti a ragione fanno, che, il dispositivo della sentenza *Laval* suona come una cruda condanna. La sentenza, di fatto, non lascia all'autorità giudiziaria nazionale alcun margine di valutazione autonoma. Confrontando le sentenze *Viking* e *Laval*, M.V. Ballestrero sottolinea che mentre il dispositivo della prima *appare più aperto e possibilista (...) quello di Laval (...) giudica senz'altro l'azione collettiva intrapresa dai sindacati svedesi come ingiustificata restrizione della libertà di circolazione*⁴¹. Mi preme sottolineare che in entrambe le occasioni la Corte riafferma il fatto che seppur l'Unione non abbia competenza diretta in materia di sciopero e serrate ciò non comporta che questo tipo di azioni (come quelle contestate

⁴¹ M.V. BALLESTERO, *op.cit.*

in Laval) possano legittimamente violare altre previsioni comunitarie. A prescindere dai dettagli anche il caso *Laval* conferma l'idea di un *bilanciamento sbilanciato* in favore delle libertà economiche. Concretamente i giudici subordinano un diritto sociale alla libertà di impresa, preoccupandosi di garantire la pre - determinabilità economica degli effetti della contrattazione collettiva, fattore per nulla trascurabile ove assumessimo il punto di vista dell'impresa e non più quello dell'organizzazione sindacale, e dimenticando che le peculiarità dell'autonomia sindacale non sopportano l'equiparazione con le regole che governano il mercato ed il settore pubblico. È evidente che la contrattazione collettiva, dunque, e l'azione esercitabile dalle organizzazioni sindacali ne escono fortemente ridimensionate dopo le sentenze della Corte, riducendo, sensibilmente la capacità dei sindacati di agire a tutela dei diritti dei lavoratori, specie di quelli distaccati.

La Commissione, dal canto suo, in data 21.3.2012, ha formulato una proposta di Regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi.

Nonostante gli strumenti pertinenti non facciano esplicito riferimento al diritto o alla libertà di sciopero, il diritto di intraprendere un'azione

collettiva, corollario del diritto di contrattazione collettiva, è riconosciuto da diverse Carte internazionali. In questo contesto, l'art.28 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea riconosce espressamente il diritto di concludere contratti collettivi e di ricorrere, nella difesa degli stessi, anche allo sciopero. Tuttavia, come sancito dalla Corte di giustizia e dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁴², il diritto di sciopero non è un diritto assoluto e il suo esercizio può essere soggetto a restrizioni, che possono anche dipendere dalla costituzione, dal diritto o dalle prassi nazionali. Di conseguenza, i sindacati, devono avere la possibilità di continuare ad agire per tutelare i diritti dei lavoratori.

È evidente che il caso *Laval*, più che rispetto al caso *Viking*, pone questioni di carattere istituzionale in ordine al rapporto tra il diritto comunitario e il diritto del lavoro interno agli Stati membri. Essa pare innanzitutto fornire ai giudici nazionali, chiamati ad applicare le norme sulla libera circolazione al caso concreto, il potere di rivedere gli *standard* regolativi interni, non solo laddove essi risultino particolarmente restrittivi e, dunque, ostativi al raggiungimento del *mercato unico*, ma più

⁴² Cfr. , ad es., la sentenza CEDU del 21 aprile 2009, causa *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*,68959/01

concretamente dove essi superino gli *standard* applicati nello Stato membro “meno regolativo”.

In secondo luogo sembra esserci una sorta di diritto dell’agente economico nell’accesso alla disciplina dello Stato membro più favorevole, senza tener conto della esatta localizzazione delle sue attività.

La prima questione da analizzare è il carattere della *restrizione* necessaria per attivare l’art.49. Nel corso di una lunga sentenza la Corte ha dedicato all’argomento poche battute alla discussione⁴³ di un punto, a parere di chi scrive, fondamentale. L’Avvocato generale Mengozzi era stato poco più prodigo di argomentazioni tornando sul punto senza di fatto stravolgere le conclusioni della Corte⁴⁴. La questione è stata affrontata in

⁴³ Corte di Giustizia, in sentenza del 18 dicembre 2007, Causa C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet*, scrive al punto 99 : “*si deve osservare che il diritto delle organizzazioni sindacali di uno Stato membro di intraprendere azioni collettive mediante le quali le imprese stabilite in altri Stati membri possono essere obbligate a sottoscrivere il contratto collettivo dell’edilizia, del quale talune clausole si discostano dalle disposizioni legislative stabilendo condizioni di lavoro e di occupazioni più favorevoli per quanto riguarda le materie di cui all’art. 3, n. 1, primo comma, lettere a) g), della direttiva 96/71, mentre altre riguardano materie non previste da tale disposizione, è in grado di scoraggiare o rendere più difficile per tali imprese l’esecuzione di lavori di costruzione sul territorio svedese, e costituisce pertanto una restrizione alla libera prestazione dei servizi ai sensi dell’art. 49 Ce*”.

⁴⁴ Paolo MENGOZZI, nelle conclusioni presentate il 23 maggio 2007, ai punti 230-233 aveva detto: “*E’ innanzitutto a mio parere innegabile che, nonostante l’assenza di un vincolo contrattuale fra le parti convenute nella causa principale e la Laval, e nonostante il fatto che le azioni collettive fossero direttamente indirizzate nei confronti dei membri delle organizzazioni convenute, i quali dovevano astenersi dal rispondere ad ogni offerta di assunzione o di lavoro per la Laval, l’avvio delle azioni collettive ha avuto l’effetto di obbligare la Laval a rinunciare all’esecuzione del contratto per il cantiere di Vaxholm e al distacco dei lavoratori lettoni in tale cantiere (...)* Lo svolgimento di una simile azione collettiva, anche se

modo egualmente succinto nel primo caso che ha dato seguito a *Laval*, sulla cui causa mi dilungherò a breve, ossia *Ruffert*⁴⁵.

A questo punto non posso esimermi dal domandarmi in che senso l'azione collettiva come quella nella causa principale ha imposto costi che, stando alla Corte, hanno reso *più difficile* o *meno attrattivo* per *Laval* operare in Svezia?; ma soprattutto, *più difficile* o *meno attrattivo* rispetto a cosa?.

Simon Deakin individua tre diverse possibilità⁴⁶: 1. Più difficile rispetto all'ipotesi in cui non fosse esistita la legge che consentisse lo sciopero; 2. Più difficile rispetto al contesto fronteggiato dalle aziende svedesi; 3. Più difficile rispetto alle situazioni in cui non fosse stata applicata la legge lettone e/o i contratti collettivi lettoni.

Consideriamo la prima possibilità. Il contesto è il seguente: lo sciopero rende inevitabilmente più costoso per il datore di lavoro lo svolgimento della propria attività commerciale; la legislazione svedese prevede la possibilità

condotta altresì nei confronti delle imprese stabilite nel territorio dello Stato membro in questione, può comportare costi rilevanti, cosicché essa costituisce, a mio avviso, una restrizione alla libera circolazione dei servizi”.

⁴⁵ Corte di Giustizia, sentenza del 3 aprile 2008, Causa C-346/06, *Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen*.

⁴⁶ Simon DEAKIN in, *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, saggio pubblicato nel *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. X, 2008, pag. 471 e ss.

che contro prestatori di servizi, anche stranieri, possano esercitare un'azione come quella in commento; dalle parole della Corte risulta che *Laval* fosse soggetta ad una restrizione solo perché la legge svedese permise che fosse intrapresa contro di lei un'azione collettiva (il che equivarrà per caso a dire che è l'esistenza dell'azione collettiva a generare la restrizione? Lo sciopero viola l'art.49 CE?).

Avverte il Deakin che, *“qualora si applicasse questa definizione di restrizione, ciò equivarrebbe a dire che un prestatore di servizi straniero, solo in quanto straniero, aveva diritto a che la legislazione del lavoro locale fosse disapplicata in suo favore”*⁴⁷. Questa linea di pensiero sembra essere presente in *Laval*, certamente, e sembra essere confermata in *Ruffert*. Il che equivale a dire che l'art.49 tutela il prestatore di servizi e gli garantisce il diritto di applicare la legge e/o il contratto collettivo dello Stato di origine, ossia la legge del proprio paese. Ma quando? , certamente, in tutti quei casi in cui la legge dello stato ospitante preveda costi o oneri, legati alla prestazione di lavoro più alti rispetto a quelli previsti dalla legislazione dello Stato d'origine. Stando così le cose, l'effetto *Laval* sarebbe quello di far rivivere il principio dello Stato d'origine, eludendo la direttiva servizi, e giustificando l'errore di prospettiva attraverso il richiamo all'art.49 che,

⁴⁷ Simon DEAKIN, *op cit.* pag. 471.

potenzialmente, è in grado di avere effetto orizzontale contro organismi di regolamentazione privati, tra cui i sindacati.

Va detto che gran parte delle giurisdizioni nazionali osservano il principio di territorialità che viene attuato mediante un insieme di criteri, fra cui, ad esempio, quello del luogo di lavoro (abituale o normale). Il diritto comunitario non osta a che gli Stati membri estendano le loro leggi o i contratti collettivi di lavoro a qualsiasi persona che svolga attività di lavoro subordinato, anche di carattere temporaneo, nel territorio, eccezion fatta per l'ipotesi del distacco temporaneo che si colloca al di fuori del principio di territorialità del diritto del lavoro. Ne consegue che i lavoratori distaccati possono godere solo ed esclusivamente delle tutele nella direttiva- servizi previste (che a dire il vero sono ben poche)⁴⁸. Se l'obiettivo della direttiva è quello di cercare un punto di incontro fra gli interessi, naturalmente e

⁴⁸ Ci si può allora chiedere perché i lavoratori distaccati non beneficino della tutela di cui agli artt. 12 e 39 del Trattato sui principi, rispettivamente, di non discriminazione e di parità di trattamento dei lavoratori. In proposito cfr. REICH, in *Free Movement Versus Social Rights in an England Union: The Laval and Viking Cases Before the European Court of Justice*, pubblicato in *German Law Journal*, 2008, pp. 133- 134, scrive: " i lavoratori assunti da Laval non stanno cercando un lavoro nel mercato svedese ma saranno mandati indietro una volta il lavoro di costruzione sarà portato a termine. In linea di principio, essi sono sotto la giurisdizione lettone. Perciò nel contesto descritto, le disposizioni in materia di circolazione dei lavoratori e di non discriminazione possono venire disapplicate". Nella soluzione di Norbert REICH, il diritto comunitario è, chiaramente, più sbilanciato sul piano della libertà fondamentale.

fisiologicamente contrapposti, dei datori di lavoro e dei lavoratori (distaccati), salvaguardando il mercato unico, non sembra cogliere nel senso.

La deroga al principio di territorialità, come viene indirettamente ricostruita dalla Corte, sembra dare il *la* ad una vera e propria corsa al ribasso fra ordinamenti e, le specifiche tutele individuate nella direttiva non sembrano sufficienti a tutelare il lavoratore che esercita la sua attività lontano dai confini nazionali.

7.2.1. (segue) Il contratto collettivo nel mercato dei servizi e l'impatto sull'ordinamento italiano

I limiti all'esercizio dell'azione sindacale che indirettamente la Corte di giustizia configura nell'ambito del mercato dei servizi hanno, come è facilmente intuibile, ricadute importanti anche sull'efficacia del contratto collettivo⁴⁹. La funzione della direttiva 96/71, come si è cercato di evidenziare anche nelle pagine che precedono, è quella di identificare degli *standards* minimi di tutela applicabili ai lavoratori temporaneamente distaccati sul territorio di uno Stato membro, oltre i quali la Corte riconosce una ingiustificata limitazione della libertà di prestazione dei servizi. Dal

⁴⁹ Sulla questione cfr. anche Giovanni ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano, 2008*.

combinato disposto degli artt. 3.1 e 3.10⁵⁰ si ricava, chiaramente, che al contratto collettivo è affidata una funzione del tutto residuale tra le fonti del diritto chiamate a disciplinare, parimenti alle altre, il (corretto) funzionamento del mercato dei servizi. Lo stato è chiamato a valutare con attenzione di quali contratti può chiedere il rispetto da parte delle aziende straniere e, quindi, conseguenzialmente, quali contratti dotare della efficacia *erga omnes*, generalizzata, che la direttiva richiede. In generale, comunque, il rispetto del contratto collettivo può essere imposto alle aziende ospitanti solo rispetto a quelle clausole minime inderogabili su tutto il territorio nazionale ed esclusivamente rispetto alle materie elencate dall'art.3.1 della direttiva. In Italia, non essendo i contratti collettivi dotati, alcuno di efficacia generalizzata, per via della mancata, ed inspiegabilmente, attuazione dell'art.36 Cost. (prima parte), quelle imprese straniere, poche, che decidano di stabilirsi temporaneamente nel nostro territorio nazionale sono tenute al rispetto delle sole clausole che determinano i minimi

⁵⁰ L'art. 3.1 della direttiva 96/71 recita: *"gli stati membri provvedono affinché qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, le imprese di cui all'art.1, paragrafo 1, garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie in appresso indicate che, nello Stato membro in cui è*

fornita la prestazione di lavoro, sono fissate: ... (segue un lungo elenco) ..."; l'art.3.10, invece, prevede: *" La presente direttiva non osta a che gli Stati membri, nel rispetto del trattato, impongano alle imprese nazione ed a quelle degli altri Stati, in pari misura: a) condizioni di lavoro e di occupazione riguardanti materie diverse da quelle contemplate laddove si tratti di disposizioni di ordine pubblico; b) condizioni di lavoro e di occupazione stabilite in contratti collettivi o arbitrati riguardanti attività diverse da quelle contemplate nell'allegato"*.

retributivi, le sole dotate, per legge, di efficacia generalizzata in forza del combinato disposto degli artt. 36 cost. e 2099,2° comma c.c.

La funzione residuale riconosciuta al contratto collettivo dalla direttiva e dalla Corte di giustizia, si riflette inevitabilmente sugli spazi di manovra del conflitto sindacale, comprimendoli drasticamente. Inoltre, il riferimento alle *disposizioni di ordine pubblico* dell'art.3.10 nasconde dietro un'apparente linearità una precisa volontà: preferire la via legislativa e non lo strumento contrattuale nella regolazione di quegli interessi (molti) che si innestano sul rapporto di lavoro (subordinato e non).

8.2.1. Ruffert

Si tratta dell'ultima, in ordine temporale, vicenda giudiziaria che trova origine in una situazione di fatto ormai ricorrente nello scenario del mercato unico senza restrizioni: manodopera a basso salario, spesso dipendente da imprese stabilite nell'Est europeo, a cui, lavorando in modo temporaneo, lo Stato membro non riconosce gli *standard* di tutela più elevati (come garantito solitamente dalle leggi o dai contratti collettivi del luogo di origine). Nel caso di specie, infatti, la società polacca cui erano stati affidati i lavori di costruzione di un penitenziario nel *Land Niedersachsen* da parte di una società tedesca che se li era aggiudicati in seguito ad una gara

pubblica, incorre in una condanna (penale) a causa della mancata retribuzione dei minimi salariali ai lavoratori che la società polacca aveva nel frattempo distaccato per l'esecuzione dei lavori. Il contratto d'appalto stipulato tra la società tedesca *Objekt und Bauregie GmbH & Co.KG* e il *Land* , prevedeva l'impegno per la suddetta società di rispettare i minimi salariali previsti dal relativo contratto collettivo. Impegno che la società polacca (sub appaltatrice non ha evidentemente rispettato. Risulta dagli atti che la società polacca arrivò a corrispondere solo il 46,57% della tariffa minima stabilita dal contratto collettivo del settore edilizio). Ciò ha prodotto la risoluzione del contratto medesimo ed il decreto penale di condanna nei confronti della seconda società.

Nonostante la presenza di tali presupposti in diritto la società tedesca si rivolse alla Corte chiedendo il riconoscimento di almeno una parte del credito per lavori compiuti da porre a carico del *Land*. La Corte, come ci ha ormai abituato, escluse che la vicenda potesse rientrare nell'ambito di applicazione della direttiva sul distacco dei lavoratori 96/71/CE (sulla quale ritornerò nel proseguito) ed affermò che tale ri- negoziazione "al ribasso" fosse funzionale al diritto dell'impresa all'interno di un mercato che garantisce la libera prestazione di servizi e dei lavoratori. Alle medesime conclusioni giunse anche nella presentazione delle sue conclusioni

l'Avvocato Generale Bot che scrisse: "quasi alcun dubbio (...) che sussiste una restrizione alla libera prestazione dei servizi".

9.2.1. I diritti fondamentali all'indomani delle sentenze Viking e Laval

È indubbio che nel periodo che ci separa dalle sentenze *Viking* e *Laval* siano intervenute significative novità sul piano del diritto primario dell'UE che vi configurano come un più solido fondamento per il diritto di sciopero. All'espresso riconoscimento dello sciopero come diritto fondamentale nell'art.28 della Carta dei diritti fondamentali, si aggiunge la recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che, superando le precedenti incertezze, nella sentenza *Enveryi Yapi – Yol Sen v. Turkey* (Corte europea dei Diritti dell'Uomo, 68959/01 del 21 aprile 2009) ha ricondotto il diritto di azione sindacale nell'ambito della libertà di associazione sancito dall'art.11 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁵¹.

La domanda, senza risposta, è ancora: tra le libertà altrui per la cui protezione l'art.11 della CEDU ammette sia limitato il diritto di sciopero

⁵¹ Corte Europea dei diritti dell'uomo, *Eneryi Yapi- Yol Sen c. Turkey* (68959/01) del 21 aprile 2009, che fa seguito alla sentenza *Demir and Baykara c. Turkey* (34503/97) del 12 novembre 2008 con la quale anche il diritto di contrattazione collettiva è stato ricondotto sotto la copertura dell'art.11 CEDU (in merito cfr. anche K. Ewing- J. Hendy, *The Dramatic Implications of Demir and Baykara*, *Industrial Law Journal*, 2 ss., 2010

rientrano anche le libertà economiche fondamentali riconosciute dall'ordinamento dell'UE? E se la risposta è positiva, in base a quali criteri deve condursi il giudizio di bilanciamento che necessariamente ne consegue?

“... L'esercizio di questi diritti non può essere oggetto di restrizioni diverse da quelle che sono stabilite dalla legge e che costituiscono misure necessarie, in una società democratica, alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione della salute o della morale e alla protezione dei diritti e delle libertà altrui...” (art. 11 comma 2 CEDU).

A parere di chi scrive l'elemento significativo sta nell'espressione *protezione dei diritti e delle libertà altrui* da leggere come: le quattro libertà fondamentali. Non pare avere avuto dubbi la Corte di giustizia la quale non ha avuto bisogno di aspettare né il trattato di Lisbona né le sentenze della Corte CEDU per riconoscere che lo sciopero è un diritto fondamentale e come tale parte integrante dei principi generali dell'ordinamento UE; salvo poi affermare che anch'esso, come tutti i diritti, debba essere esercitato nel rispetto delle *“esigenze relative ai diritti tutelati dal Trattato”*, ovvero in primo luogo alle libertà economiche fondamentali.

È vero che la Corte di Strasburgo prospetta un bilanciamento che muove da un'ottica opposta rispetto a quella della Corte di giustizia. Per la prima lo sciopero è il diritto da tutelare mentre per la seconda un limite ad un'altrui libertà, da giustificare.

I sindacati europei considerano le sentenze *Viking*, *Laval*, *Ruffert*, antisociali. Chiedono una modifica della legislazione vigente così evitando che in futuro la Corte possa emettere, ancora, sentenze poco rispettose dei diritti (fondamentali) dei lavoratori, vanificando gli sforzi delle rispettive organizzazioni sindacali.

Sezione II

Il ruolo delle istituzioni europee

1.2.2. La direttiva 2006/123/CE (cenni) nel quadro della libertà di prestazione dei servizi

Nell'occasione *Laval*, il livello di protezione dei diritti sociali coinvolti non solo non era affatto tutelato, ma fortemente ridotto a causa della preminenza accordata alla libertà economica. Preliminarmente occorre ribadire che la libertà di prestare servizi si applica a tutti i servizi che vengono generalmente forniti contro remunerazione (si tratta pur sempre di rapporti sinallagmatici, contratti a prestazioni reciproche, detto in altri termini), nella misura in cui essi non sono regolamentati dalle disposizioni relative alla libera circolazione delle merci, dei capitali e delle persone. La persona che presta un servizio può, a tal fine, esercitare temporaneamente la propria attività nello Stato membro in cui il servizio viene prestato, alle stesse condizioni imposte da tale Stato ai propri cittadini. La direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006, relativa ai servizi nel mercato interno rafforza la libertà di prestare servizi in seno all'UE. Dato il suo enorme potenziale in termini di vantaggi per i consumatori e per le PMI essa risulta fondamentale per il completamento del processo di integrazione europea al cui perfezionamento mirano le istituzioni comunitarie. Secondo delle stime

approssimative la piena attuazione della direttiva sui servizi potrebbe aumentare gli scambi dei servizi commerciali del 45% e gli investimenti esteri diretti del 25% con un conseguente aumento del PIL tra lo 0,5% e l'1,5%⁵². È innegabile, dunque, che, una maggiore competitività del mercato dei servizi è essenziale per promuovere la crescita economica e creare posti di lavoro nell'Unione europea. Attualmente un elevato numero di ostacoli nel mercato interno impedisce ai prestatori, in particolare alle piccole e medie imprese (in Italia il 95% delle imprese è ascrivibile alla categorie PMI), di espandersi oltre i confini nazionali e di sfruttare appieno il mercato unico. Tale situazione indebolisce la competitività globale dei prestatori dell'Unione europea. La relazione della Commissione sullo *Stato del mercato interno dei servizi* ha elencato i numerosi ostacoli che impediscono o rallentano lo sviluppo dei servizi tra Stati, ed in particolare dei servizi prestati dalle PMI. I servizi, a ben guardare, costituiscono il motore della crescita economica e rappresentano il 70% del PIL e dei posti di lavoro nella maggior parte degli Stati membri. Inoltre, è importante sottolineare che il settore dei servizi costituisce un settore chiave in materia di occupazione. Il Parlamento ed il Consiglio hanno sottolineato che l'eliminazione degli ostacoli giuridici alla realizzazione di un vero mercato interno costituisce una priorità per

⁵² Comunicazione della Commissione *Europa 2020*

conseguire un consistente miglioramento dell'occupazione e della coesione sociale (ma a quale prezzo ? verrebbe da chiedersi) giungendo così ad una crescita economica sostenibile. Inoltre, al punto 65 della direttiva- servizi, si precisa che la libertà di stabilimento e servizi è basata sul principio della parità di trattamento che non soltanto comporta il divieto di ogni forma di discriminazione basata sulla cittadinanza, ma anche qualsiasi forma di discriminazione indiretta basata su criteri diversi ma tali da portare di fatto allo stesso risultato.

Quando un operatore si sposta da uno Stato membro ad un altro per esercitarvi un'attività di servizi occorre distinguere le situazioni che rientrano nella libertà di stabilimento da quelle coperte, in quanto temporanee, dalla libera circolazione dei servizi. Il confine è labile.

Per quel che concerne la distinzione tra la libertà di stabilimento e la libera circolazione dei servizi, secondo la giurisprudenza costante della Corte di giustizia, occorre valutare il carattere temporaneo delle attività considerate. In altri termini, se l'operatore è stabilito nello Stato membro in cui presta i suoi servizi, rientra nel campo di applicazione della libertà di stabilimento; se, viceversa, l'operatore non è stabilito nello Stato membro in cui viene fornito il servizio, le sue attività sono oggetto della libera circolazione dei servizi con le indubbie diversità di trattamento in sede di

composizione giudiziale. Viene ammesso nella stessa direttiva al punto 64 che *al fine della creazione di un vero mercato interno dei servizi è necessario sopprimere le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi ancora presenti nella legislazione di taluni Stati membri incompatibile con gli artt. 43 e 49 del Trattato. Le restrizioni dovrebbero al più presto essere eliminate in modo sistematico.* È chiara la volontà di salvaguardare l'interesse economico, priorità che emerge chiaramente dalle parole del legislatore europeo. Sebbene non direttamente richiamata nella sentenza *Laval* la direttiva- servizi ha già in sé operato un bilanciamento (*sbilanciato*) in favore delle libertà economiche su qualsivoglia altro e diverso, fondamentale che sia, diritto.

2.2.2. Lo sciopero nella CSE (cenni)

Il diritto di sciopero trova espresso riconoscimento nella'art.6 comma 4 della carta sociale europea ove si legge che, lo stesso tenore è stato mantenuto anche nella versione *rivisitata* della CSE, (le parti riconoscono) *il diritto dei lavoratori e dei datori di lavoro d'intraprendere azioni collettive in caso di conflitti di interesse, compreso il diritto di sciopero, fatti salvi gli obblighi eventualmente derivanti dalle convenzioni collettive in vigore.*

Dall'art.6 comma 4 CSE si deduce che, in linea di principio, non dovrebbe essere consentito utilizzare il test di proporzionalità per impedire l'attuazione di scioperi finalizzati ad ottenere condizioni di occupazione migliori per i lavoratori (al contrario di quanto affermato nella sentenza *Viking*).

3.2.2. *La Commissione*

L'adozione della proposta di regolamento c.d. Monti II rappresenta la risposta della Commissione ai problemi generati dalle sentenze *Viking* e *Laval*. Essa tende a dare completamento alla direttiva 96/71/CE, sul distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, colmandone le lacune e superandone le incertezze interpretative che hanno accompagnato la sua implementazione negli Stati membri.

La strategia di intervento della Commissione è stata delineata dall'ex commissario Mario Monti nel suo rapporto a Barroso del maggio 2010⁵³, sulla cui base l'organo di governo dell'UE ha adottato l' Atto per il Mercato Unico dell'aprile 2011⁵⁴. Quanto affermato da Monti nel suo rapporto è

⁵³ Mario MONTI, Rapporto al Presidente della Commissione Europea Josè Manuel Barroso, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea, 9 maggio 2010*

⁵⁴ Commissione Europea, Comunicazione del 13.04.2011, *L'atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. "Insieme per una nuova crescita", COM(2011)206 def.*

esemplificativo della logica che ispira l'azione legislativa della Commissione, riflesso di un'ottimistica lettura degli effetti prodotti dalla piena integrazione di mercato. L'azione della Commissione si iscrive in un contesto più favorevole per il lavoratori rispetto a quello presente nella Corte nelle controverse sentenze e si traduce in *"ulteriori azioni strategiche"* che si affiancano a quelle operate a livello nazionale.

4.2.2. La proposta di regolamento

Nella prima parte della proposta (artt.1,2) vengono definiti i principi generali sui quali si base il rapporto tra azione sindacale e libertà di mercato nell'UE. È qui che si colloca la c.d. *clausola di salvaguardia*, finalizzata a garantire che *Il presente regolamento non pregiudichi in alcun modo l'esercizio dei diritti fondamentali riconosciuti negli Stati membri, compreso il diritto o la libertà di sciopero o di promuovere altre azioni, contemplati dai sistemi di relazioni industriali IT 18 IT specifici degli Stati membri, in conformità al diritto e alle prassi nazionali. Non pregiudica neppure il diritto di negoziare, concludere ed eseguire accordi collettivi e di promuovere azioni collettive in conformità al diritto e alle prassi nazionali.* Il fatto che si attribuisca uno status di parità ai diritti fondamentali e alle libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi implica che tali libertà possono dover essere limitate al fine di tutelare i diritti fondamentali. Tuttavia,

implica anche che l'esercizio di tali libertà può giustificare una restrizione all'esercizio effettivo dei diritti fondamentali. In altri termini? Nulla cambia.

Nella seconda parte (artt.3 e 4), la proposta configura due meccanismi per ridurre o evitare gli effetti pregiudizievoli causati dall'azione sindacale ai titolare delle libertà economiche o al funzionamento del mercato unico, in generale. Il primo riguarda la possibilità di ricorrere a meccanismi di risoluzione non giurisdizionale delle controversie, laddove tali controversie scaturiscano dall'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive, in situazioni transnazionali o a carattere transnazionale nel contesto dell'esercizio della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi. Il secondo impone agli stati membri di attivare una procedura di allerta *al manifestarsi di atti o circostanze gravi che incidano sull'esercizio effettivo della libertà di stabilimento o della libera prestazione dei servizi e che potrebbero perturbare gravemente il corretto funzionamento del mercato interno e/o causare gravi danni al suo sistema di relazioni industriali.*

È evidente che la proposta nulla aggiunge e nulla toglie a quanto la Corte di giustizia aveva affermato nelle sentenze in commento. La circostanza che il diritto a promuovere l'esercizio di azioni collettive, ivi compreso il diritto di sciopero, abbia trovato ampio riconoscimento anche nella qui presente

proposta di regolamento, è proprio nella equiparazione libertà fondamentali- diritti fondamentali che si annida il vulnus letale per l'azione sindacale, perché da essa consegue la necessità di bilanciare i diritti collettivi con gli interessi economici della controparte; e, quindi, di sottoporre i primi a limiti che ne mettono in discussione la legittimità ogni volta che il loro esercizio incide sulle dinamiche interne del mercato.

L'equiparazione tra libertà fondamentali e diritti sindacali viene enunciata nell'art.2 della proposta. Qui vi si legge infatti che: "*(the) exercise of the fundamenal right to take collective action, including the right or freedom to strike, shall respect the freedom of estabilishment and the freedom to provide services enshirined in the Treaty, and conversely, the exercise of these economic freedoms shall respect fundamental rights*"⁵⁵.

Una simile enunciazione non rassicura affatto coloro i quali auspicano ad una ri definizione del *fare mercato*. L'errore sta nella stessa concezione della Corte del diritto di sciopero il quale, costituisce un ostacolo al funzionamento del mercato interno votato al liberalismo più sfrenato, non

⁵⁵ Nella bozza iniziale della proposta della Commissione l'art.2 era più esplicito nel dichiarare che "*non esiste primazia*" tra libertà economiche e diritti sindacali e che queste ultime "*may have to be reconciled with the requirements relating to the rights and economic freedoms enshired in the Treaty, in particular the freedom of estabilishment and to provide services cross border, in accordance with the principle of proportionaly*". La più prudente enunciazione del principio recepita nella versione finale non ne modifica il significato sostanziale.

curante delle relazioni industriali, attento alla sola disequazione R>C (ricavi, costi). I principi giurisprudenziali, con l'approvazione del regolamento, troverebbero cittadinanza in una norma precettiva e di diretta efficacia negli ordinamenti nazionali. Si compierebbe così quel processo di subordinazione dell'azione sindacale alla logica del mercato che, mal si concilierebbe con quell'idea di *economia sociale del mercato* che, dopo Lisbona, l'Unione sarebbe chiamata a realizzare.

5.2.2. (segue) Sui meccanismi di risoluzione delle controversie presenti nella proposta di regolamento

L'art.3, come si accennava, suggerisce una risoluzione alternativa e non giurisdizionale delle controversie, chiarisce il ruolo dei tribunali nazionali: se, in un singolo caso, una libertà economica è limitata in conseguenza dell'esercizio di un diritto fondamentale, essi dovranno trovare il giusto equilibrio tra i diritti e le libertà fondamentali e, quindi, conciliarli. In linea con la giurisprudenza della Corte di giustizia, è richiesto un test a tre fasi per verificare 1) l'idoneità, 2) la necessità, 3) la ragionevolezza della misura in questione. *“In caso di conflitto tra un diritto fondamentale e una libertà fondamentale, l'adeguato contemperamento delle due disposizioni risulta garantito soltanto qualora la restrizione imposta alla libertà fondamentale per effetto del diritto fondamentale non*

possa eccedere quanto è idoneo, necessario e congruo ai fini dell'attuazione di quest'ultimo. Ma, all'opposto, anche una restrizione di un diritto fondamentale imposta da una libertà fondamentale non potrà non andare oltre quanto è idoneo, necessario e congruo ai fini dell'attuazione di quest'ultima"⁵⁶.

Chiediamoci, ora, quale impatto avrebbe gli artt.3 e 4 della proposta di regolamento nel nostro ordinamento. Il dato normativo di riferimento, da tale angolo visuale, è rappresentato dalla legge n.146/1990 come modificata dalla successiva legge n. 83/2000.

In base all'art. 2 della presente legge (le parti) nei contratti o accordi collettivi devono in ogni caso prevedere procedure di raffreddamento e di conciliazione, obbligatorie, da esperire prima della proclamazione dello sciopero. Al fine di garantire l'attuazione della legge e valutare l'idoneità delle misure volte ad assicurare il contemperamento dell'esercizio del diritto di sciopero con il godimento dei diritti costituzionalmente tutelati, è istituita un'apposita Commissione. La Commissione è composta da nove membri scelti di concerto tra il presidente del consiglio dei ministri, i presidente delle

⁵⁶ Conclusioni dell'Avvocato Generale TRSTENJAK, Causa C- 271/08, punto 190

due camere, tra esperti in materia di diritto costituzionale, diritto del lavoro e di relazioni industriali.

Ora, se le parti non intendono avvalersi dello strumento di risoluzione non giurisdizionale, individuato nell'accordo o nel contratto collettivo, esse, POSSONO richiedere che il tentativo di conciliazione si svolga o, presso la prefettura o il comune (nei casi in cui quest'ultimo ha competenza), se si tratta di scioperi di rilevanza locale; ovvero, nei casi in cui lo sciopero in questione abbia rilevanza nazionale, presso la competente struttura del Ministero del Lavoro (comma 2 art.2, come modificato dalla legge 83/2000). Questo è quello che la disposizione si limita a prevedere. E nel caso in cui le parti non si avvalgano della risoluzione alternativa e neppure tentino la conciliazione dinanzi, alternativamente, alla prefettura, al comune o alla competente struttura del Ministero del Lavoro, quali effetti ciò scaturirà nell'eventuale e successivo giudizio? Ancora, sol per questo lo sciopero, contestualmente proclamato, potrà essere valutato illegittimo? Ed anche il legislatore europeo sembra essersi dimostrato cieco e non curante rispetto alla questione, poiché i commi 3 e 4 dell'art.3 della proposta di regolamento sull'esercizio del diritto di promuovere azioni collettive nel quadro della libertà di stabilimento e della libera prestazione dei servizi, si limitano ad affermare che, le modalità e le procedure di risoluzione extragiudiziale delle controversie non possono impedire ai soggetti

interessati di ricorrere ai rimedi giurisdizionali (e come poteva essere altrimenti? *Tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti ed interessi legittimi*), e, infine, che, il ricorso a meccanismi non giurisdizionali di risoluzione delle controversie non pregiudica il ruolo dei tribunali nazionali, in particolare, nel valutare i fatti e nello stabilire, relativamente al campo di applicazione del suddetto regolamento, se e in quale misura l'azione collettiva vada al di là di quanto è necessario per conseguire gli obiettivi perseguiti, fatti salvi il ruolo e le competenze della Corte di giustizia. In altri termini, avverte Giovanni Orlandini in, *La proposta di regolamento Monti II ed il diritto di sciopero nell'Europa post-Lisbona*, che, l'azione sindacale attuata in violazione di una procedura di composizione della controversia rischia di diventare automaticamente illegittima per il diritto dell'UE, indipendentemente dalla natura volontaria e informale della procedura stessa e dal fatto di essere prevista da una fonte convenzionale. È evidente, dunque, che la proposta della Commissione non prospetti cambiamenti sostanziale del quadro definito *de iure condendo* dalla Corte di giustizia. Fa salvo la competenza dei giudici nazionali di decidere nel merito le controversie transnazionali in modo da ridurre l'impatto della giurisprudenza della Corte di giustizia sui sistemi nazionali di relazioni industriali. Giudice nazionale e giudice europeo, nei rispettivi ambiti di competenza, dovranno accertare, nel caso di specie, "*wheter and to what*

extent collective action ... does not go beyond what is necessary to attain the objective(s) pursued”, nel rispetto del principio dell’equo bilanciamento tra libertà economiche e diritti fondamentali. Fondamentalmente è la stessa situazione che si è venuta a determinare per effetto delle sentenze Viking e Laval. Nel primo caso la Corte di giustizia ha rinviato al giudice de quo la decisione della controversia; nel secondo caso invece l’ha decisa direttamente in forza della direttiva n.96/71. In forza del presente regolamento il giudice continuerà ad applicare la *Viking rule* in caso di sciopero teso a contrastare una delocalizzazione, mentre, terrà conto della *Laval rule* nel valutare la legittimità di uno sciopero proclamato per imporre ad un’impresa di servizi straniera il rispetto di un contratto collettivo vigente nel paese ospitante. Inoltre, alla luce dei principi elaborati a partire dalla sentenza *Commissione/Francia* (poi ribaditi nella sentenza *Schmidberger*) gli Stati rispondono dei danni causati dagli ostacoli alla libera circolazione delle merci posti in essere da soggetti privati, se non intervengono per ridurre gli scambi infra comunitari. Il meccanismo di allerta di cui all’art. 4 della Proposta di regolamento (obbligo di comunicazione fa *pandant* con l’art.3 del regolamento 2679/98 in base al quale *quando si produce o si teme un ostacolo qualsiasi stato membro, in possesso di informazioni, le trasmette immediatamente alla Commissione/la Commissione trasmette agli stati membri tali informazioni ed ogni altra informazione*) implicitamente

presuppone la configurazione nella responsabilità indiretta dello Stato per le azioni poste in essere dai soggetti privati (nel caso, dai sindacati). Da ciò il conseguente obbligo di adottare misure necessarie e proporzionate per far cessare l'azione sindacale evitando così l'attivazione di una procedura di infrazione davanti alla Corte di giustizia ex art.258 TFUE. Resta da individuare a quali strumenti i pubblici poteri sono tenuti a ricorrere in caso di turbativa del mercato interno. Si profila poi una riduzione della discrezionalità di ciascuno Stato membro che, di fatto, è, ciascuno, tenuto ad intervenire in presenza del presupposto di cui all'art. 1 del regolamento 2679/98 (*con il termine "ostacolo" si intende un ostacolo alla libera circolazione delle merci negli Stati membri attribuibile ad uno Stato membro, che può costituire una violazione degli artt. 30 e 36 del Trattato, e che:/ induce una grave perturbazione, impedendo, ritardando o limitando, l'esportazione o l'importazione o anche solo il transito attraverso uno Stato membro; causa grave pregiudizio ai privati lesi; esige un'azione immediata al fine di evitare la persistenza o l'aggravamento della perturbazione o del pregiudizio sopra indicati*).

Per quanto invece concerne la clausola di salvaguardia, contenuta nell'art.1 par.2 del regolamento, è questa l'unica norma del regolamento deputata a tutelare il diritto di sciopero e di contrattazione collettiva. Ed in effetti la clausola sembra rispondere alla richiesta di rendere "immune"

l'esercizio dell'azione sindacale dai possibili effetti limitanti configurati dal regolamento. Conserva il diritto di sciopero così come riconosciuto *by the specific industrial relations system in Member states in accordance with national law and practices*, né può produrre effetti pregiudizievoli sul diritto *to negotiate, conclude and enforce collective agreements and to take industrial action in accordance with national law and practice*⁵⁷. Che questa, come altre clausole sulla contrattazione collettiva, possa garantire quanto affermato è quanto meno discutibile. È evidente che la clausola in questione prometta più di quanto non sia in grado di mantenere. Già per il solo fatto che, assumendo una prospettiva sintonica con l'intero sistema di principi come integrato, dal diritto dell'UE e, dall'azione conservatrice della Corte di giustizia. La prassi e la legislazione nazionale, come i corrispondenti sistemi di relazioni industriali, devono ritenersi integrati dalle regole e ai principi come enunciati dalla Corte di giustizia e come applicati nel mercato unico. Così opinando la clausola di salvaguardi ha ben poco da salvaguardare, essa

⁵⁷ Identica clausola di salvaguardia è contenuta nell'art. 1.2 della proposta di direttiva sui lavoratori distaccati (COM(2012)131). La portata di tale clausola è in questo caso limitata dal fatto che la proposta in questione non intende riformare, integrandolo, il testo della direttiva 96/71 CE ma costituisce un atto normativo autonomo rispetto ad essa, finalizzato a garantire la corretta ed effettiva attuazione; solo se inserita nel testo della direttiva del '96 la clausola di salvaguardia prospetterebbe il riconoscimento del diritto di porre in essere azioni collettive tese a imporre il rispetto dei contratti collettivi alle imprese straniere, indipendentemente dagli standard di protezione.

si traduce più che in una enunciazione di diritto, dotata di una qualche forza vincolante, in una mera norma manifesto priva di effettivo rilievo giuridico.

È parere di chi scrive che atti di ben altra portata ci si aspetta dalla Commissione se intende colmare quel *gap* socio- istituzionale che la Corte ha creato in seguito alle sentenze del 2007. Non è certamente attraverso un regolamento che possono risolversi questi problemi se quest'ultimi trovano la loro origine all'interno dei Trattati. Una delle vie percorribili, in modo da evitare l'erosione dei diritti sindacali è intervenire sui vari testi e riconoscere che, forse, il rapporto tra autonomia collettiva e libertà fondamentali non è da configurarsi in termini di equiparazione, ma di primazia delle prime sulle seconde. Così configurando un rapporto gerarchico chiaro, univoco e condiviso.

6.2.2. L'esercizio dei diritti fondamentali: Stato o azione individuale?

Gli elementi in Schmidberger e seguenti, ci porterebbero a stabilire come agire all'interno del campo di applicazione della legge dell'Unione. Si sostiene, in particolare, che, omettendo di riconoscere la natura specifica dei fatti di questo caso in materia di diritti fondamentali, la Corte di giustizia della potenziale responsabilità dello Stato per azioni di privati che interessano comuni libertà del mercato, si precluda la possibilità

di valutare come l'esercizio del particolare diritto fondamentale si qualifichi come azioni di Stati. In linea con la causa Commissione c. Francia in riferimento alle attività di privati che impattano le libertà del mercato comune è stata interpretata come esistente da parte della Corte per sottolineare che gli Stati membri dell'UE sono tenuti, in determinate circostanze, ad agire per evitare che i privati violino il diritto dell'Unione. Se lo Stato non agisse così, potrebbe incorrere nella responsabilità ai sensi del Diritto dell'Unione. Brown ha scritto: *“ non si è capito perché la (Corte di Giustizia) dovrebbe suggerire che ... la natura della manifestazione è irrilevante: è chiaramente un fattore importante pesare sulla bilancia sotto la legge (CEDU)... Chiaramente, se i manifestanti hanno deciso di utilizzare l'autostrada del Brennero come spazio per eseguire un dramma o per diffondere opinioni neo- naziste, le autorità avrebbero ... dovuto essere obbligate, come questione di entrambi (dell' Unione) e (della legge CEDU), a pesare tale scopo sulla bilancia ...”*⁵⁸ .

Ora, la domanda è come e in quale momento, se non del tutto, l'importanza dello scopo della manifestazione come elemento di condizionamento della larghezza del margine di apprezzamento come una questione di diritto CEDU, potrebbe e dovrebbe essere tradotta nell'essere

⁵⁸ C. BROWN, Causa C-112/00 del 12 giugno 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transport und Plazunge c. Repubblica d'Austria*

un fattore rilevante esaminando la responsabilità dello Stato come materia del diritto dell'Unione. A questo proposito è importante essere consapevoli del fatto che ad uno Stato membro dell'UE, in qualità di membro della CEDU, è generalmente richiesto (positivamente) di agire che di applicare un (negativo) approccio neutrale, e logicamente, così anche nelle diverse fasi dell'applicazione di tale diritto. Nel corso dell'esercizio, da parte delle persone, dei loro diritto fondamentali, complica l'analisi delle responsabilità dello Stato, in particolare per quanto riguarda le relative azioni positive e negative adottate dello Stato interessato. Poi, siccome la dimostrazione deve essere autorizzata in anticipo, uno dei mezzi più importanti per uno Stato di valutare il suo probabile effetto è valutare il suo obiettivo dichiarato. In altre parole, la distinzione tra lo scopo e l'effetto non è chiara. La distinzione tra lo scopo e l'effetto non è chiara ma è un elemento importante per stimare l'effetto.

Come l'esercizio dei diritti fondamentali qualifica le azioni di privati. Dal punto di vista degli individui che intendono manifestare, l'atto di pacifica riunione nel senso tutelato dall'art.11 CEDU sembra essere una sorta di ibrida attività, tra il privato (per conto di se stesso) e il pubblico (per conto dello Stato), in occasione della quel è fondamentale che entrambe le parti si coordinino per il raggiungimento di un obiettivo comune.

Capitolo III

La Corte di Giustizia e la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo tra diritti e libertà

Sezione I

1.3.1. La costruzione dell'identità delle due Corti

È noto che la Corte di giustizia e la Corte europea dei diritti dell'uomo nascano per scopi, esigenze, modalità di azione, completamente diversi ed è altrettanto, noto che esse abbiano costruito la propria identità in modo separato, quantomeno nell'arco degli ultimi quarant'anni.

In questa lunga vicenda giurisprudenziale, non sempre lineare e pacifica, si innesta una parallela problematica relativa alla identità europea dei diritti che entrambe le Corti hanno progressivamente, ed in modo differenziato, contribuito a costruire.

Può certamente affermarsi che, senza l'operato congiunto dei due giudici, saremo assai lontani dalla prospettiva, tanto auspicata sin dagli albori, di passare da una Europa essenzialmente mercantile ad una Europa fondata sui diritti.

Quanto meno fino al trattato di Maastricht si deve alla Corte di giustizia la nascita ed il rafforzamento di alcuni tra i più classici diritti fondamentali della tradizione del costituzionalismo europeo. Ciò è avvenuto ed avviene tutt'ora attraverso la giurisprudenza della CGCE che nel farlo si serve principalmente delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, dei principi generali di diritto comunitario, nonché della CEDU.

Alla tutela dei diritti dell'uomo la Convenzione europea dei diritti dell'uomo predispone una Corte *ad hoc* con una competenza territoriale piuttosto diversa e con una struttura tradizionalmente internazionalistica. La Corte (EDU,) in questione, nasce così *funzionalmente collegata* alla tutela dei diritti fondamentali.

2.3.1. Il sistema della Convenzione europea sulla salvaguardia dei diritti dell'uomo

Le disposizioni della Convenzione sono intese *ab origine* come applicabili in maniera diffusa attraverso, specialmente, l'intervento degli organi giurisdizionali comunitari e degli Stati parte⁵⁹.

Quanto al rango della Convenzione negli ordinamenti degli Stati membri e firmatari, ciò non è determinato dalla Convenzione stessa, bensì dalle regole interne, relative al ruolo dei trattati internazionali. Nel nostro ordinamento, ad esempio, come confermato anche dalla Corte Costituzionale in una serie di pronunzie più o meno recenti⁶⁰, le disposizioni

⁵⁹ L'art. 13 CEDU detta: "ogni persona i cui diritti e le cui libertà riconosciuti nella presente Convenzione siano stati violati, ha diritto ad un ricorso effettivo davanti ad un'istanza nazionale anche quando la violazione sia stata commessa da persone che agiscono nell'esercizio delle loro funzioni ufficiali". Per converso, il ricorso alla Corte EDU è possibile, come si suol dire, *previo accertamento dei ricorsi interni*.

⁶⁰ Sulla questione cfr. Corte costituzionale, sentenze nn. 348 e 349 del 2007. Nella sentenza n.349 del 2007, punto 6.1.2: "Dagli orientamenti della giurisprudenza di questa Corte è dunque possibile desumere un riconoscimento di principio della peculiare rilevanza delle norme della Convenzione, in considerazione del contenuto della medesima, tradottasi nell'intento di garantire, soprattutto mediante lo strumento interpretativo, la tendenziale coincidenza ed integrazione delle garanzie stabilite dalla CEDU e dalla Costituzione, che il legislatore ordinario è tenuto a rispettare e realizzare. La peculiare rilevanza degli obblighi internazionali assunti con l'adesione alla Convenzione in esame è stata ben presente al legislatore ordinario. Infatti, dopo il recepimento della nuova disciplina della Corte europea dei diritti dell'uomo, dichiaratamente diretta a «ristrutturare il meccanismo di controllo stabilito dalla Convenzione per mantenere e rafforzare l'efficacia della protezione dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali prevista dalla Convenzione» (Preambolo al Protocollo n. 11, ratificato e reso esecutivo con la legge 28 agosto 1997, n. 296), si è provveduto a migliorare i meccanismi finalizzati ad assicurare l'adempimento delle pronunce della Corte europea (art. 1 della legge 9 gennaio 2006, n. 12), anche mediante

della convenzione operano come norme interposte nella, ed ai fini della, valutazione di costituzionalità delle leggi interne ai sensi del nuovo testo dell'art.117, co. 1 Costituzione. Inoltre, la Corte cost. nel far riferimento ad argomentazioni espressive di un'interpretazione conforme alla Convenzione ha più volte riconosciuto i valori ivi espressi secondo l'interpretazione datane proprio dalla Corte di Strasburgo⁶¹.

3.3.1. Lussemburgo e Strasburgo: percorsi diversi su basi diverse.

Scorrendo le pronunce sulle libertà economiche ed i diritti fondamentali, è agevole notare che la Corte di giustizia non ha mai optato per una gerarchia netta tra i diritti umani e le libertà fondamentali, riconoscendo al contrario che gli uni e le altre si autolimitano vicendevolmente. Ad ogni modo, tuttavia, il bilanciamento di interessi opposti ha prodotto non poche decisioni che hanno affermato la prevalenza delle une sugli altri.

La Corte di giustizia sembra, comunque, muoversi con una certa discrezionalità, scegliendo sempre la soluzione più confacente al caso di specie, allo scopo di garantire la tutela che risulta più consona alle esigenze

norme volte a garantire che l'intero apparato pubblico cooperi nell'evitare violazioni che possono essere sanzionate (art. 1, comma 1217, della legge 27 dicembre 2006, n. 296)".

⁶¹ Cfr. Corte costituzionale, sentenza n. 154/2004.

comunitarie (in primis, al mercato). Inoltre, la ricostruzione di un principio generale sulla base delle tradizioni costituzionali comuni sembra non convincere appieno né cogliere nel segno laddove dimentica le differenti modalità attraverso cui quel diritto trova applicazione e rilievo all'interno dei singoli stati costituzionali. Va peraltro segnalato che la prassi offre esempi, spesso per nulla esaltanti, di ricostruzione sommaria di un principio fondamentale: è il caso ad esempio, del "falso in bilancio"⁶² in cui la Corte ha affermato l'esistenza del principio dell'applicazione della legge più mite come principio generale del diritto comunitario che non ha affatto convinto i critici.

Facendo un passo indietro, dopo una prima fase di totale lontananza dal tema della tutela dei diritti la Corte di Lussemburgo riempie questa lacuna attraverso una giurisprudenza inaugurata dai famosissimi casi *Stauder (1969)* e *Internationale Handelsgesellschaft* del 1970⁶³. Nella sua opera ricostruttiva ed ordinatoria la Corte si rifà ai ben noti principi comuni e generali del diritto europeo ed in parte anche alla CEDU.

⁶² Corte di giustizia, sentenza del 3 maggio 2005, cause riunite C-387/02 e C-391/02 e C-403/02, *Berlusconi e a.*

⁶³ In entrambe le occasioni la Corte di Giustizia si trova, per la prima volta dalla sua creazione ad affermare che *il rispetto dei diritti fondamentali fa parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte di giustizia assicura il rispetto*. Sono evidenti i passi avanti compiuti nel tempo.

Il primo caso è il caso *Rutili* (1975) nel quale viene attribuita alla Convenzione una particolare rilevanza che assumerà nel tempo contorni sempre più definiti finché i diritti CEDU non verranno espressamente e direttamente richiamati dalla CGE insieme alla giurisprudenza della Corte di Strasburgo. In altri termini, il percorso di acquisizione incipiente del materiale scelto dalla Corte risulta piuttosto arduo. Che siano le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri o i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU non importa, obiettivo dei giudici di Lussemburgo è garantire la conformità dei diritti nazionali con il diritto europeo sia al momento della sua applicazione sia al momento della sua interpretazione.

La corte EDU costruisce, viceversa, la sua identità in modo più semplice e lineare, perché, detto in estrema sintesi, non deve cercare altrove il materiale per legittimare la propria competenza a tutelare i diritti dell'uomo e le libertà fondamentali. La corte EDU è stata, infatti costruita per svolgere il compito di corte di ultima istanza, cui è attribuito il controllo, la verifica, la dichiarazione dell'esistenza della violazione dei diritti di singole persone fisiche, organizzazioni non governative, gruppi privati o di Stati contraenti la Convenzione europea. Nell'ambito della sua competenza *ratione materiae* la Corte valuta l'esistenza di qualsiasi violazione della Convenzione commessa da chiunque. In altri termini la Corte di Strasburgo ha potuto sviluppare la propria dottrina, a differenza della Corte di giustizia,

a partire da un unico documento, la Convenzione. La CEDU è sempre stata utilizzata come documento che stabilisce standard minimi ed irrinunciabili di tutela dei diritti fondamentali.

Pur partendo da percorsi genetici piuttosto diversi, oggi le Corti sono giunte ad un punto di svolta nel quale si richiede, dai più, l'instaurazione di criteri condivisi di mutua cooperazione.

Ripercorrere i quarant'anni di giurisprudenza della Corte non è certamente possibile in questa sede, pertanto mi limiterò a segnalare i profili di maggiore interesse tali da consentire di affrontare il rapporto con la Corte di giustizia, il trattamento dei diritti fondamentali e, le operazioni di bilanciamento.

4.3.1. I primi scontri

Dal versante di Lussemburgo, la giurisprudenza può essere divisa in due fasi: la prima, sino al 1969, in cui la Corte di giustizia si dichiara incompetente a giudicare sui diritti fondamentali; la seconda, a partire dalla sentenza *Stauder*, in cui i diritti fondamentali entrano nella ricostruzione dei principi generali del diritto comunitario diventandone essa stessa il principale garante. Proprio a partire dalle affermazioni di competenza sulla tutela multilivello dei diritti fondamentali, si pone il problema di chiarire quale sia o quale eventualmente debba essere il rapporto tra le due Corti, non fosse altro per la circostanza che entrambe utilizzano la stessa fonte normativa.

Le due corti spesso, si pronunciano in modo opposto pur occupandosi del medesimo diritto. Il caso *Hoechst*⁶⁴ può essere preso come primo esempio. In occasione della sua decisione la CGCE interpretò il diritto all'inviolabilità del domicilio⁶⁵ previsto dalla CEDU all'art.8 che verrà, pochi

⁶⁴ Sentenza della Corte del 21 settembre 1989, Cause riunite 46/87 e 227/88, *Hoechst AG c. Commissione delle comunità europee*

⁶⁵ Nella massima della sentenza la Corte scrive: “ *in merito al riferimento al diritto fondamentale all'inviolabilità del domicilio, occorre osservare che, sebbene il riconoscimento di detto principio si imponga nell'ordinamento giuridico comunitario in quanto principio comune ai diritti degli Stati membri per quanto attiene al domicilio privato delle persone fisiche, lo stesso non può dirsi per quanto riguarda le imprese ... Non si può giungere ad una conclusione diversa in base all'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo ... e non può quindi essere esteso ai locali commerciali.*”

mesi dopo, ricostruito in modo del tutto opposto dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Chapell c. Regno Unito* del 1989 e confermata dalla sentenza *Niemietz c. Germania* del 1992. L'art.8 della Convenzione viene interpretato dalla CGCE nel senso che dal diritto al rispetto del domicilio siano da ritenersi esclusi i locali commerciali. L'interpretazione della Corte di Strasburgo andò nel senso opposto poiché estese l'oggetto della tutela anche alle attività professionali e commerciali ricomprendendovi anche la nozione di "domicilio".

La possibilità che possano verificarsi divergenze interpretative tra giudici *costituzionali* che concorrono, chi più chi meno, alla tutela dei medesimi diritti potrebbe certamente rientrare nella fisiologica attività dello *ius dicere*. La creatività discende dalle molteplici variabili interpretative, dettate dal diverso contesto nel quale la causa sorge, nonché dalle peculiarità del sistema giuridico cui appartiene il soggetto investito dell'applicazione ed in ultimo dell'interpretazione. I problemi di contrasto tra le Corti possono senz'altro sorgere anche dalla *ragionevolezza* del bilanciamento tra interessi contrapposti, determinata da fonti normative diverse. Non è certo semplice prevedere se il giudizio sulla ragionevolezza del bilanciamento tra interessi contrapposti coincida con quello che, verrebbe realizzato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Certo è che l'una sceglie di attribuire alla Convenzione un significato maggiormente

funzionale agli obiettivi comunitari (il mercato unico); l'altra, viceversa, sceglie di mostrarsi il più fedele possibile allo spirito originario della Convenzione medesima. Inoltre, il contrasto torna in *auge*, ove si consideri che, durante i lavori preparatori alla stesura della CEDU e dei protocolli aggiuntivi, si attribuì alla Corte di Strasburgo la competenza a giudicare del rispetto della CEDU da parte dell'Unione e dei suoi organi, va da sé che tra questi è compresa anche la CGUE, quasi a voler istituire/creare un *giudice di un giudice*. È naturale che tra controllore e controllata non scorra mai "buon sangue".

5.3.1. La dottrina del margine di apprezzamento nella giurisprudenza delle due Corti

A proposito di quanto sino ad ora detto, significativa è l'evoluzione incontro alla quale è andata la dottrina del *margin of appreciation*.

Tra le varie definizioni che sono state fornite di *margin of appreciation* possiamo ricordare quella di Arai-Takahashi, per cui esso può essere descritto "*as the measure of discretion allowed to the Member States in the manner in which they implement the Convention standards, taking into account their own particular national circumstances and conditions*"⁶⁶ o di Macdonald, secondo il quale: "*the doctrine of margin of appreciation illustrates the general approach of the European Court of Human Rights to the delicate task of balancing the sovereignty of Contracting Parties with their obligations under the Convention*"⁶⁷. In altri termini, la dottrina del margine di apprezzamento delimita lo spazio lasciato agli Stati membri nell'applicazione della Convenzione per bilanciare

⁶⁶ Y. Arai-Takahashi, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001, pp.1162 ss.

⁶⁷ R.ST.J. Macdonald, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected of the Academy of European Law*, 1992, pp. 95 ss.

l'adempimento degli obblighi con la tutela di altre esigenze (opposte). In definitiva, è lo strumento attraverso il quale, oggi, sia la Corte di giustizia sia la Corte europea dei diritti dell'uomo, comprimono o dilatano, creano o "distruggono", uno o più diritti (fondamentali) che entrano in contrasto tra loro o con una libertà fondamentale sancita nel Trattato ovvero attraggono alla loro competenza materie cruciali da meglio, o diversamente, regolare per il raggiungimento di determinati obiettivi (non a caso, ad esempio, un' applicazione molto importante, nella giurisprudenza della Corte di giustizia, è quella relativa alla discrezionalità nell'ambito della concorrenza. Tema assai caro alle istituzioni comunitarie).

6.3.1. (segue) Il margine di apprezzamento in relazione al conflitto tra libertà comunitarie e diritti fondamentali

A partire dal 2003 è possibile, come a noi oramai noto, individuare una serie di sentenze dalle quali emerge un conflitto tra diritti fondamentali e libertà economiche: ed è in tale ambito che, in particolare, la Corte di giustizia sviluppa la sua peculiare dottrina del margine di apprezzamento al fine di consentire il bilanciamento tra tali libertà e i diritti fondamentali. Nella maggior parte delle decisioni, al pari della Corte di Strasburgo, la Corte di Lussemburgo non elabora alcuna concezione che pretenda di valere sempre ed in ogni caso a prescindere dagli assetti costituzionali interni, bensì

tenta di valorizzare, al contrario, le peculiarità dell'ordinamento nel caso di specie. È interessante notare, infine, che, mentre nel sistema della CEDU il margine di apprezzamento viene utilizzato per legittimare deroghe alla tutela dei diritti fondamentali, in ambito comunitario esso amplia la tutela accordata, in via principale, dagli Stati nazionali. Attenzione, ciò non vuol significare che, ove un diritto fondamentale venga in contrasto con una libertà economica, la Corte non bilancerà ugualmente, anzi, come dimostrano le sentenze *Viking* e *Laval*, potrebbe darsi che dall'operazione di bilanciamento il diritto fondamentale ne esca ridimensionato in favore della libertà economica.

7.3.1. Due Corti contrapposte?

Rispetto al diritto di intraprendere un'azione collettiva, la Corte europea dei diritti dell'uomo non sembra discostarsi molto dalle posizioni preliminari della Corte di giustizia così come vengono palesate nelle due sentenze e nelle rispettive motivazioni degli avvocati generali. Per quel che concerne il diritto di sciopero, nella sentenza *Enrji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, la Corte EDU giunge alla seguente conclusione: il diritto di sciopero non è un diritto assoluto e, perciò, in quanto tale è soggetto a restrizioni.

L'assunto non si discosta da quanto affermato dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Viking* e *Laval* nelle quali, dopo aver preso atto di trattare comunque di un diritto fondamentale, approda alla medesima conclusione, il diritto è comprimibile se, come nei casi di specie, contrasta ingiustificatamente una libertà fondamentale, la libera circolazione dei servizi ed, al contempo, ostacola il diritto dell'impresa di prestare servizio nel territorio di uno Stato membro.

Se è vero che per la Corte europea dei diritti dell'uomo lo sciopero è un diritto da tutelare, per la Corte di giustizia è una deroga all'altrui libertà da giustificare. Dicendo ciò comunque non disconosce le peculiarità da accordare allo sciopero o alla contrattazione collettiva che ne è diretto corollario.

Tuttavia, neanche per la Corte di Strasburgo lo sciopero potrebbe essere inquadrato in quella categoria ideale di diritti rispetto ai quali non è possibile ammettere alcuna limitazione. Da ciò ne consegue che entrambe le corti approdano alla medesima soluzione sebbene partano da presupposti differenti e da angoli visuali opposti.

Sezione II

La tutela dei diritti sociali in Europa tra Corte di Giustizia e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo

1.3.2. I diritti sociali nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Mentre il Consiglio d'Europa tuttora discute sulla creazione di un sistema di garanzia dei diritti, coadiuvato dall'attività normo regolatrice della Corte di giustizia, la Corte europea dei diritti dell'uomo, opera sin dalla sua creazione in questo senso, applicando le norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo a carattere marcatamente sociale, come dimostrano alcune recenti sentenze che prendono le mosse da alcune denunce di discriminazione nei trattamenti economici di sicurezza sociale.

Com'è noto l'inclusione dei diritti sociali nella giurisdizione della Corte europea dei diritti dell'uomo ha incontrato fino ad ora più critiche che consensi.

I critici più severi sostengono la necessità che tali diritti vengano primariamente realizzati e garantiti a livello interno, lasciando la loro attuazione al naturale processo di evoluzione di ciascuno Stato secondo le

risorse disponibili nel paese. L'intervento di una Corte *esterna* potrebbe, in questo modo, risultare eccessivamente pervasivo provocando squilibri persistenti, finendo con l'incidere così negativamente sulla politica interna dei singoli paesi, aggiungendo dubbi e perplessità in ordine alla individuazione del soggetto tenuto alla realizzazione dei diritti in questione (non lo Stato, bensì i datori di lavoro) ed eventualmente alle modalità di riparazione dinanzi ad una violazione del diritto.

Per altri invece, tra le ragioni che possono partecipare ad una tesi più possibilista e favorevole alla realizzazione di un sistema di garanzie univoco per la cui realizzazione sovrintenderebbe un organo giudiziario *super partes*, depone l'indivisibilità dei diritti umani e il rispetto della dignità umana nel suo complesso.

Pur senza prendere posizione in merito, non si può non considerare che, se, da una parte, una estensione degli ambiti di intervento della CEDU comporta il rischio di congestionare l'attività della Corte, dall'altra parte, non può sfuggire l'indubbio vantaggio che a detto rischio si accompagna, ossia di soddisfare una sempre più intensa ed ampia domanda di giustizia (ridistributiva). È innegabile che un arricchimento dell'attività della Corte non possa altro che contribuire a stimolare, all'interno dei singoli Stati, la sensibilità nei confronti dei diritti sociali. In particolare, in un momento,

come quello attuale, dove gli squilibri economici sono sempre maggiori, l'impellenza di garantire all'individuo una vita dignitosa non può misurarsi con una semplice delega agli Stati membri, sulla cui sorte già incombono obblighi di varia natura, bensì piuttosto è necessario tentare di trovare uno sbocco positivo nel già rodato meccanismo di garanzia offerto dalla Corte di Strasburgo. Da tale angolo visuale, ben si comprende l'eventualità che, affinché si possa pervenire ad un esito favorevole del processo " *da una Europa del mercato ad una Europa dei diritti*", la Corte di Strasburgo dovrà raccordarsi con il sistema di protezione dei diritti sociali offerto dalla Corte di giustizia. Va detto che le due Corti, tralasciando gli iniziali dissapori, si sono sempre dimostrate un reciproco rispetto dei relativi orientamenti, rispetto che sicuramente merita di essere coltivato ed ulteriormente valorizzato per costituire più intense interazioni e relazioni.

In tale prospettiva, va preso atto del valore cogente attribuito alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea che, già nel preambolo, conferma l'interpretazione dei diritti fondamentali a quella stabilita dalla Corte di Strasburgo. E tanto meno va dimenticato il trattato di riforma dell'Unione europea il quale ha previsto l'adesione dell'Unione alla CEDU portando a considerare i diritti garantiti dalla suddetta convenzione come principi generali dell'ordinamento dell'Unione.

Assume dunque contorni sempre più netti la possibilità che la Corte di Strasburgo assuma il ruolo di ulteriore istanza rispetto alla Corte di giustizia, nell'arduo compito di garantire ai cittadini dell'Unione i loro personalissimi diritti fondamentali.

2.3.2. Difficoltà interpretative

Se i primi trattati promossi dal Consiglio d'Europa si limitano a fotografare una dicotomia apparentemente irrisolvibile (CSE e CEDU) è per merito dell'attività della Corte europea dei diritti dell'uomo che essa entra a far parte del dibattito con l'intento di ricondurre *ad unum* i diritti civili e politici e quelli sociali ed economici.

La prima affermazione di tale "nuovo" atteggiamento è contenuta nella sentenza *Airey v. Ireland* (9 ottobre 1979)⁶⁸ relativa al ricorso di una cittadina irlandese titolare di sussidio di disoccupazione a cui non consentirono di procurarsi, causa gli elevati costi della procedura e delle tariffe professionali, un avvocato che la assistesse nel procedimento di separazione giudiziale dal marito violento. La Corte di Strasburgo ritenendo

⁶⁸ Corte EDU, sentenza del 16 maggio 1979, ricorso 6289/73, *Airey v. Ireland*

che l'assenza di programmi di assistenza legale per i non abbienti violasse il diritto di accesso alla giurisdizione⁶⁹ previsto dall'art.6 CEDU, respinse le difese del governo irlandese. In quell'occasione la Corte ebbe modo di affermare che: “ *(w)hilst the Convention sets forth what are essentially civil and political rights, may of them have implications of a sociale or economic nature. The Court therefore considers (...) that the mere fact that an interpretation of the Convention may extend into the sphere of social and economic rights should be a decisive factor against such an interpretation; there is no water- tight division separating that sphere from the field covered by the Convention...*”⁷⁰.

Ha inizio un percorso tutto giurisprudenziale che, con alterne vicende, offrirà svariati spunti di riflessioni verso un tendenziale riavvicinamento tra le due generazione di diritti.

⁶⁹ Sul punto è bene tenere a mente l'art.4 della *Proposta di direttiva del Consiglio intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative all'assistenza giudiziaria e ad altri aspetti finanziari dei procedimenti civili*, presentata dalla Commissione il 18 gennaio 2002, ove si legge, in via generale, che: “ *Né la mancanza di risorse di una persona che sia parte in giudizio, come attore o convenuto, né le difficoltà derivanti dal carattere transfrontaliero di una controversia devono costituire ostacoli ad un accesso effettivo alla giustizia*”. All'art 7 della presente proposta di direttiva si fa seguito a quanto in precedenza affermato, dicendo: “ *Ciascuna parte di una controversia in materia civile deve avere la possibilità di far valere i suoi diritti in giudizio anche se la sua situazione finanziaria non le consente di sostenere i costi processuali.*”.

⁷⁰ *Airey v. Ireland, cit. par. 26*

Si assiste così ad una estensione della protezione offerta dalla CEDU ad alcuni diritti non direttamente afferenti alla categoria diritti sociali ripensando anche talune categorie tradizionali. È questo, ad esempio il caso, della sentenza *James and Others v. United Kingdom* (1986) nella quale si è per la prima volta affermata la legittima limitazione (del diritto di proprietà) per ragioni di utilità pubblica finalizzate a garantire il diritto all’abitazione⁷¹.

La Corte Europea dei Diritti dell’Uomo ha poi ampliato il suo raggio d’azione, arrivando in taluni casi a tutelare diritti sociali apparentemente estranei alla CEDU attraverso la teoria giurisprudenziale delle obbligazioni positive⁷². La Corte non ha esitato a suggerire agli Stati responsabili l’adozione di ulteriori specifiche tutele volte a garantire l’effettività di parte o tutti, i diritti previsti dalla Convenzione. Per quanto la Corte di Strasburgo abbia comunque tentato di ampliare i confini del proprio mandato

⁷¹ *James and Others v. United Kingdom*, sentenza del 21 febbraio 1986, ricorso 8793/79 cit. par. 40-41: “*The Court agrees with the applicants that a deprivation of property effected for no reason other than to confer a private benefit on a private party cannot be “in the public interest”. Nonetheless, the compulsory transfer of property from one individual to another may, depending upon the circumstances, constitute a legitimate means for promoting the public interest (...) The taking of property in pursuance of a policy calculated to enhance social justice within the community can properly be described as being in the public interest. In particular, the fairness of a system of law governing the contractual or property rights of private parties is a matter of public interest concern and therefore legislative measures intended to bring about such fairness are capable of being in the public interest, even if they involve the compulsory transfer of property from one individual to another...*”.

⁷² Sara COCCHI, *A Room with a View – The protection of Social Rights in a European International and Supranational Prospective in Sequencia (Florianopolis)* Florianopolis, Luglio/Dicembre 2014, n.69, pag.28

attraverso letture espansive che le hanno offerto la possibilità di attrarre nell'orbita della CEDU un diritto sociale diverso, intendendolo così *quale sua peculiare sfaccettatura o condizione per il suo pieno godimento*⁷³. Occorre precisare che non mancano in dottrina inviti a non abusare di ricostruzioni eccessivamente onnicomprensive, di portare maggiore cautela poiché interpretazione ardite potrebbero finire col snaturare la fisionomia stessa della CEDU⁷⁴.

Sul fronte CEDU si registrano, negli ultimi anni, interventi di grande rilievo in vista della predisposizione di un meccanismo in grado di garantire il pieno soddisfacimento, anche giurisdizionale, dei diritti sociali da parte degli organi del Consiglio d'Europa ed, certamente degli Stati membri. In questa direzione va il protocollo n. 12 (entrato in vigore il 1° aprile 2005) recante un generale divieto di non discriminazione fondato *sul sesso, la razza, il colore, la lingua, la religione, le opinioni politiche o di altro genere, l'origine nazionale o sociale, l'appartenenza a una minoranza nazionale, la ricchezza, la nascita od ogni altra condizione*⁷⁵. Se la tutela improntata dal

⁷³ Sara COCCHI, *op.cit.* pag. 30

⁷⁴ Sul punto cfr. ad esempio, Christian TOMUSCHAT, *Social Rights under the European Convention*, in *Human rights, democracy and the rule of law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*. Zurich; Baden: Dike- Nomos, 2007, pag.845

⁷⁵ Il testo italiano qui citato è consultabile alla pagina web <http://conventions.coe.int/Treaty/ita/Treaties/Html/177.htm>.

Protocollo consente potenzialmente di accedere alla tutela giurisdizionale reagendo a qualsivoglia violazione di diritti garantiti *dalla legge*, e non soltanto, dunque, quelli contemplati dalla CEDU, allora, i ricorrenti potranno rivolgersi alla Corte di Strasburgo per chiedere protezione contro ogni comportamento discriminatorio. Ne consegue che, seppur dalla “porta di servizio” del diritto di non discriminazione, i diritti sociali, sia quelli riconosciuti dal diritto nazionale, sia quelli riconosciuti in altre fonti, quali, ad esempio, nella CSE o in altri trattati internazionali, potrebbero diventare oggetto della tutela giurisdizionale offerta dalla Corte Europea dei Diritti dell’Uomo. Occorre, tuttavia, smorzando eventuali speranze, che, anche la dottrina più ottimista non manca di avanzare a riguardo alcune serie e fondate perplessità, evidenziando che la protezione accordata per tale via dalla CEDU sarebbe comunque indiretta: ciò che si intenderebbe proteggere sarebbe, invero, il diritto a non subire trattamenti discriminatori nel godimento di un altro diritto, quand’anche di natura sociale, e non il diritto sociale in sé e per sé considerato.

Che vivano significativi elementi di natura sociale è fuori dubbio. Elementi a cui il Trattato di Lisbona ha restituito luce e spazio. L’art. 2 del TUE imbeve il nuovo tessuto valoriale dell’Unione di una forte connotazione sociale. Esso sancisce che: *“L’Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell’uguaglianza, dello Stato*

di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini”.

L’art. 3 co.3 innova gli obiettivi dell’Unione con la formula, da taluni⁷⁶ assai criticata per le sue ascendenze ordoliberali⁷⁷ ma chiara, quanto meno nella sua politica di principio ⁷⁸ , *dell’economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale, e su un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente, in raccordo con il macro obiettivo dello sviluppo sostenibile dell’Europa, basato su una crescita economica equilibrata e sulla stabilità dei prezzi.*

Un’enfasi nuova alla centralità della dimensione sociale del mercato interno si ritrova, anche, nella formulazione, ora contenuta dall’art. 14 TFUE (ex articolo 16 TCE) sulla *“importanza dei servizi di interesse economico*

⁷⁶ In proposito cfr. Ch. JOERGES, F. RODL, *“Social Market Economy” as Europe’s Social Model?*, in L. MAGNUSSON, B. STRATH, *A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies from Historical Perspectives*, Bruxelles, 2004, pp. 125 ss.

⁷⁷ Stefano GIUBBONI in *I diritti sociali nell’Unione europea dopo il Trattato di Lisbona. Paradossi, rischi e opportunità*. Testo della relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei ed italiani*, svoltosi a Perugia il 25 e il 26 marzo 2011.

⁷⁸ Che è chiaramente quella di riequilibrio tra *“ le asimmetrie interne che l’Unione ha accumulato fra l’integrazione del mercato a livello sovranazionale e la protezione sociale a livello nazionale”* come chiarisce il prof. Mario MONTI in *Una nuova strategia per il mercato unico al servizio dell’economia e della società europea. Rapporto al Presidente della Commissione europea José Manuel Barroso, Bruxelles, 9 maggio 2012, p. 73*

generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione, nonché del loro ruolo nella promozione della coesione sociale e territoriale ...

È indubbio come soprattutto le previsioni generali dei nuovi trattati riformati a Lisbona dischiudano in astratto forti potenzialità di passare da un'Europa del mercato ad un'Europa dei diritti (sociali?). Nella nuova piattaforma assiologica il mercato cessa di porsi come sovrano tiranno dell'Unione e la concorrenza cede il passo ad un'economica sociale di mercato purché *sostenibile*. Ciò confermando le iniziali posizioni della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo ed anche della Corte di Giustizia. La mancata costituzionalizzazione dell'Europa ha però contribuito a creare le asimmetrie in discorso tra diritti fondamentali, in particolare quelli sociali e libertà economiche che, al contrario dei primi, sono uscite, dal processo di integrazione, eccessivamente rafforzate.

Se tale distonia tra la costituzionalizzazione orientata ai valori sociali, quale emerge dal nuovo assetto del diritto primario dell'Unione europea, e la rigorosa applicazione delle libertà economiche fondamentali, che ancora caratterizza l'attività della Corte di giustizia, sia una circostanza congiunturale oppure risponda ad esigenze più profonde che la vincolatività della CEDU e le aperture create dalla Corte EDU da sole non possono correggere non è qui in commento.

La Corte EDU una volta investita di una questione concernente la violazione di un diritto a contenuto sociale si trova dinanzi ad un duplice pregiudizio: da una parte la sua presunta incompetenza (questione che sembra oggi essere stata definitivamente superata attraverso la Convenzione⁷⁹ e l'opera interpretatrice di Strasburgo appoggiata dai giudici di Lussemburgo); il secondo, più generale, riguarda l'assenza di giustiziabilità dei diritti sociali. Sebbene, come è stato già detto, la Convenzione CEDU (e protocolli aggiuntivi) non tratti direttamente la materia dei diritti sociali (essa si riferisce ai diritti civili e politici), i giudici di Strasburgo hanno superato le iniziali perplessità attraverso una peculiare interpretazione estensiva dell'espressione *civil rights* condotta orientata non sul contenuto o aspetti formali di enunciazione giuridica quanto piuttosto sulla base di fattori caratterizzanti, rilevanti nell'ordinamento nazionale in cui avviene la violazione contestata. L'accoglimento di una concezione estensiva dei diritti civili rappresenta soltanto il primo elemento di una costruzione interpretativa che ha consentito l'elaborazione di una vera e propria giurisprudenza sociale della Corte di Strasburgo.

⁷⁹ Convenzione che sulla questione di competenza sembra essere molto chiara. All'art. 32, rubricato *Competenza della Corte*, si afferma che: "*la competenza della Corte, si estende a tutte le questioni concernenti l'interpretazione e l'applicazione della Convenzione e dei suoi Protocolli che siano sottoposte ad essa alle condizioni previste dagli artt. 33,34,46,47*".

L'addio ad una concezione rigidamente formale dell'espressione *civil rights* ha permesso ai giudici di Strasburgo di affermare la propria competenza a conoscere della violazione di diritti a contenuto sociale⁸⁰ (i c.dd. diritti sociali di seconda generazione) che risultano stare tra loro inscindibilmente connessi. Nonostante lo sforzo ermeneutico della Corte teso ad estendere la categoria dei *civil rights*, fino a ricomprendervi pretese e prestazioni spiccatamente sociali seppur differenti rispetto a quelle contemplate nella Convenzione, dimostra un certo attivismo della Corte, certo non si può soprassedere sul fatto che, al momento della decisione, gli stessi giudici sembra quasi si dovessero trattenere. Secondo parte della dottrina⁸¹, la forma di sindacato debole utilizzata il più delle volte dalla Corte, dimostrerebbe come i diritti sociali siano considerati dai giudici di Strasburgo alla stregua di *claim rights*⁸². Ad avviso di chi scrive il rilievo è solo parzialmente condivisibile. Le decisioni fondate ex art. 11 CEDU confortano

⁸⁰ Nel parere 2/13 della Corte (seduta plenaria) del 18 dicembre 2014 si legge che: "A norma dell'art. 33 della CEDU, alla Corte EDU può essere deferita, mediante ricorso (interstatale), una controversia che opponga due o più Parti contraenti ed abbia ad oggetto qualsiasi presunta violazione delle disposizioni di tale convenzione e dei suoi protocolli".

⁸¹ Sul punto cfr. N. McCormick, *Rights, Claims and Remedies*, in *Law and Philosophy*, 1979 e J. Feinberg, *the Nature and Value of Rights*, in *The j. Of value inquiry*, 1970 e G. Romeo, *Civil rights v. social rights nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo: c'è un giudice a Strasburgo per i diritti sociali*, in L. Mazzetti, A. Morrone (a cura di), *Lo strumento costituzionale dell'ordine pubblico europeo*, Atti del convegno internazionale di studi, Bologna, 5 marzo 2010, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 487 e ss.

⁸² Con l'espressione "*claim rights*" si intende sottolineare il carattere di *diritto imperfetto*.

siffatta considerazione. Eventuali limitazioni delle relative posizioni giuridiche sono soggette a scrutini certamente più rigorosi e confacenti al soddisfacimento di interessi qualificati e funzionali alla realizzazione di un'*economia sociale*. L'aspetto confortante che fa ben sperare risiede però nel rilievo che il parametro fondamentale dei giudici di Strasburgo rimane, sempre e comunque, la Convenzione⁸³. Non può esservi pronunzia che possa prescindere da una valutazione sulla ammissibilità tra le posizioni giuridiche eventualmente assunte e quelle protette dal parametro di valutazione, ossia la disposizione convenzionale che risulta applicabile al caso sottopostole. Occorre, altresì, ricordare che possono ricorrere alla Corte sia le Parti contraenti per *qualsunque inosservanza delle disposizioni della Convenzione e dei suoi Protocolli che essa ritenga possa essere imputato a un'altra Alta Parte contraente* sia ogni persona fisica, organizzazione non governativa o un gruppo di privati che *sostengono di essere vittima di una violazione da parte di una delle Alte Parti contraenti dei diritti riconosciuti nella Convenzione o nei suoi protocolli*. Da tale angolo visuale le Alte parti contraenti, da leggere come Stati aderenti, si impegnano a non ostacolare con alcuna misura l'esercizio effettivo di tali diritti.

⁸³ *"Per assicurare il rispetto degli impegni derivanti alle alte parti contraenti dalla presente Convenzione e dai suoi Protocolli, è istituita una Corte europea dei Diritti dell'Uomo ... Essa funziona in modo permanente".* Art. 19 Titolo II, *Corte europea dei Diritti dell'Uomo*, CEDU.

3.3.2. *Gli obiettivi presenti e futuri*

Secondi alcuni⁸⁴, *la tutela dei diritti fondamentali può costituire un argine al progressivo indebolimento delle classi più deboli, soprattutto in periodi di forte recessione economica invocata per giustificare qualsiasi compressione delle tutele*⁸⁵.

La scelta operata dalla Convenzione sull'indivisibilità dei diritti rende la stessa il luogo dove l'unica esigenza è la protezione effettiva delle situazioni giuridiche e delle libertà in essa sancite. Libertà e diritti che, di fatto, rappresentano, per dirla con le parole dei nostri giudici costituzionali⁸⁶, lo *zoccolo duro* della legalità costituzionale europea, rispetto al quale eventuali limitazioni che si propongono come indispensabili per la tutela di altri rilevanti interessi, devono essere ben ponderate in sede giudiziaria.

L'apertura verso i diritti sociali operata dalla Corte europea dei diritti dell'uomo è dovuta, *sic et simpliciter*, all'interpretazione estensiva della nozione di bene, nella sua più ampia eccezione, tutelato dall'art.1 Prot.1

⁸⁴ Luigi SERINO, *La tutela dei diritti sociali in Europa*, in *DIRITTI UMANI IN ITALIA*, Rivista giuridica ISSN 2240 - 2861

⁸⁵ Luigi SERINO, *op. cit.*

⁸⁶ Corte costituzionale, sentenza del 07.05.2012 n. 120

addizionale⁸⁷ CEDU in combinato disposto con il principio di non discriminazione. I giudici di Strasburgo spiegano così questa opzione: la Corte europea, attraverso il riconoscimento a ciascuno del rispetto dei propri beni, intende garantire, nella sostanza, il rispetto del diritto di proprietà, ma non vi è alcuna commistione tra nozione di bene e quella di diritto.

Dagli innumerevoli casi⁸⁸ trattati nel tempo, emerge che l'indivisibilità dei diritti umani ed il rispetto della dignità umana permettono al sistema giudiziario di realizzare un'effettiva protezione dei diritti sociali molto più ampia e penetrante rispetto a quella che potenzialmente i singoli Stati nazionali potrebbero realizzare entro i propri confini.

Ad esempio, una svolta fondamentale in materia di diritti sindacali è rappresentata dal caso *Damir c. Turchia*, dove è stato affermato il diritto dei sindacati a partecipare alla contrattazione collettiva. Alla Convenzione si affiancano altri strumenti di *soft law* come la Carta sociale per la tutela dei

⁸⁷ Art. 1 Prot. 1 CEDU: "ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di pubblica utilità e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale ...".

⁸⁸ Cfr. Corte europea dei diritti dell'uomo, *D.H. e al. C. Repubblica Ceca*, n.57325/00; *Ichtigiaroglou c. Grecia*; *Luczak c. Polonia*; *Andrejeva c. Lettonia*. In campo di tutela del diritto alla libertà sindacale cfr. *arrets Syndicat se la police belge c. Belgio*, 27 ottobre 1975, pp. 17-18.

diritti sociali e sindacali e la convenzione OIL. Ed è il legame tra la giurisprudenza della Corte e questi ultimi che va investigato.

Agli albori della giurisprudenza CEDU, l'esistenza della Carta sociale aveva paradossalmente inibito l'interpretazione evolutiva, tale si è dimostrata successivamente, dell'art.11 e di quella serie di disposizioni potenzialmente idonee a garantire l'effettività della tutela. Da allora sono cambiate molte cose, la riforma della Carta sociale avvenuta nel 1999 può anche, come alcuni sostengono, rappresentare, uno spartiacque convenzionale nell'evoluzione della giurisprudenza CEDU sul tema dei diritti sociale, in generale, dei lavoratori, in particolare. Nella sentenza *Demir* si legge: “ (dimostra) *l'esistenza di un consenso tra gli Stati circa la promozione dei diritti sociali ed economici. Non è interdetto alla Corte tener conto di tale volontà generale degli Stati quando essa interpreta le disposizioni della Convenzione*”. In altre parole, la Carta costituisce, oggi, un valido complemento alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e rappresenta un valido punto di riferimento per approfondire ed ampliare le rivendicazioni sociali sul piano internazionale. Non dimentichiamoci, poi, che, la materia, nei suoi aspetti salienti trova disciplina anche all'interno del Trattato di Lisbona. La prospettiva dell'indivisibilità dei valori bandisce ogni gerarchia fissa, che impedirebbe di comporli e ricomporli nel corso del tempo. Operazione di composizione che ha condotto al pieno

riconoscimento dei diritti sociali e alla conseguenziale riduzione della portata ascritta alle libertà economiche, espressione della originaria ispirazione liberistica del sistema comunitario. A dispetto di quanto può immaginarsi, anche la Corte di giustizia sta mostrando di adeguarvisi. A prescindere dai noti casi *Viking* e *Laval*. Ad esempio, la decisione del 1° marzo 2011 resa nel caso *Association belge Consommateurs Test- Achats ASBL c. Consiglio dei ministri*⁸⁹ ha annullato una direttiva⁹⁰ europea per violazione della Carta dei diritti (artt. 21 e 23).

Sulla base delle successive valutazioni, si è altresì evidenziato come proprio nell'ordinamento dell'Unione i diritti economici sembrano assumere un rango preminente su ogni altro tipo di diritto sì da prospettare il rischio che ad essi vengano subordinati certi diritti sociali che pure possono rientrare nel novero dei diritti fondamentali. Tuttavia, proprio la Corte di giustizia, riconoscendo i diritti fondamentali della persona quali *parte*

⁸⁹ Corte di giustizia, sentenza del 1° marzo 2011, Causa C-236/09

⁹⁰ Nel caso di specie la direttiva portata, dal giudice del rinvio, all'attenzione della Corte era la *direttiva del Consiglio 2004/113*, attuata sulla base dell'art. 13 n.1 CE, e, più precisamente, l'art.5 n.2 della direttiva medesima. Essa è stata dichiarata invalida nella parte in cui consentiva agli Stati membri di mantenere, senza limiti di tempo una deroga alla regola dei premi e delle prestazioni unisex. Regola contraria alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento tra donne e uomini (artt. 21 e 23 della Carta) perseguito dalla direttiva 2004/123, come si evince facilmente dal suo art.1 nella parte in cui prevede che: "*scopo della presente direttiva è quello di istituire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sul sesso per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento tra uomini e donne*".

integrante dei principi generali del diritto, ha individuato un ampio ventaglio di situazioni tradizionalmente riconducibili alla categoria dei diritti civili e a quella dei diritti di tipo economico- sociale. Per questa stessa ragione, la protezione sociale designata dalla Carta interessa un campo materiale assai esteso che va ben al di là delle tematiche legate alla sicurezza sociale, o al diritto del lavoro, includendovi anche categorie di soggetti ben più deboli.

La ricerca di nuove forme di bilanciamento più miti, per così dire, rispetto alle istanze di protezione presentate nei singoli sistemi nazionali di diritto del lavoro, risulta, oggi, potenzialmente agevolata da un quadro di principi e riferimenti valoriali che, dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è certamente più attento alle dinamiche sociali che coinvolgono la persona come singolo e come "gruppo". È dato acquisito e pacifico ritenere che anche l'Unione debba *riconoscere e garantire i diritti inviolabili dell'uomo anche nelle formazioni sociali ove si svolge la sua personalità* richiedendo *l'adempimento dei doveri inderogabili di solidarietà politica, economica e sociale*. E' evidente che le capacità cognitive ed auto- correttive dei giudici da sole non bastano per colmare le asimmetrie accumulate in questi anni così difficili ed impervi del processo di integrazione europea. Occorrono risposte ed interventi che solo una più forte progettualità politica può dare dando respiro alla collettività la cui fiducia vacilla pericolosamente attorno alle istituzioni sovranazionali.

Le risposte fino ad ora date dalla Comunità a fronte di una crisi economico finanziaria che dura oramai da un decennio, sono segno di debolezza soprattutto sul versante del coordinamento delle politiche sociali. Di fronte a progetti così deboli e privi di qualsivoglia volontà di vero cambiamento saranno ancora i giudici, in un dialogo perennemente aperto, a *fare l'Europa dei diritti*. Ed anche laddove si desse luogo ad un bilanciamento più ponderato e rispettoso delle diverse istanze, ben difficilmente sarebbe colmabile il deficit politico di solidarietà che rende così incerto il processo di integrazione europea o, come altri sostengono, la creazione di una economia sociale di mercato. Da tale angolo visuale, forse, un ruolo di comprimari potrebbero avere proprio le corti costituzionali nazionali. Esattamente come fece, a suo tempo, la Corte costituzionale tedesca che il 30 giugno 2009 definì "anti- costituzionale" la legge di ratifica del Trattato di Lisbona che il Bundestag approvò con una maggioranza del 90% il 24 aprile 2008. In quell'occasione, in una dichiarazione del 3 luglio, la presidente del Movimento Solidarietà tedesco (BuSo) Helga Zepp- LaRouche dichiarò che: *"i giudici hanno difeso la Costituzione ed interrotto la dinamica con la quale l'Unione Europea è stata progressivamente trasformata in una burocrazia imperiale votata all'auto- contenimento economico"*. Una burocrazia, sostiene la LaRouche controllata da interessi monetaristi ed ultra- liberisti che fanno capo ad un'oligarchia finanziaria.

Il modello di tutela *funzionale*, fin qui adottato, trae ispirazione dalle tradizioni costituzionali comuni sì, ma il diritto, di volta in volta individuato, resta strumento per la realizzazione degli scopi indicati dai trattati. La Comunità riconosce i diritti fondamentali, a prescindere dalla loro natura, nella misura in cui risultano strumentali alla realizzazione delle libertà economiche che così facendo prevarranno sempre. Nella sentenza *Hauer* del 1979 si affermò che le limitazioni al diritto di proprietà sono ammissibili solamente se siano strumentali a favorire l'organizzazione economica dei mercati (posizione successivamente superata con l'inserimento della clausola, *pubblica utilità*). Il giudice chiamato a bilanciare il diritto determinerà le condizioni di esercizio del diritto, i limiti apportionabili al diritto ed il contenuto essenziale del diritto. Nella Carta non sono indicati limiti specifici per ciascun diritto (probabilmente potrebbe avviarsi al problema contemplando una serie di riserve di legge che rafforzino il contenuto almeno di una parte dei diritti rientranti nella categoria diritti fondamentali) pertanto il bilanciamento che ne seguirà sarà completamente libero e sganciato da ogni vincolo. Si potrebbe, infine, pensare alla possibilità che l'Unione si doti di un vero e proprio catalogo di diritti, unico e condiviso con gli stati membri, rispettoso delle singole tradizioni costituzionali e funzionale al raggiungimento degli obiettivi di mercato. La sfida è cioè mettere insieme

universalismo e pluralismo, pensare in termini relazionali anziché semplicemente gerarchici.

Non è per caso in questo che si sostanzia, o dovrebbe, il tanto discusso e auspicato processo di integrazione europea? Una tutela multilivello e il rispetto di obblighi di mutua partecipazione tra tutti gli attori, nazionali, legislatore e giudici, e sovranazionali, con ogni probabilità contribuirebbe ad una piena realizzazione del progetto.

4.3.2. Conclusioni

Per quanto qui sinteticamente discussa, la traiettoria europea seguita dai diritti sociali nell'ultimo cinquantennio sconta ancora le ripercussioni dovute dalle categorizzazioni tradizionali comuni alla maggior parte delle tradizioni costituzionali e non. Inediti scenari potrebbero dischiudersi qualora si perfezionasse un meccanismo di coordinamento tra gli strumenti di tutela previsti dalla Carta dei Diritti dell'Uomo e la CSE. CSE che costituisce il primo esplicito riconoscimento pattizio dei diritti in questione. Per il momento occorrerà seguire con sempre maggiore attenzione gli *itinerari* interpretativi delle due corti in materia di diritti sociali auspicando che essi possano influenzarsi vicendevolmente in un dialogo aperto.

La riconciliazione tra le due dimensioni (economia sociale ed economia di mercato) richiede, comunque, un forte investimento politico. Ai giudici continuerà certamente a competere un ruolo centrale nella garanzia dei diritti fondamentali in Europa e la piena assunzione della Carta dei Diritti Fondamentali dei diritti dell'Unione europea al rango più alto possibile spinge, senza dubbio, in questa direzione. Tuttavia, le risposte sino a questo punto offerte dai massimi livelli istituzionali e giurisprudenziali, certo non incoraggiano all'ottimismo. Al mero richiamo ad un'*economia sociale di mercato competitiva e sostenibile* nei costi segue una grande debolezza,

prima di tutto progettuale, proprio sul versante del coordinamento delle politiche sociali. Neppure si può pensare di poter lasciare ad un organo giudiziale l'arduo compito di sopperire ad un silenzio ingiustificato del legislatore europeo che, ad oggi, ha scelto di contrapporre alla pervasiva crisi economico-finanziaria politiche di *austerità* che hanno lasciato, quanto sino ad ora, ben poco spazio ai diritti fondamentali, basilari e primari dell'uomo. Di certo e date queste premesse, il riconoscimento del valore giuridico della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'adesione dell'Unione alla CEDU, possono determinare tra la Corte di Lussemburgo e quella di Strasburgo un dialogo fruttuoso. Ad ogni modo, come detto, confidare nell'attivismo delle Corti non sembra poter risolvere il paradosso per cui alla massima positivizzazione (ed internazionalizzazione) dei diritti sociali corrisponda la minima protezione, perché quella più consona alle esigenze economiche che sottendono la sovrastruttura europea. Un passo in avanti spetta alle istituzioni internazionali, e nel caso di specie, al Consiglio d'Europa, alle quali è richiesto di agire politicamente dotando, finalmente, ai diritti, adeguati sistemi di protezione, superando, definitivamente, la contrapposizione tra diritti di prima e seconda *classe*.

La situazione attuale, tuttavia, suggerisce di riporre fiducia nella giurisprudenza della CEDU, quale correttivo alla dottrina della Corte di giustizia. Sembra, infatti, che a partire dal caso *Demir* del 2008, la Corte di

Strasburgo si sia convertita ai diritti sindacali abbandonando il precedente *self-restraint*. Vi è stato anche chi, in preda all'entusiasmo, ha parlato, in proposito, della nascita di una Corte europea dei diritti sociali⁹¹. Certo è che si tratta solo di una piccola rivoluzione: la realtà è che, nel diritto dell'Unione europea, la libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi rappresentano il cuore della garanzia, mentre la tutela collettiva limiti opponibili all'esercizio di tali libertà; nella CEDU al contrario sarebbero i diritti sindacali a costruire il cuore della tutela e le libertà economiche i limiti a tali diritti, peraltro da interpretarsi in maniera restrittiva. Si tratta di operare un capovolgimento di prospettiva, una sorta di rivoluzione copernicana in ambito giuridico-europeo. A parere di chi scrive, è bene non illudersi, la Corte EDU non si è ancora trovata dinanzi ad un caso simile a *Laval e Viking* di economia transnazionale. E l'unico caso di mia conoscenza ove la Corte EDU si trovò costretta a bilanciare diritti sindacali con beni/interessi cari all'UE, come la concorrenza fu nel '99 quando, l'Antitrust svedese aveva invalidato una clausola di un contratto collettivo tra sindacato dei trasportatori ed associazione degli editori di giornali, un anno dopo che lo stesso giudice aveva invalidato la stessa clausola. In quest'occasione la Corte EDU si limitò a dichiarare con riguardo all'art. 11, che il ricorso dei sindacati

⁹¹ J.-P. Marguenaud, J. Mouly, *L'avenement d'une Cour européenne des droits sociaux*, in Recueil Dalloz, n. 11, 2009, 739 ss.

era inammissibile, motivando in modo non del tutto convincente: *“mentre la Corte riconosce l’importanza dei contratti collettivi come strumenti di tutela degli interessi degli iscritti al sindacato, l’art. 11 della Convenzione non garantisce un diritto dei sindacati a conservare un accordo collettivo in una particolare materia per un periodo indefinito di tempo. Agli occhi della Corte, l’oggetto del ricorso non è tale da far sorgere alcuna questione ai sensi dell’art.11”⁹².*

Occorre tuttavia ricordare che da allora le cose sono cambiate, e molto è cambiato, la Corte ha raggiunto vette ben più alte, un maggiore autocoscienza di sé e si appresta a risolvere il dilemma: sapere dove si trova la frontiera che separa i diritti garantiti dalla Convenzione, da una parte, ed i diritti sociali garantiti dalla CSE, dall’altra.

⁹² Corte EDU, caso *Swedish Transport Workers’ Union c. Svezia*, decisione del 30 novembre 2004

Capitolo IV

La responsabilità civile dello Stato

1.4. Introduzione alla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario nella giurisprudenza della Corte di giustizia UE

La responsabilità degli Stati rispetto ai danni cagionati a seguito di una violazione del diritto comunitario, si colloca in un contesto giuridico articolato in cui, anche altre forme di responsabilità sono previste. Tale regime è sottoposto ad una disciplina composita, dettata per le sue linee generali dall'ordinamento comunitario, *in primis* per mezzo della Corte di giustizia che, in tempi relativamente recenti, è stata chiamata a decidere sulla legittimità di talune attività non conformi al diritto comunitario imputabili, di volta in volta, o allo Stato direttamente, o ad entità sub statali, nell'esercizio delle rispettive funzioni.

2.4. Il contesto normativo comunitario nel quale si colloca il regime della responsabilità dello Stato per violazioni del diritto comunitario: a) i principi generali che vengono in considerazione

Le fonti scritte dell'ordinamento comunitario non definiscono precisamente quale sia il regime della responsabilità degli Stati membri per i danni causati direttamente o indirettamente da questi ai singoli, in seguito ad inosservanza di regole comunitarie. È, tuttavia, evidente che nel momento stesso in cui l'ordinamento comunitario riconosce e, come più recentemente ha fatto, afferma che è compito del medesimo garantire e predisporre le specifiche tutele alle posizioni soggettive attribuite ai cittadini dell'UE o alla persona in quanto tale, non può sottrarsi dall'ingrato compito di determinare con sufficiente chiarezza quali debbano essere i principi e le procedure che si attivano allorché un Membro della comunità violi una norma di un Trattato o una disposizione comunitaria di pari rango.

Non sorprende, allora, che sia stata la giurisprudenza comunitaria ad avere nel tempo elaborato questo regime nei suoi aspetti principali e ad avere compiuto questa operazione facendo leva sul principio del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale, strettamente connesso alla opzione della diretta applicabilità del medesimo e della diretta invocabilità davanti ai

giudici nazionali che, si sono così convinti a mantenere un dialogo aperto con le corti sovranazionali superando le iniziali resistenze .

3.4. Segue: b) Il regime della responsabilità degli Stati membri nei riguardi dei singoli. Il caso Francovich

La responsabilità degli Stati nei confronti dei singoli per violazione del diritto comunitario si colloca, dunque, in un complesso contesto giuridico, nel quale altre forme di responsabilità, come si diceva anche in apertura, sono previste sia dai singoli Stati nazionali sia dall'ordinamento comunitario a livello dei Trattati. Si rese sin da subito necessario un esplicito riconoscimento di una forma di tutela aquiliana che, seppur non espressamente prevista all'interno dei Trattati, assicurasse l'effettiva realizzazione degli obiettivi perseguiti dall'ordinamento sovranazionale. Questo è stato oggetto di innumerevoli interventi dottrinali a partire dalla sentenza *Francovich* del 1991⁹³.

Sarà utile ricordare le linee essenziali della vicenda sulla quale la Corte è stata chiamata a decidere. Il sig. Francovich, parte della causa principale nel procedimento C-6/90, aveva prestato servizio presso l'impresa

⁹³ Corte di giustizia, sentenza del 19 novembre 1991, nei procedimenti riuniti C- 6/90 e C-9/90 tra *Andrea Francovich e Repubblica italiana* e tra *Danila Bonifaci e altri e Repubblica italiana*

CDN elettronica Snc e nel periodo di riferimento aveva ricevuto solo acconti sporadici della sua retribuzione. Aveva così deciso di proporre ricorso dinanzi al Pretore di Vicenza che condanna l'Elettronica Snc al pagamento di una somma di circa sei milioni di LIT. Sennonché, nel corso del procedimento di esecuzione, l'ufficiale giudiziario del Tribunale di Vicenza si trovò costretto a redigere il verbale di pignoramento infruttuoso. Il sig. Francovich reagì innanzi alla Stato italiano invocando le garanzie previste dalla direttiva 80/987⁹⁴, o in via subordinata, un indennizzo.

Nella causa C- 9/90, la sg.ra Danila Bonifaci e altre trentatré lavoratrici dipendenti hanno proposto ricorso dinanzi al Pretore di Bassano del Grappa, riferendo di aver lavorato presso la ditta Gaia Confezioni Srl in qualità di lavoratrici dipendenti. La ditta viene dichiarata fallita il 5 aprile 1985. Al momento della cessazione dei relativi rapporti di lavoro le lavoratrici, parti della causa principale, risultano creditrici di una somma pari

⁹⁴ La direttiva 80/987/Cee "concerne il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative alla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro". L'obbligo incombente sullo Stato è reso chiaro dall'articolo 3 della direttiva in commento, rubricato *Disposizioni relative agli organismi di garanzia*, ove si legge che " *Gli Stati membri adottano le misure necessarie affinché gli organismi di garanzia assicurino (...) il pagamento dei diritto non pagati dei lavoratori subordinati, risultanti da contratti di lavoro o da rapporti di lavoro e relativi alla retribuzione del periodo situato prima di una determinata data ...*". Al contempo, il legislatore europeo si è preoccupato anche di menzionare (articolo 5) quali dovranno, eventualmente, essere i principi da rispettare nella fissazione delle modalità di organizzazione finanziamento degli organismi di garanzia. Ulteriori modifiche ed aggiunte sono state inserite dalla Direttiva europea del 23 ottobre 2002 n. 2002/74/CE, rubricata " *modifiche alla direttiva UE su tutela dei lavoratori in caso di insolvenza del datore di lavoro*".

a 250 milioni, circa, di LIT che, nessuna di loro ha mai ricevuto, neanche in parte, per mano del curatore fallimentare. Le ricorrenti adiscono La corte chiedendo alla Repubblica italiana di farsi carico degli importi loro spettanti, in forza dell'obbligo sullo Stato incombente previsto dalla direttiva 80/987.

La prima questione che la Corte si è trovata a dover affrontare riguardava, fondamentalmente, l'ambito di applicazione di una direttiva europea rimasta inattuata a causa dell'inadempimento dello Stato-destinatario. La Corte ebbe modo di affermare che: *“ secondo una giurisprudenza costante, lo Stato membro che non ha adottato entro i termini previsti i provvedimenti di attuazione imposti da una direttiva non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa. Perciò (qui la Corte compì il passo in avanti utile ai fini del discorso), in tutti i casi in cui le disposizioni di una direttiva appaiono, dal punto di vista sostanziale, incondizionate e sufficientemente precise, tali disposizioni possono essere richiamate, in mancanza di provvedimenti d'attuazione ... per opporsi a qualsiasi disposizione di diritto interno non conforme alla direttiva, ovvero in quanto siano atte a definire i diritti che i singoli possono fare valere nei confronti dello Stato”*⁹⁵.

⁹⁵ Vedi punto 11, Cause riunite C-6/90 e C-9/90 in occasione delle quali la Corte ha ri affermato quanto precedentemente riconosciuto nella sentenza del 19 gennaio 1982, Causa C- 8/81, *Backer*, punti 24 e 25

Ne consegue allora che, a nulla osta il fatto che la direttiva sia rimasta inattuata, l'inadempimento dello Stato membro, tenuto ad attuare la direttiva, prevale, resta perciò solo da chiedersi, ai nostri fini, se è o meno identificabile e confacente al sistema di relazioni sancito dal Trattato la possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro. Da tale angolo visuale la Corte non ha avuto alcun problema nel dichiarare assolutamente in linea con i principi del Trattato un principio di responsabilità dello Stato per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario. Anzi, spingendosi oltre, ha avuto modo anche di individuare in presenza di quali condizioni sorga o possa sorgere la responsabilità dello Stato: *“la prima di queste condizioni è che il risultato prescritto dalla direttiva implichi l'attribuzione di diritti a favore dei singoli. La seconda condizione è che il contenuto di tali diritti possa essere individuato sulla base delle disposizioni della direttiva. Infine, la terza condizione è l'esistenza di un nesso di causalità tra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi”*⁹⁶. Viene così meno, e definitivamente, la figura dello Stato o del pubblico potere, *legibus solutus*. È vero che l'irresponsabilità dello Stato per fatto del legislatore è stata in passato un'idea diffusa. Essa trovava la sua ragion d'essere nella constatazione che il sovrano non potesse comportarsi

⁹⁶ Corte di giustizia, *Francovich*, cit. punti 38 e 39

in modo illegittimo, ovvero, in quanto espressione del potere sovrano, il legislatore, nella versione più moderna e democratica del termine, considerata l'ampia legittimità di cui normalmente gode, sarebbe, in via di principio, sottratto alle regole generali della responsabilità. Sarebbe fallace pensare che la questione possa dirsi, ad oggi, definitivamente chiusa. Il tema della risarcibilità dei danni derivanti da una legge incostituzionale è tutt'altro che pacificamente risolto⁹⁷. È anche vero che quando il legislatore è tenuto, nello svolgimento delle sue funzioni, al rispetto di determinati limiti, non vi è alcuna ragione, su di un piano di teoria generale del diritto, negare che lo Stato possa essere tenuto al risarcimento dei danni provocati dagli atti che a quei limiti dovevano ispirarsi e che, invece, quei limiti hanno ingiustamente oltrepassato. Ciò trova, tra l'altro, conferma nelle conclusioni dell'Avvocato generale Jean Mischo⁹⁸: “ (lo Stato membro) *non può eccepire, a fronte di un'azione di responsabilità intentata nei suoi riguardi, in ragione della violazione di un diritto attribuito dall'ordinamento comunitario direttamente ai privati, che, nel proprio ordinamento giuridico nazionale vige il principio*

⁹⁷ Ad esempio, in Germania una tale possibilità è esclusa, in quanto tale, sebbene solo nella misura in cui il dovere d'ufficio non sia riferibile ad un terzo determinato. In Italia, la questione è tutt'ora dibattuta, una tale possibilità è ammessa nella specifica ipotesi di dichiarata illegittimità costituzionali degli atti.

⁹⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Jean Mischo presentate il 28 maggio 1991, I - 5385

della non responsabilità dei pubblici poteri e in particolare del potere legislativo ...”.

La direttiva 96/71, oggetto di interesse della Corte in occasione della Causa C- 341/05 ⁹⁹è stata trasposta nel diritto svedese con la legge 1990:678. La legislazione svedese, ciò nonostante non ha provveduto a determinare per contro un minimo salariale¹⁰⁰ demandando la questione alla contrattazione collettiva (in teoria, più favorevole verso il lavoratore distaccato).

⁹⁹ Corte di giustizia, *Laval un Partneri Ltd*

¹⁰⁰ La materia inerente ai minimi salariali è prevista dall'art. 3, n. 1, primo comma, lettera c) comprese le tariffe maggiorate per il lavoro straordinario

4.4. Conclusioni

Sul piano del diritto comunitario derivato un riconoscimento delle pretese risarcitorie dei singoli verso lo Stato è avvenuto con le direttive 89/665¹⁰¹ e 92/13¹⁰². La seconda di poco successiva alla sentenza *Francovich*. Entrambe le direttive predispongono un sistema finalizzato a garantire l'effettività delle situazioni giuridiche soggettive riconosciute ai singoli dal diritto comunitario quando quest'ultime si assumono lese. La determinazione delle componenti specifiche (in primis le procedure) è lasciata alla competenza degli Stati membri. Le due direttive si limitano a definire esclusivamente le componenti essenziale. Gli Stati nella attuazione dei principi comunitari sono liberi di determinare le procedure più consone a patto che le medesime si risolvano in un vantaggio nei riguardi dei portatori di posizioni soggettive di matrice comunitaria allo stesso modo in cui un vantaggio potrebbero trarne rispetto ad analoghe posizioni di diritto interno. In sostanza le due direttive ribadiscono che la Comunità ha titolo ad intervenire sul regime della responsabilità degli Stati posto che una tale responsabilità è esplicitamente contemplata in fonti comunitarie che, in

¹⁰¹ Direttiva 89/665/CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989

¹⁰² Direttiva 92/13/CEE del Consiglio del 25 febbraio 1992

ossequio al principio del primato del diritto comunitario su quello nazionale, prevarranno sulle norme interne. Inoltre, gli Stati nel disciplinare la materia non possono sentirsi liberi di far quel che credono. Sono altresì tenuti a rispettare i principi individuati in sede giurisprudenziale dalla Corte di giustizia. A prescindere dai casi concreti, indipendentemente dalle contingenze politiche o storiche, l'Unione europea resterebbe lettera morta ove fosse fondata su norme che non imponessero agli Stati membri né obblighi né sanzioni sia nei loro rapporti reciproci che nei rapporti con i privati cittadini. Pur volendo essere nazionalisti più che mai, opinare contrariamente ad un riconoscimento del principio in commento vorrebbe dire mettere a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e dei diritti dalle singole disposizioni riconosciuti allorché i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. Gli Stati membri sono tenuti ad adottare tutte le misure di carattere generale o particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi ad essi derivanti dal diritto comunitario.

La responsabilità degli Stati membri nei confronti degli individui in ragione del danno provocato da inattività normativa è stata in definitiva costruita dalla Corte come uno strumento per garantire i singoli e, per tale via, anche una corretta attuazione del diritto comunitario. Si potrebbe al

massimo discutere se in *Laval*, ad esempio, l'inattività dello Stato svedese possa considerarsi come una consapevole scelta, dovuta al silenzio serbato dal legislatore europeo, ovvero una negligenza fortuita. In entrambi i casi comunque non mi sento di escluderne la responsabilità specie alla luce delle conseguenze sopportate dalla società.

Quanto alla giurisprudenza della Corte, quest'ultima ha continuato ad arricchirsi di nuovi contenuti e riflessioni. Di poco dopo è invero la sentenza della Corte del 5 marzo 1996.

5.4. *Brasserie de pecheur SA* ¹⁰³

Sarà utile, anche questa volta, riassumere la vicenda. Essa (procedimento C-46/93) ha avuto inizio quando la Brasserie du pecheur, società francese con sede in Schiltigheim (Alsazia), viene costretta a sospendere le proprie esportazioni di birra in Germania. Nello stesso periodo le autorità germaniche avevano accertato che la birra dalla Brasserie prodotta non era conforme ai requisiti di genuinità previsti dalla legge fiscale tedesca sulla birra (BGBl I). Ritenendo che queste disposizioni fossero in contrasto con l'art. 30 del Trattato CEE, la Brasserie du pecheur conveniva in giudizio la Repubblica federale di Germania reclamando il risarcimento del danno che tale restrizione alle importazioni le aveva cagionato tra il 1981 e 1987, per un ammontare di (si legge nella sentenza della Corte di giustizia) 1 800 000 DM pari a solo una parte del danno effettivo.

Il Bundesgerichtshof sottopose alla Corte una serie di questioni pregiudiziali, tenendo ben presente le disposizioni concernenti l'eventuale

¹⁰³ Corte di giustizia sentenza del 5 marzo 1996 nei procedimenti riuniti C- 46/96 e C- 48/93 tra *Brasserie du pecheur SA* e *Repubblica federale di Germania* e tra *The Queen* e *Secretary of State for Transport* ex parte: *Factortame Ltd* e altri

responsabilità del pubblico funzionario nei confronti di un terzo che subisce un danno ¹⁰⁴.

Simile è la vicenda che ha coinvolto la *Factortame*. La vicenda ha inizio quando la *Factortame* intenta un'azione davanti alla High Court of Justice, Queen's Bench Division, Divisional Court, diretta a contestare la compatibilità della II parte del Merchant Shipping Act con il diritto comunitario. Tale legge, tra le altre cose, prevedeva la istituzione di un nuovo registro per i pescherecci britannici e subordinava l'immatricolazione a taluni requisiti di nazionalità, di residenza e di domicilio dei proprietari. I pescherecci non immatricolati o non immatricolabili, perché non presentavano i requisiti summenzionati, non potevano esercitare alcuna attività di pesca. Conseguenzialmente, la Commissione propone ricorso per inadempimento contro il Regno Unito. Con sentenza 4 ottobre 1991, Causa C-246/89 ¹⁰⁵ la Corte dichiarava che le condizioni di immatricolazione contestate nel ricorso erano contrarie al diritto comunitario.

¹⁰⁴ L'art. 839 n.1 del Bürgerliches Gesetzbuch (codice civile tedesco) recita: *"il pubblico funzionario che, per dolo o per colpa, violi gli obblighi ad esso imposti dal proprio ufficio nei confronti di un terzo è tenuto nei confronti del medesimo al risarcimento del danno che ne deriva"*. L'altro riferimento si sostanzia nel richiamo all'art. 34 del Grundgesetz (legge fondamentale) che prevede: *"Se qualcuno nell'esercizio di un ufficio pubblico affidatogli, viene meno al proprio dovere d'ufficio nei riguardi di un terzo, la responsabilità, di regola, ricade sullo Stato o sull'ente presso cui presta servizio"*.

¹⁰⁵ Corte di giustizia, *Commissione c. Regno unito*

In occasione della sentenza *Brasserie* la Corte procede a passare, precisamente in rassegna questioni quali i presupposti della responsabilità dello Stato per atti ed omissione del legislatore nazionale che si rivelano contrari al diritto comunitario; ed indica quali criteri applicare ai fini della determinazione del *quantum* da risarcire nel caso in cui si accerti la responsabilità e si preveda il risarcimento.

Per quel che concerne il primo profilo che più interessa ed ha interessato per ovvie ragioni sistematiche, la Corte dichiara che: 1) allorché si accetti il principio di responsabilità dello Stato membro, è ovvio che le condizioni che l'organo giurisdizionale dovrà accertare esistenti discenderanno direttamente dalla natura e dalla gravità della violazione della norma/e comunitaria/e ¹⁰⁶; 2) nella determinazione delle condizioni occorrerà considerare: la piena efficacia delle norme comunitaria, l'effettiva tutela dei diritti da esse garantite; 3) indipendentemente dal settore di riferimento, dal potere discrezionale riconosciuto allo Stato membro, il diritto al risarcimento è riconosciuto se vengono soddisfatte *tre condizioni, vale a dire che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione sufficientemente caratterizzata e, infine, che*

¹⁰⁶ Corte di giustizia, *Francovich*, cit. punto 38: " *Se la responsabilità dello Stato è così imposta dal diritto comunitario, le condizioni in cui essa fa sorgere un diritto al risarcimento dipendono dalla natura della violazione del diritto comunitario che è all'origine del danno provocato*"

*esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incombente sullo Stato ed il danno subito dai soggetti lesi*¹⁰⁷.

È necessario a questo punto domandarsi quando la *violazione* risulta *sufficientemente caratterizzata*. La Corte non si sottrae all'ingrato compito e dichiara che: “ *il criterio decisivo per considerare sufficientemente caratterizzata una violazione del diritto comunitario è quello della violazione manifesta e grave, da parte di uno Stato membro ...*”¹⁰⁸

Appare evidentemente che l'Unione abbia legiferato copiosamente nella più gran parte dei settori. L'assunto secondo cui la valutazione della eventuale responsabilità, nei casi in cui la violazione riguardi un settore nel quale lo Stato nazionale possa vantare un qualche margine discrezionale, viene meno se si guarda alla circostanza che, la stessa Corte, correttamente o meno non importa, abbia oltre modo esteso la competenza dell'Unione mediante interpretazioni estensive delle disposizioni concernenti le libertà ed i diritti riconosciuti ai singoli da norme comunitarie. Inoltre, considerando le posizioni giurisprudenziali comunitarie, non rilevano né la colpa né il dolo nella commissione della violazione. Da tale angolo visuale in *Brasserie du pecheur* i giudici sovranazionali non lasciano nulla al caso: “ *... l'obbligo di*

¹⁰⁷ Corte di giustizia, *Brasserie du pecheur e Factortame e altri*, cit. punto 51

¹⁰⁸ Corte di giustizia, *Brasserie du pecheur e Factortame e altri*, cit. punto 55

risarcire i danni cagionati ai singoli non può essere subordinato ad una condizione, ricavata dalla nozione di condotta imputabile per dolo o colpa, che vada oltre la violazione manifesta e grave del diritto comunitario. Infatti la prescrizione di una simile condizione ulteriore si risolverebbe nel rimettere in discussione il diritto al risarcimento, che trova il suo fondamento nell'ordinamento giuridico comunitario...¹⁰⁹.

Una volta individuati i criteri, enucleati dalla Corte di giustizia nelle sentenze *Francovich* e *Brasserie*, proviamo ad applicare i medesimi al caso *Laval* tentando di stabilire se sia o meno individuabile/ determinabile un diritto al risarcimento del danno a carico dello Stato membro.

L'art. 3 della direttiva dispone 96/71 che: “ *Gli stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro le imprese garantiscano ai lavoratori distaccati nel loro territorio le condizioni di lavoro e di occupazione relative alle materie indicate...*”. È nel quadro della transnazionalizzazione che il legislatore comunitario ha adottato la direttiva in commento, al fine, come risulta dal sesto considerando, di prevedere, nell'interesse dei datori di lavoro e del loro personale, le condizioni di lavoro e di occupazione applicabili al rapporto di lavoro nel caso in cui l'impresa decida di distaccare tutto o solo una parte

¹⁰⁹ Corte di giustizia, *Brasserie du pecheur e Factortame e altri*, cit. punto 79

del personale in uno Stato membro. Inoltre, risulta dal tredicesimo considerando che le legislazioni degli Stati membri devono essere coordinate per definire un nucleo di norme vincolanti ai fini della protezione minima cui dovrà attenersi non ultimo il datore di lavoro che intenda distaccare lavoratori. Da tale angolo visuale la direttiva non ha armonizzato il contenuto sostanziale di tali norme, ne consegue che, detto contenuto può liberamente essere definito dagli Stati membri chiamati a dare attuazione alla direttiva stessa. Vi è inoltre, da dire che, come risulta dagli atti di causa (*Laval*), in Svezia, le autorità nazionali hanno affidato alle parti sociali il compito di determinare le retribuzioni, in taluni settori, ad esempio nell'edilizia, mediante negoziati caso per caso da condurre, ove sia consentito, anche, e direttamente, sul luogo di lavoro.

La direttiva, percorrendo tale direzione, è stata molto precisa nel fissare quali debbano essere le modalità attraverso le quali determinare le *condizioni di lavoro e di occupazioni*: da una parte le disposizioni legislative, regolamentari o amministrative, e/o, dall'altra, (da) contratti collettivi o da arbitrati dichiarati di applicazione generale, a norma del paragrafo 8, sempreché vertano sulle attività menzionate in allegato.

Risulta dal fascicolo pervenuto alla Corte che nel Regno di Svezia *non esiste un sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti*

collettivi; inoltre, la legge di trasposizione della direttiva 96/71, lag 1999:678 om utstationering av arbetstagare, pur occupandosi delle condizioni di lavoro e di occupazione applicabili ai lavoratori temporaneamente distaccati da imprese straniere sul territorio nazionale, non prevede alcun meccanismo di determinazione dei livelli salariali minimi, come invece, prescritto dalla direttiva all'art. 3, 1, lettera c (*"gli Stati membri provvedono affinché, qualunque sia la legislazione applicabile al rapporto di lavoro, vengano garantiti ai lavoratori distaccati ... tariffe minime salariali, comprese le tariffe maggiorate per lavoro straordinario ..."*).

Si può, dunque, concludere che, poiché *le tariffe minime salariali* non sono state determinate in uno dei modi previsti dalla direttiva, la medesima direttiva può dirsi essere rimasta inattuata nella parte in cui prevede, al contrario, la determinazione delle materie indicate in allegato.

La *Laval*, così come si legge nella sentenza, chiese che *le retribuzioni e le altre condizioni di lavoro fossero definite contemporaneamente ai negoziati di modo da avere già fissati il livello delle retribuzioni e le condizioni di lavoro al momento della adesione a tale contratto*¹¹⁰. In questa prima fase la società lettone non sembra opporsi alla sottoscrizione del contratto collettivo bensì condizionarla alla verifica dei livelli di retribuzione che le

¹¹⁰ *Laval*, C-341/05, punto 27

parti sociali avrebbero da lì a breve individuato. Aderendo al contratto collettivo dell'edilizia la *Laval* però avrebbe dovuto rispettare gli accordi ivi convenuti sia nei confronti della *Byggtan* sia nei riguardi della FORA (tali obblighi prevedevano il pagamento alla *Byggtan* di un importo pari al all'1,5% della massa salariale per il controllo svolto da tale sezione sindacale sulle retribuzioni, e, alla società assicurativa FORA un importo pari all'0,8% della massa salariale a titolo di *sovraimposta o addizionale* e, al contempo, al 5,9% per svariati premi assicurativi. Per un totale del 6,7% al quale sarebbe andato ad aggiungersi la quota spettante alla sezione sindacale per il controllo svolto). L'alternativa per l'impresa è chiara e dal peso differente, considerare o non considerare le quote previste dal contratto svedese. In occasione dell'incontro di mediazione la *Laval* rifiutò di sottoscrivere il contratto, sul presupposto che, così facendo, non avrebbe potuto conoscere anticipatamente gli obblighi retributivi e contributivi.

L'ondata di instabilità economica e sociale generata dalla recente crisi finanziaria ha contribuito notevolmente ad aumentare l'attenzione verso una gestione più responsabile e trasparente di tutti i livelli gestionali, in particolar modo nel caso in cui l'azienda operi in una dimensione globale, prestando servizi o commercializzandosi al di fuori dei confini nazionali. I fattori che contribuiscono a definire la strategia aziendale sono molteplici e di varia natura, ed è compito dell'impresa definirli anticipatamente e

conseguenzialmente adottare strategie sostenibili, anche *ad hoc*. La retribuzione senza dubbio, anche agli occhi di chi, come chi scrive, non si occupa direttamente di tutte le questioni ad essa attinenti, entra a far parte delle variabili da valutare. In definitiva, non mi sento di condannare il comportamento della società *Laval* nella misura in cui abbia inteso conoscere precisamente il costo da affrontare, in riferimento alle retribuzioni da corrispondere, per la conduzioni dei lavori di costruzione nel comune di Vaxholm.

Non prevedendo un sistema sicuro e certo in ordine alla determinazione dei minimi salariali e, lasciando, consapevolmente, alla contrattazione collettiva dunque, alle parti sociali, il compito di determinarli, di volta in volta, e finanche sul luogo presso il quale il servizio doveva essere prestato, il legislatore svedese ha contribuito a creare una situazione di stallo tra l'impresa, la *Laval*, nel caso di specie, ed i sindacati, quelli svedesi, chiamando così la Corte al pronto intervento. Senza dubbio, l'impresa si è trovata costretta ad interrompere i lavori di costruzione a lei affidati in seguito ad appalto, con l'innegabile danno dovuto dalla brusca chiusura dei cantieri della *Baltic*, società interamente controllata dalla *Laval* che, nel febbraio 2005 ha assistito, in qualità di attrice non protagonista, alla risoluzione del contratto che la vincolava al comune di *Vaxholm* ed, in data 24 marzo 2005, al suo fallimento. La *Laval*, ha dato avviso ai 35 lavoratori

distaccati di rientrare in Lettonia, e non è stata più in condizione di svolgere le proprie attività sul territorio svedese.

In Italia, la giurisprudenza maggioritaria tende ad escludere tali azioni dall'ambito di applicazione dell'articolo 40 Cost. e quindi a considerarle illegittime. Ed in ragione di ciò è probabile che un'azione collettiva come quella posta in essere dai marittimi finlandesi o dagli edili svedesi avrebbe esposto i lavoratori italiani al rischio di responsabilità civile e perfino penale indipendentemente dalle regole, poi sancite, del *mercato unico*.

Che l'obiettivo del legislatore europeo, nell'adottare la direttiva in commento, sia stato quello di tutelare il lavoratore che temporaneamente si trovi nella condizione di prestare servizio al di fuori del suo luogo abituale di lavoro è chiaro ma, è altrettanto palese che, nel prevedere solo un minimo salariale, senza definirne il contenuto essenziale pur salvando, come ovvio, le condizioni di lavoro e di occupazione più favorevoli per il lavoratore, ove previste nello Stato ospite, ha inteso anche agevolare il datore di lavoro nella allocazione del suo personale in tutti Stati dell'Unione.

Verso altra direzione, il test di proporzionalità condotto in occasione della vicenda *Laval* (e *Viking*) può, ragionevolmente, costituire un seppur discutibile deterrente per quelle organizzazioni che intendano intentare un'azione collettiva in situazioni analoghe a quelle in commento. Azioni

sindacali condotte per finalità non contrattuali, bensì per ragioni politiche o di protesta, espressioni, comunque, del conflitto sindacale, legittime, ad esempio, nell'ordinamento italiano, ma potenzialmente illegittime per il diritto comunitario, rendono particolarmente difficoltoso per l'organizzazione invocare il fine della *tutela delle condizioni di lavoro e di occupazione* e, più in generale, l'esistenza di un' *esigenza imperativa di interesse generale* a fondamento dell'azione medesima. Inoltre, la necessità di dimostrare che *i posti e le condizioni di lavoro siano compromessi o seriamente minacciati*¹¹¹ espone a contestazione qualsiasi azione sindacale fondata sul timore degli effetti indiretti e pregiudizievoli prodotti da una delocalizzazione. Configurando così un formidabile, ma tremendo, deterrente a scioperare¹¹².

Al più, potrebbe apparire discutibile la scelta del legislatore europeo di non aver dotato del potere di armonizzare la direttiva 96/71 quanto meno nella parte in cui essa prevede la determinazione dei minimi salariali così da dissipare qualsivoglia pratica sindacale o datoriale potenzialmente idonea ad alzare barriere di ogni genere. Tuttavia, lasciando agli Stati membri la

¹¹¹ Corte di giustizia, *Viking Line*, cit. punto 81

¹¹² Il *Financial Times* del 22 maggio 2008 riporta la vicenda di un sindacato piloti della *British Airways* che ha preferito revocare lo sciopero precedentemente proclamato a fronte della minaccia dell'impresa di invocare *Viking* davanti alla Corte nazionale.

scelta del modello di contrattazione collettiva, istituzionalizzato o centralizzato, il legislatore non ha consciamente voluto entrare a far parte della dialettica datori- organizzazioni sindacali. È anche vero però che, ove la scelta ricada su un modello flessibile, con contratto collettivo privo di efficacia *erga omnes* viene, conseguenzialmente meno, la possibilità di imporre vincoli rigidi alle imprese straniere.

Ciò non deve sorprendere. Va detto che, la direttiva 96/71/CE, relativa al distacco dei lavoratori nell'ambito di una prestazione di servizi, è stata pensata non come uno strumento di garanzia dei *posted workers*, bensì come attuazione e specificazione dell'art.49 TCE. Il cuore pulsante della direttiva è rappresentato dall'art.3: "*ai fini della presente direttiva... la tariffa minima salariale è definita dalle legislazione e/o dalle prassi nazionali dello Stato membro*" presso il quale il lavoratore è temporaneamente distaccato. Ora, già tale riferimento normativo indica l'esclusione delle tariffe minime salariali dalle competenze comunitarie in materia sociale creando, di fatto, i presupposti per una concorrenza al ribasso tra ordinamenti nazionali. Ben si comprende in questo contesto quale possa essere il destino dell'interesse generale alla tutela dei lavoratori perseguito (ma solo in linea di principio!) dalla comunità e posto dalla Corte sullo stesso piano dell'interesse delle imprese alla libera prestazione dei servizi. Certamente tale auspicata contrattazione al ribasso risulta funzionale al diritto dell'impresa rispetto al

quale è preordinato l'art. 49. Le conclusioni alle quali è giunta la Corte non possono sorprendere se si volge lo sguardo all'*escamotage* congeniato dalla Corte di giustizia: in mancanza di un "*sistema di dichiarazione di applicazione generale dei contratti collettivi*" è riservata allo Stato membro la scelta se ritenerli tali o meno, a condizione che ciò non produca un ingiustificato trattamento tra imprese operanti nel medesimo settore e sullo stesso territorio.

6.4. Conclusioni

Dal momento che la Corte di giustizia configura dei limiti comunitari all'azione sindacale, l'impresa "straniera", titolare della libertà economica fondamentale, lesa nel suo diritto fondamentale, ha diritto ad essere tutelata qualora quei limiti vengano superati. Discende da ciò la necessità di improntare una tutela effettiva, stabilendo chi è responsabile e di cosa nei suoi confronti.

L'esercizio di un'azione sindacale non conforme alle regole del mercato interno può configurare almeno due tipi di responsabilità, o una responsabilità indiretta dello Stato nel quale l'azione si è consumata o è stata

tentata; ovvero una responsabilità diretta di chi l'azione pone in essere
ovvero dei lavoratori e del sindacato proponente.

6.4. La responsabilità indiretta dello Stato

Nel riproporre le conclusioni alle quali la Corte di giustizia è giunta in fondo alle sentenze *Francovich, Brasserie du Pecheur e Factortame* si è detto che affinché possa sorgere un diritto al risarcimento per violazione di una norma comunitaria, è necessario che la violazione risulti *sufficientemente caratterizzata* ossia *manifesta e grave*. È evidente che dimostrare ciò nei casi in commento è cosa difficilmente fattibile. Tuttavia, la Corte ha avuto modo di sostenere che incombe sugli Stati membri *il dovere di cooperare nell'esecuzione degli obblighi derivanti dal Trattato ... di non porre in essere atti idonei ad ostacolare il commercio intracomunitario, ed anche di adottare tutti i provvedimenti necessari ed adeguati per impedire sul proprio territorio che i singoli compiano azioni che possano incidere sul detto commercio ...*¹¹³.

D'altro canto il Parlamento ed il Consiglio hanno avuto cura di trasporre le intenzioni della Corte in questo senso, nella più recente direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 dichiarando che: *“ è necessario eliminare gli ostacoli alla libertà di stabilimento dei prestatori di servizi negli Stati membri e alla libera circolazione dei servizi tra Stati membri nonché garantire (ai nostri fini è questa la parte dell'articolo 5 della summenzionata*

¹¹³ Corte di giustizia, sentenza del 9 dicembre 1997, Causa C- 265/95, *Commissione c. Francia*

direttiva che più interessa) *ai destinatari e ai prestatori la certezza giuridica necessaria all'effettivo esercizio di queste due libertà fondamentali del Trattato ...*". La stessa direttiva (art.64), assumendo come obiettivo principale la creazione di un vero mercato interno dei servizi stabilisce che è *necessario sopprimere le restrizioni alla libertà di stabilimento e alla libera circolazione dei servizi ancora presenti nella legislazione di taluni Stati membri e incompatibili, con gli articoli 43 e 49 del Trattato.*

Da tale angolo visuale appare chiaro ed incontrovertibile che, al fine di determinare la responsabilità indiretta dello Stato, decisivo rilievo assumerà il comportamento (attivo) delle autorità pubbliche nell'adempimento del corrispondente obbligo di evitare o limitare gli effetti pregiudizievoli prodotti dall'azione sindacale, nel caso di specie, sull'altrui libertà di circolazione. L'obbligo statale può, da tale angolo visuale, configurarsi come una sorta di obbligazione di mezzi e non di risultato posto che l'obiettivo dell'Unione è creare il mercato unico dei servizi e quello degli Stati membri di cooperare affinché ciò diventi possibile.

Ciò detto è indubbio che il fallimento dichiarato dalla società *Baltic* in seguito alla risoluzione del contratto di appalto che la legava con il comune di *Vaxholm* rappresenti un pregiudizio, un danno subito e lo stesso vale per la *Laval* che si è trovata costretta a richiamare a sé i, circa 30,

lavoratori precedentemente distaccati in Svezia. Dunque nel caso in cui sia configurabile una responsabilità indiretta dello Stato, il datore di lavoro danneggiato può sollecitare l'attivazione da parte della Commissione di una procedura d'infrazione ai sensi dell'art.226 TCE. Poniamo che una procedura d'infrazione fosse stata attivata prima che fosse intervenuta la sentenza *Laval*. Costituendosi di due fasi, una precontenziosa, l'altra contenziosa, è immaginabile che, già nel parere motivato della Commissione, lo Stato interessato avrebbe potuto prendere gli adeguati provvedimenti volti a porre fine al pregiudizio in corso. Conseguenzialmente, la Corte non si sarebbe trovata costretta a bilanciare alcunché, suscitando, come ha fatto, lo scalpore che si è avvertito nei salotti più attenti di tutta Europa.

7.6. Considerazioni aggiuntive

Opinando contrariamente e pensando di configurare, viceversa, una responsabilità di chi l'azione illegittima ha posto in essere, vengono alla luce una serie di problematiche di non poca importanza e di non semplice soluzione ¹¹⁴. Pensare che il datore di lavoro possa esperire un'azione per danni nei confronti della controparte, dovrebbe dirigere tale volontà o nei confronti dei lavoratori o nei riguardi dell'associazione sindacale (che pur sempre di lavoratori è costituita). Nel primo caso, il lavoratore coinvolto in uno sciopero contrario al diritto comunitario si troverebbe esposto al rischio di vedersi comminate una o più sanzioni disciplinare ovvero di essere licenziato, con tutte le conseguenze del caso. Il rapporto di lavoro regolato dal contratto di riferimento verrebbe così travolto dagli effetti devastanti di un'impostazione così pensata.

In Italia le problematiche connesse ai profili della responsabilità "comunitaria" da sciopero illegittimo suggeriscono di rivedere le conclusioni alle quali si era giunti negli anni settanta, sfociate della sentenza n.711/1980 della Corte di Cassazione che, identificando la "produttività" come limite

¹¹⁴ Sul punto cfr. G. ORLANDINI, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*. Lo scritto riproduce il testo della relazione introduttiva al Workshop "The Viking, Laval and Ruffert Cases: Freedom and Solidarity in a Market from Conflict?" tenutosi a Bari il 27 giugno 2008

esterno, non fornì alcuna chiara spiegazione in ordine al titolo in base al quale pretendere il risarcimento (responsabilità extracontrattuale o contrattuale?). Nell'ultimo ventennio in merito alla responsabilità per sciopero il dibattito si è esclusivamente concentrato sulle ipotesi contemplate dal legislatore italiano nella legge numero 146/1990 posta a presidio dei servizi pubblici (essenziali).

Il quadro risulta chiaramente complesso, in particolar modo se si fa caso alla circostanza che i danni, nelle sentenze *Viking* e *Laval*, sono stati chiesti all'organizzazione sindacale e non ai lavoratori. Il che è accettabile in virtù della natura del diritto di sciopero propria dei sistemi svedese e finlandese. In Italia, occorre ricordare, che il diritto di sciopero è riconosciuto al singolo lavoratore in quanto tale, un diritto soggettivo il cui esercizio avviene collettivamente in virtù dello squilibrio di poteri che esiste tra la parte datoriale ed il lavoratore.

Lo scenario in larga parte descritto fotografa lo *status quo* non per ciò solo immutabile; anzi i molteplici profili critici impongono un ripensamento delle categorie tradizionali chiamando a sé tutti gli attori protagonisti del processo di integrazione europea di modo da creare un sistema più rassicurante per i lavoratori e più rispettoso dell'autonomia collettiva.

Gli squilibri esistenti derivano, in primo luogo, da quel *bilanciamento sbilanciato* tra libertà economiche e diritti sindacali che i giudici di Lussemburgo configurano applicando le vigenti fonti comunitarie. Certo è che le criticità fino ad ora rivelate verrebbero meno se si compiesse definitivamente quell'altro, parallelo e fondamentale *step*, che è il processo di costituzionalizzazione europea. Attribuire un valore, su di un piano assiologico, più elevato ai diritti della persona (ed in tal senso lo sciopero ed il correlativo diritto di intraprendere un'azione collettiva già rientrano nella categoria, in virtù del riferimento nei loro confronti operato dalla Carta di Nizza all'art.28) rispetto alle libertà economiche, permetterebbe di evitare quel pericoloso procedimento di bilanciamento che ha prodotto le due decisioni delle quali si sta ora trattando.

Che ciascuno degli Stati membri si sia impegnato a garantire, entro i propri confini nazionali, l'applicazione del diritto comunitario non v'è dubbio, pertanto dinanzi ad un ingiustificato immobilismo statale, come quello nei casi di specie, non vi è ragione di ritenere che non debba civilisticamente rispondere anche lo Stato che legiferando può comprimere, nei limiti, l'esercizio dell'attività sindacale. Né in *Viking* né in *Laval* lo Stato ha ostacolato o vietato, un'attività soggetta al suo controllo che si è svolta in violazione della libertà fondamentale che esso è tenuto a tutelare. Come

ha avuto modo di osservare la dottrina¹¹⁵ più attenta e sensibile, *in tali ipotesi il rimedio orizzontale non può che essere quello indiretto, ossia la responsabilità civile dello Stato*. Da quest'ultimo punto di vista, è bene preliminarmente evidenziare che non sono i contenuti delle libertà fondamentali ad entrare in conflitto con i contenuti dei diritti fondamentali, bensì il motivo che soggiace all'utilizzo della libertà fondamentali. In altri termini può accadere che la libertà venga richiamata per giustificare l'operazione compiuta e nascondere l'intenzione di accedere alla legislazione nazionale più permissiva. Siffatta tesi, stando alle parole degli avvocati generali, trovano conferma nelle tesi sostenute dall'avvocato generale Mischo¹¹⁶ che scrive: *"i giudici nazionali devono adempiere il proprio obbligo di garantire un'effettiva tutela dei diritti attribuiti ai privati dal diritto comunitario ... disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti dalla legge interna, sia anteriore sia successiva alla norma comunitaria..."*. Inoltre, la Corte si è trovata ad affermare che non esiste alcun ostacolo nell'intentare contro lo Stato un'azione risarcitoria, a

¹¹⁵ Sul punto cfr. E. NAVARRETTA, *Libertà fondamentali, diritti inviolabili e contratto*

¹¹⁶ Conclusioni dell'avvocato generale Mischo, Cause riunite C-6/90 e C-9/90, presentate il 28 maggio 1991

fondamento della quale risulta sufficiente l'efficacia diretta di una disposizione del diritto comunitario¹¹⁷.

La giurisprudenza sulla quale mi sto abbastanza lungamente soffermando riguarda, sempre, norme di diritto comunitario direttamente efficaci. L'efficacia diretta viene dunque a rappresentare quasi una *condicio sine qua non*. Le libertà fondamentali, costitutive, poste alla base dell'ordinamento comunitario sin dagli albori senza ombra di dubbio sono dotate di efficacia diretta. E, pertanto, indefettibilmente, necessitano di garanzie appropriate da predisporre all'interno dei singoli ordinamenti nazionali. È anche vero che può accadere che un ordinamento si doti dapprima di un mezzo piuttosto che di un altro, tuttavia, nessuno può sottrarsi dall'obbligo di farsi tramite e garante dell'ordinamento comunitario. Ordinamento che vive e sopravvive in virtù di collaborazioni e relazioni intense con i singoli ordinamenti nazionali. Ove vengano a mancare siffatte sinergie sarebbe l'ordinamento comunitario nella sua totalità a venire meno.

Ad onore del vero la Corte ha anche elaborato una soddisfacente giurisprudenza, enucleando ipotesi di responsabilità dello Stato rispetto a violazioni di norme prive di efficacia diretta. La responsabilità dello Stato può da tale angolo visuale a) supplire all'impossibilità di munire di un effetto

¹¹⁷ Sul punto cfr. Corte di giustizia, 12 luglio 1990, Causa C-188/89, *Foster*

retroattivo i provvedimenti con cui lo Stato membro inadempiente intenda conformarsi ai proprio obblighi; b) nell'eliminazione effettiva degli inadempimenti e delle loro conseguenze passate e future.

L'inattività dello Stato è idonea a far sorgere una responsabilità a suo carico? Qualsiasi trasposizione non corretta di una direttiva costituisce violazione delle norme fondamentali del Trattato stesso, che obbligano gli Stati membri ad adottare tutti i provvedimenti necessari ai fini della corretta trasposizione delle direttive nell'ordinamento interno. La Corte ha avuto modo di accentuare l'importanza dell'obbligo risarcitorio proprio nelle ipotesi in cui l'efficacia di una norma comunitaria (nel nostro caso, la facoltà concessa e tacitamente riconosciuta alle imprese di avvalersi, scegliendo la normativa più favorevole anche se meno protettiva verso i lavoratori) sia subordinata al recepimento dell'ordine giuridico nazionale. Recepimento che può o totalmente mancare, ovvero risultare carente in una parte piuttosto che in un'altra.

Non dimentichiamoci che le libertà fondamentali sono state in passato anche vettori di istanza personalistiche attraverso le quali, anche la Corte, ha affermato la preminenza del diritto inviolabile della persona sulla libertà fondamentale economica oppure servono, *attraverso la loro proiezione orizzontale ad arricchire il ruolo di lavoratore o di prestatore di*

*servizi “della sua qualità di cittadino europeo”*¹¹⁸, come nelle sentenze *Bosman o Roccanelli*. È in quest’ambiente che occorre introdurre una disposizione di carattere generale che possa coprire gli spazi di tutela lasciati privi di protezione dalle norme in vigore, in grado di far applicare il principio della prevalenza della sostanza sulla forma.

8.4. Il contributo della Corte svedese

Nonostante l’intenso dibattito suscitato all’indomani delle sentenze *Laval e Viking*, insieme con *Ruffert* e *Commissione c. Lussemburgo*, la questione della azioni esercitabili da un sindacato che organizza uno sciopero ammesso dal diritto nazionale, ma illegittimo per il diritto dell’Unione (la CGE ha statuito, infatti, che l’esercizio del diritto di sciopero, ampiamente riconosciuto come un diritto fondamentale , può violare in talune occasioni la libera prestazione dei servizi ed il diritto di stabilimento

¹¹⁸ E. NAVARRETTA, *op. cit.*

previsti dal Trattato) è interrogativo non ancora risolto¹¹⁹. Tale aspetto è stato però affrontato dalla Corte del lavoro svedese (*Arbetsdomstolen*)¹²⁰.

Il principio di responsabilità dello Stato membro era stato applicato per la prima volta in *Francovich*, per poi essere sviluppato dalla giurisprudenza successiva della Corte¹²¹. In *Brasserie du Pecheur e Factortame* la Corte così si esprime: “ *l’applicazione del principio secondo cui gli Stati membri sono tenuti a risarcire i danni causati ai singoli dalle violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili non può essere esclusa qualora la violazione riguardi una norma di diritto comunitario direttamente efficace.*”.

Secondo una ormai consolidata giurisprudenza comunitaria è stato in più

¹¹⁹ Sul punto cfr. anche, Jonas MALMEBERG in, *I Rimedi nazionali contro le azioni collettive intraprese in violazione del diritto dell’Unione. Il caso svedese*, pubblicato in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 131, 2011, 3, pp. 371- 384. La traduzione dall’inglese è di Giovanni Gruni, Università di Oxford.

¹²⁰ Sentenza della Corte del lavoro n. 89/2009. Una traduzione non ufficiale della sentenza è disponibile sul sito: <http://arbetsratt.juridicum.su.se/Filer/PDF/ErikSjoedin/AD%202009%20nr%2089%20Laval%English.pdf> . La Corte del lavoro svedese è il foro di ultima istanza per le controversie in materia di diritto del lavoro e le sue sentenze non possono essere impugnate. Tuttavia, una sentenza della Corte del lavoro, come ogni sentenza passata in giudicato può, in presenza di certe condizioni, essere modificata dalla Corte suprema svedese attraverso procedure straordinarie. In particolare, può essere concesso un ricorso per difetto sostanziale (*resning*) ove l’applicazione del diritto alla base della sentenza sia manifestamente incompatibile con una norma dell’ordinamento nazionale. Inoltre, una sentenza passata in giudicato può essere annullata per gravi errori procedurali che abbiano inciso sul risultato del caso (*domvilla*). Ricorso alla Corte suprema v p effettivamente stato, per il motivo di cui sopra, tuttavia la Corte suprema con decisione n. 2181/10 del 6.7.2010 non ha accolto il ricorso.

¹²¹ Corte di giustizia sentenza del 19.11.1991, Cause C-6/90 e C-9/90, *Francovich*. Vedi anche, Cause C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pecheur SA contro Repubblica federale di Germania e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*; C-224/01, *Kobler*.

occasioni riconosciuto il diritto di un singolo a richiedere il risarcimento dei danni da parte di un altro individuo in base ad una violazione *sufficientemente caratterizzata* di una norma di diritto europeo¹²². È evidente che le conclusioni in *Raccanelli e Courage e Manfredi* non sono necessariamente applicabili a tutte le ipotesi di violazione di una norma comunitaria di un singolo individuo in danno di un altro a meno che non risulti rilevante assumere che la norma violata sia norma europea dotata di efficacia diretta orizzontale. La Corte spiega che “ (*il diritto europeo non impone*) agli Stati membri ... un provvedimento determinato in caso di violazione del divieto di discriminazione, ma lascia loro la libertà di scegliere fra le varie soluzioni atte a consentire lo scopo di tali rispettive disposizioni, in relazione alle diverse situazioni che possono presentarsi...”¹²³. Diventa a questo punto fondamentale, però, stabilire se la norma nazionale, ove esista, che limita il ricorso al risarcimento del danno non renda a sua volta eccessivamente difficoltoso l’esercizio del diritto europeo (principio di effettività).

¹²² Sul punto cfr. Corte di giustizia, Causa C-94/07, *Raccanelli*; Corte di giustizia, Causa C-453/04, *Courage*; Corte di giustizia, Causa C-295/04, *Manfredi*.

¹²³ Corte di Giustizia in *Raccanelli*, Causa C- 94/07, punto 50

Nello stabilire il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione la Corte ha anche enucleato tre condizioni: la norma di diritto europeo violata è preordinata ad attribuire diritti ai singoli; la violazione è sufficientemente seria (manifesta); sussiste un nesso causale diretto tra questa violazione ed il danno subito dalla parte lesa. La Corte del lavoro svedese ha, poi, riconosciuto un principio generale di diritto dell'Unione in base al quale il risarcimento del danno può essere riconosciuto non solo contro lo Stato ma anche tra i privati nel caso di una violazione di una disposizione del Trattato avente efficacia diretta orizzontale (nei casi in commento è l'art. 56 TFUE). L'esistenza di un tale principio, avvertono Rebecca Zahn e Bruno Witte ¹²⁴, pone dei seri problemi dal punto di vista della certezza del diritto. Come spiega Drake ¹²⁵ “ *l'introduzione del principio della responsabilità dello Stato in Francovich ha sollevato un dibattito sul se (la Corte di giustizia) debba riconoscere anche il diritto al risarcimento nei confronti dei privati (distinto dal risarcimento nei confronti dello Stato membro) laddove siano violati diritti comunitari aventi efficacia diretta e sia provocato un danno*”. Un principio che così come

¹²⁴ Rebecca ZAHN e Bruno WITTE, *La prospettiva dell'Unione Europea: Dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, pubblicato in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 131, 2011, 3, pp. 433- 446.

¹²⁵ S. DRAKE, *Scope of Courage and the Principle of “ Individual Liability “ for Damages: Further Development of the Principle of Effective Judicial Protection by the Court of Justice*, ELR, 2006, p. 846 ss.

enunciato dalla Corte del lavoro svedese non ha mai trovato un riconoscimento da parte della Corte di giustizia che sia nelle sentenze *Courage* e *Manfredi* ha sì riconosciuto il diritto in capo alla parte lesa di ottenere il risarcimento per violazione di una delle disposizioni del Trattato ma, comunque, relative al diritto della concorrenza. Lo stesso vale per quanto concerne il caso *Raccanelli* come giustamente affermato da Malmberg¹²⁶.

Il tema della responsabilità per danni derivanti da uno sciopero ammesso dalla normativa nazionale ma illegittimo per violazione di una norma di diritto europeo è di quelli che non può passare inosservati. Ma, quale sarebbe la decisione del giudice italiano dinanzi alla richiesta di una impresa italiana che decida di chiedere ristoro dei danni subiti da un'azione collettiva intrapresa in violazione di una delle libertà fondamentali previste dal Trattato? Occorre ricordare che nel momento in cui il giudice nazionale viene chiamato a fornire un rimedio alla parte che si ritiene lesa, egli si trova ad intraprendere un percorso cognitivo dagli esiti non del tutto prevedibili, ma la cui direzione è stata tracciata da una ormai consolidata giurisprudenza comunitaria. In assenza di strumenti di tutela giurisdizionale esplicitamente posti a presidio dalla normativa comunitaria violata, il giudice nazionale è

¹²⁶ Jonas MALMBERG, *op. cit.*

chiamato a fornire un rimedio che possa in qualche modo considerarsi un idoneo compromesso tra le esigenze di piena effettività del diritto sovranazionale da un lato, e, dall'altro, l'autonomia procedurale nazionale¹²⁷. Una massima tracciata dalla Corte di Lussemburgo afferma, in proposito, che: *“ le modalità procedurali ¹²⁸ dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza), né devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio di diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)”*¹²⁹ . Pertanto, si potrebbe anche dire che al giudice nazionale spetti il compito di creare, ove completamente assenti ovvero, se presenti, inadeguati a garantire l'effettività del diritto sovranazionale, “nuovi rimedi”¹³⁰ procedurali. Ai

¹²⁷ Cfr. Antonio LO FARO in *Responsabilità e Sanzioni Per Sciopero Illegittimo: Cambia Qualcosa in Italia dopo Laval?*, pubblicato in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 131, 2011, 3, pp. 419- 432.

¹²⁸ Secondo A. LO FARO “ per modalità procedurali si intende l'intero apparato rimediale, comprensivo dei profili propriamente processuale e di quelli attinenti alla sanzione applicabile e/o al risarcimento dalla parte lesa ottenibile” .

¹²⁹ Corte di giustizia, sentenza del 15.4.2008, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e al.*, Causa C- 268/2006.

¹³⁰ Così ebbe modo di esprimersi la Corte di giustizia nella sentenza del 13.3.2007, Causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern*. Il caso riguardava la disponibilità in ambito nazionale di mezzi di ricorso esperibili avverso provvedimenti ritenuti in contrasto con il diritto comunitario. Il principio enunciato dalla Corte va oltre il mero riferimento ai “mezzi di impugnazione”, intesi come strumenti di

sensi dell'art. 4, commi 1 e 2, della l. n. 146/1990, come modificata, più o meno recentemente, dalla l. n. 83/2000, ai *lavoratori che si astengono dal lavoro in violazione delle disposizione dei commi 1 e 3 dell'art. 2 ... e nei confronti delle organizzazioni dei lavoratori che proclamano uno sciopero, o ad esso aderiscono* (sciopero di solidarietà) *in violazione delle disposizioni di cui all'articolo 2, sono sospesi i permessi sindacali retribuiti ovvero i contrinuti sindacali, ovvero entrambi, per la durata dell'astensione e comunque per un ammontare economico complessivo non inferiore a lire 5.000.000 e non superiore a lire 50.000.000 tenuto conto della consistenza associativa e della gravità della violazione* ¹³¹. Ora, detto ciò, occorre chiedersi, possiamo considerare la sanzione di cui all'articolo 4 della summenzionata legge il *rimedio* idoneo a garantire l'effettività del diritto europeo nei casi come quello considerato in Laval? Certamente no. Qui si tratta di rispondere ad una situazione potenzialmente precisa: lo sciopero che la Corte del lavoro svedese ha dovuto considerare risulta illegittimo, non in quanto illegittimamente condotto, come nel caso considerato dal

azione in giudizio, e, coinvolge l'intero apparato rimediale. Nella versione inglese, infatti, "mezzi di impugnazione" è reso con il termine "*remedies*".

¹³¹ Occorre precisare che la l. n. 146/1990 è rubricata "*Norme sull'esercizio del diritto di sciopero nei servizi pubblici essenziali e sulla salvaguardia dei diritti della persona costituzionalmente tutelati. Istituzione della Commissione di garanzia dell'attuazione della legge.*". Ai fini in parola tralascio il precipuo riferimento ai servizi pubblici essenziali, per la cui definizione rinvio all'art. 1 co. 1 della presente legge, e considero il rapporto con il principio di effettività sancito dalla Corte di giustizia

legislatore italiano nella legge del 1990, ma, contrario al diritto dell'Unione in quanto in danno di una delle libertà fondamentali sancite dal Trattato. Ancora, il sacrificio patrimoniale richiesto alternativamente al *lavoratore* o all' *organizzazione sindacale* protagonista dello sciopero illegittimo ¹³² non ha la funzione di ristorare la controparte datoriale dei danni subiti, quanto piuttosto quella di penalizzare economicamente i soggetti considerati responsabili del pregiudizio arrecato agli utenti. È evidente che la sanzione or ora richiamata non risponde alla richiesta di effettività del diritto comunitario. Il che si spiega agevolmente ove si considerano le ragioni che secondo la Corte rendono essenziale e co essenziale all'esistenza dell'ordinamento sovranazionale stesso : “ *L'obbligo degli Stati membri di garantire una protezione adeguata delle situazioni soggettive di origine comunitaria, (che) altro non è che l'espressione del loro obbligo generale di assicurare la conformità degli ordinamenti interni al diritto comunitario...*” ¹³³. Possiamo, perciò, concludere che è la piena effettività del diritto europeo ad imporre l'effettività del rimedio, non è la punizione del colpevole

¹³² O. Mazzotta, *op. cit.* , pag. 176

¹³³ Adelina ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001/1, pp. 41-61.

in sé l'obiettivo principale, bensì il ristoro economico della vittima ad essere al centro dell'attenzione dell'ordinamento sovranazionale.

L'eventualità che scioperi comunitariamente illegittimi possano richiedere l'irrogazione di sanzioni disciplinari a garanzia dell'effettività del diritto comunitario, cambierebbe, e non poco, il sistema italiano che storicamente ha da sempre assegnato un ruolo piuttosto marginale alla responsabilità risarcitoria di scioperanti e, ancor di più, di sindacati. Nonostante ciò, la Commissione ha proposto l'adozione di un *Libro bianco* nel quale testualmente si afferma che “ *il diritto delle vittime al risarcimento del danno è garantito dal diritto comunitario e che tutti i cittadini e tutte le imprese che subiscono un danno a seguito di un'infrazione delle norme ... comunitarie ... devono poter richiedere un risarcimento alla parte che ha causato il danno*”¹³⁴. I tratti salienti del sistema gius-sindacale italiano non possono essere così trascurati poiché, se un qualche effetto la sentenza Laval debba avere, allorché si tratterà di individuare i soggetti responsabili degli obblighi risarcitori conseguenti ad uno sciopero illegittimo, l'ordinamento italiano potrebbe presentare uno scenario alquanto diverso rispetto a quello presentatosi dinanzi alla Corte di lavoro svedese. A dover rispondere del danno potrebbero essere gli stessi scioperanti e non anche,

¹³⁴ *Libro bianco in materia di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie*, COM (2008) 165 del 2.4.2008

o non solo, il sindacato che ha promosso lo sciopero (illegittimo) con buona pace di coloro che, invece, credono o sperano di poter, per tale via, esercitare un qualche controllo sul sindacalismo italiano. Certo è che fin quando non sarà la Corte di giustizia a far chiarezza sul punto, la soluzione offerta dalla Corte di lavoro svedese, al momento, non obbliga nessuno ad adeguarsi alle sue conclusioni. *“In mancanza di una disciplina comunitaria spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario”*¹³⁵. la competenza degli Stati membri così configurabile dovrà in ogni caso essere rispettosa dei principi di effettività ed equivalenza sanciti nella locuzione *“tutela giurisdizionale effettiva”*. Andando a ritroso, nella sentenza *Union de Pequenos Agricultores* del 2002 si può leggere che: *“spetta agli Stati membri prevedere un sistema di rimedi giurisdizionali e di procedimenti inteso a garantire il rispetto del diritto ad una tutela giurisdizionale effettiva”*¹³⁶. In essa, la Corte ribadisce la necessità che i privati (siano essi persone fisiche o persone giuridiche) siano messi in condizioni di usufruire delle tutele necessarie ed usufruire concretamente di

¹³⁵Art.4 TUE

¹³⁶ Corte di giustizia, sentenza del 25 luglio 2002, Causa C- 50/00, *Union de Pequenos Agricultores c. Consiglio dell’Unione europea*, punto 41

ogni strumento. Porre le condizioni affinché ciò possa accadere è compito che grava sugli Stati membri che, ex art. 4 comma 3 del TUE, sono obbligati a porre in essere norme processuali idonei allo scopo. D'altronde i giudici di Lussemburgo hanno più volte ribadito che : “ *non spetta loro pronunciarsi sull'interpretazione del diritto interno, compito che incombe esclusivamente al giudice del rinvio, il quale deve, nella fattispecie, determinare se i requisiti di equivalenza e di effettività siano soddisfatti dalle disposizioni della normativa nazionale pertinenti*”¹³⁷. Occorre ribadire che la Corte del lavoro svedese ha, nell'occasione, applicato ai privati i principi del diritto dell'Unione relativi alla responsabilità dello Stato al fine di condannare al risarcimento dei danni l'organizzazione sindacale per aver, come è ormai a noi noto, intrapreso un azione collettiva, ammessa, lo sciopero, ma illegittima nel caso concreto.

Dal canto suo la Corte di giustizia nella sentenza *Laval* ha, in maniera più o meno condivisibile, non sta a me ora dirlo, fatto una distinzione fra responsabilità delle organizzazioni sindacali e responsabilità dello Stato membro. Essa, oltre ad affermare che è preclusa ai lavoratori la possibilità di indurre un prestatore di servizi a concludere un certo contratto collettivo piuttosto che un altro per il tramite di azioni collettive in ogni loro forma, ha,

¹³⁷ Corte di giustizia, sentenza del 29 aprile 2009, Causa C- 378/07, *Angelidaki e a.*, punto 163.

anche affermato che: “ *se i minimi salariali non sono determinati in uno dei modi di cui all’art. 3, nn. 1 e 8 della direttiva 96/71, lo Stato membro non ha il diritto di imporre alle imprese, stabilite in altri Stati membri, nell’ambito di una prestazione di servizi transnazionale, una trattativa caso per caso sul luogo di lavoro*¹³⁸. È dunque allo Stato membro, qualora non abbia provveduto a trasporre correttamente la direttiva , a dover essere addebitata la mancanza. Poiché è lo Stato membro che non ha attuato la direttiva, è sempre lo stesso a dover essere ritenuto responsabile.

In entrambi i casi di partenza del discorso che precede, *Viking e Laval*, la Corte sembra ritenere le organizzazioni sindacali direttamente vincolate al rispetto delle libertà di circolazione e di prestazione dei servizi come sancite dal Trattato. Resta da domandarsi se le disposizioni/sanzioni che colpiscono lo Stato membro possono ritenersi applicabili anche ad organizzazioni siffatte. Si può solo desumere, come sostengono Rebecca Zahn e Bruno de White¹³⁹, che la Corte abbia così stabilito in quanto essa considera *i sindacati organizzazioni quasi statali* di guisa che risultino vincolate agli stessi obblighi imposti agli Stati membri, ovvero, abbia voluto

¹³⁸ *Laval, cit. punto 71.*

¹³⁹ Rebecca ZAHN e Bruno de WITTE in *La prospettiva dell’Unione europea: dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, pubblicato in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 131,2011,3, pp. 443 e ss.

riconoscere alle libertà previste nel Trattato una totale efficacia diretta orizzontale. E se così fosse seguirebbe che non solo lo Stato membro o il sindacato ma chiunque potrebbe essere ritenuto responsabile per la violazione di una delle libertà del mercato, il che porterebbe ad una situazione di *total market*¹⁴⁰ inaccettabile considerando anche gli obiettivi che la comunità si è di volta in volta imposta e ha riconosciuto in varie dichiarazioni (in primis il compito di promuovere e coordinare serie politiche sociali). La prima e meno plausibile interpretazione pecca di una errata considerazione delle organizzazioni sindacali. La natura dei sindacati non ha nulla a che vedere con quanto si è presunto. Il risultato dell'errata interpretazione che vede i sindacati come attori regolamentari è che il sistema delle organizzazioni sindacali è destinato a complicarsi ogni qual volta si ha a che fare con una controversia transnazionale in materia di lavoro: da un lato l'impresa/datore di lavoro invoca che sia a lui garantita la libertà che assume invece violata; dall'altro i sindacati, fortemente penalizzati nel momento in cui sono chiamati a dimostrare che l'azione intrapresa serve ad un obiettivo di ordine pubblico più ampio.

¹⁴⁰ Questa espressione è tratta da H. SHEPEL, *Who's Afraid of the Total Market? On the Horizontal Application of the Free Movement Provision in EU law*. In: Lianos I., Odudu O., eds., *Regulating trade in services in the EU and the WTO. Trust, distrust and economic integration*.

In altri termini, fintantoché la Corte di giustizia non risolve definitivamente la questione non può neanche sorprendere la soluzione adottata dalla Corte del lavoro svedese nella parte in cui ha risolto la “domanda” sulla responsabilità, continuando in questa faticosa ed avventurosa interpretazione. Dato che in tale ambito il legislatore europeo non può legiferare, la controversia deve assumere la forma di nuovi ricorsi alla Corte di giustizia che, chiamata a rispondere, dovrà certamente fornire una spiegazione più convincente del perché ha deciso le sentenze *Viking* e *Laval* nel modo in cui ha fatto, senza, dimenticare, se possibili, i contributi che dal 2007 ad oggi ha dato la Corte dei diritti dell’uomo quasi nello stesso ambito. Non sarà forse il caso che la Corte di giustizia riconsideri le sue stesse pronunzie?

La competenza procedurale degli Stati membri viene intesa dalla Corte di giustizia come “autonoma” nella misura in cui è lasciato agli Stati membri la scelta dei mezzi finalizzati a garantire l’effettività del diritto UE e, ove il caso, sanzionare la violazione. Ne consegue che né il primato, né l’effetto diretto del diritto UE entrano in gioco direttamente in relazione all’autonomia procedurale degli Stati membri, se non in rarissime ipotesi. Essi entrano, tuttavia, in gioco in modo indiretto, attraverso il meccanismo

dell' *effetto utile dell'effetto diretto* ¹⁴¹. L'effetto utile concerne quelle norme di diritto sostanziale emanate dall'UE che, seppur dotate delle caratteristiche dell'effetto diretto necessitano un comportamento attivo degli Stati membri affinché i loro effetti possano pienamente esplicarsi.

Stando alle parole della Corte di giustizia¹⁴² l'obbligo in capo agli Stati membri in ordine al risultato (garantire l'effettività in tutti i casi in cui il diritto UE risulti direttamente o indirettamente violato) , risulterebbe adempiuto quando risultino utilizzati gli strumenti procedurali già esistenti nel diritto nazionale, estendendone eventualmente l'ambito di applicazione per ricomprendervi fattispecie comunitariamente rilevanti. In altre occasioni, anche più recenti, la Corte richiama, dunque, il principio di effettività come un vero e proprio limite all'autonomia procedurale degli Stati membri. Principio, come detto, ma vale la pena ribadire, implica, in questo specifico contesto, l'impossibilità di applicare le procedure nazionali

¹⁴¹ L'espressione si deve a J. Mertens De WILMARS, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers cit.*, p. 381.

¹⁴² Cfr. CGUE sentenza del 14 dicembre 1995, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*; CGUE, sentenza del 24 ottobre 1996, Causa C-72/95, *Aanemarsbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e altri c. Gedeputeerde Staten van Zuid- Holland*; CGUE, sentenza del 7 giugno 2007, in cause riunite C-222/05 a C-225/05, *J. Van Der Weerd, B.J. van Middendorp c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*; CGUE, sentenza del 6 ottobre 2009, Causa C- 40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira*.

in maniera da rendere *praticamente impossibile o eccessivamente difficile* il ristoro della parte lesa in seguito ad una violazione del diritto dell'Unione. Cosa renda *praticamente impossibile o eccessivamente difficile* o quando ciò accada, la Corte non lo ha precisato, tuttavia, si può ritenere elusiva del *dictat* suscitato quell'atteggiamento di molte Corti nazionali che rendono vano lo sforzo della parte o assegnano ristori irrisori alla luce del danno subito.

9.4. Le parti interessate: posizioni e osservazioni

Le sentenze *Viking* e *Laval*, come si è avuto modo più volte di dire, hanno suscitato un intenso dibattito, in ordine alle conseguenze della libera prestazione dei servizi e della libertà di stabilimento per la tutela dei diritti dei lavoratori. Le richieste principali avanzate da coloro che considerano entrambe le decisioni *antisociali* si sostanziano per lo più nel Rivedere, dapprima, la direttiva sul distacco dei lavoratori, per includervi un riferimento al principio *uguale retribuzioni per lavori di uguale lavoro* e, *in secundis*, nel dotare il Trattato di un protocollo sul progresso sociale che affermi la prevalenza dei diritti sociali fondamentali sulle libertà economiche.

La questione non è affatto superflua, la mobilità del lavoro, specie in alcuni paesi e settori, sta diventando un fenomeno in estensione. Stando alle ultime statistiche, i lavoratori distaccati sono in numero significativo in Germania, Francia, Lussemburgo, Belgio e Polonia. Il distacco ha acquisito un'importanza economica straordinaria permettendo di ovviare a carenze temporanee sull'offerta di manodopera così consentendo lo sviluppo del commercio internazionali di servizi, con tutti i vantaggi derivanti dal mercato unico (maggiore concorrenza, incrementi di efficienza, ecc.).

Nel 2010 il Comitato economico e sociale europeo ha adottato un parere sulla *"dimensione sociale del mercato unico"*¹⁴³ in cui chiede un'applicazione più efficace della direttiva 96/71/CE e si dichiara favorevole a un'iniziativa della Commissione *che* chiarisca gli obblighi giuridici delle autorità nazionali: *" Il CESE è favorevole a un'iniziativa della Commissione che chiarisca gli obblighi giuridici delle autorità nazionali, delle imprese e dei lavoratori nel quadro dell'attuazione della direttiva sul distacco dei lavoratori e garantisca che tali disposizioni siano applicabili in maniera universale ... Sulla base dei contributi offerti dalle rispettive parti sociali , la Commissione ha adottato il 13 aprile 2011 la comunicazione "L'atto per il mercato unico – Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia"*

¹⁴³ Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema *"la dimensione sociale del mercato interno"* (parere d'iniziativa) (2001/C 44/15)

¹⁴⁴. Tra le dodici leve che figurano vi è quella riguardante la “ *legislazione destinata a migliorare e rafforzare il recepimento, l’applicazione e il rispetto nella pratica della direttiva sul distacco dei lavoratori, comprensiva di misure per prevenire e **sanzionare** qualunque abuso o elusione delle norme applicabili e affiancata da **una legislazione mirante a chiarire l’esercizio delle libertà di stabilimento e di prestazione di servizi accanto ai diritti sociali fondamentali** ”.*

L’ostacolo difficilmente superabile sta in ciò, nella diversità e rispetto a profili sostanziali e rispetto a profili procedurali di una normativa in tema di responsabilità dovute o a ragioni strettamente connesse alla natura dell’ordinamento giuridico o alla evoluzione storico- giuridica che ha da sempre connotato e distinto ciascuno Stato membro dell’Unione. Tra l’alternativa responsabilità dello Stato- responsabilità dell’organizzazione proponente, è ugualmente configurabile una responsabilità mista che consideri entrambi i soggetti. Lo Stato per non aver applicato correttamente la direttiva o per non aver collaborato al fine di creare un mercato unico; l’organizzazione sindacale per aver indetto lei stessa uno sciopero illegittimo per il diritto comunitario.

¹⁴⁴ COM (2011) 206

10.4. Il principio “comunitario” della responsabilità: un mezzo per colmare una lacuna nella tutela dei diritti oppure un principio dalla portata più ampia ?

Quando il tema è stato affrontato, specificatamente da *Francovich*, la Corte non ha mancato di precisare che il principio della responsabilità è un principio *inerente al diritto comunitario*, affermazione di carattere generale, valida per qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario. Il risultato è: da una parte si rimedia all’inadempienza o alla poca lungimiranza dello Stato; dall’altro, si garantisce al singolo una tutela effettiva dei diritti. In ogni caso, è l’efficacia della norma che ne esce rafforzata, dunque, l’efficacia del sistema complessivamente considerato. Nelle sue conclusioni Giuseppe Tesaro¹⁴⁵ correttamente sostiene che una *violazione di una norma crea uno squilibrio, che consiste nella riduzione o nell’annullamento della situazione giuridica colpita; è indubbio che ogni situazione giuridica colpita ha un contenuto sostanziale ed un contenuto patrimoniale normalmente quantificabile*. Sanzionare la violazione significa ripristinare il contenuto sostanziale messo in discussione e, ripristinandone il contenuto patrimoniale, garantire il singolo titolare del diritto.

¹⁴⁵ Conclusioni dell’avvocato generale Giuseppe Tesaro presentate il 28 novembre 1995, Cause riunite C-46/93 e C-48/93

L'insieme delle regole sino ad ora enunciate è conforme ai principi comuni in tema di responsabilità dell'amministrazione pubblica generalmente presenti negli ordinamenti nazionali. Nella sentenza *Dillenkofer* del 1996 la Corte torna sulla questione della presunta necessità di un accertamento preventivo del mancato rispetto del diritto comunitario da parte dello Stato e ribadisce quanto già affermato in *Brasserie du pecheur*: " non si può subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento imputabile allo Stato", sottolineando così che l'azione di responsabilità contro lo Stato ha un carattere del tutto autonomo, proprio come l'azione di responsabilità contro la Comunità prescinde da una previa azione di annullamento dell'atto che ha cagionato il danno da risarcire.

Pertanto, dalle esigenze relative alla tutela dei diritti dei singoli che fanno valere il diritto comunitario deriva che essi devono avere la possibilità di ottenere la riparazione del danno originato dalla violazione di questi diritti. Vi è anche di più. È noto che, nella maggior parte degli ordinamenti, in determinanti casi si compensa la riduzione patrimoniale subita dal singolo per effetto di un'attività perfettamente lecita, in quanto posta in essere senza alcuna violazione di una norma *agendi*. Nelle pagine che precedono non si vuole trattare la questione inerente alla legittimità o illegittimità di azioni collettive come quelle intraprese nei casi *Viking e Laval* bensì di

mettere a fuoco quali potrebbero essere le reazioni dell'ordinamento comunitario a fronte di un atteggiamento ostile delle organizzazioni sindacali rispetto ai principi-guida, attitudini dell'ordinamento comunitario stesso. Pensare di creare un mercato unico al cui interno garantire effettivamente la circolazione di beni, capitali e persone senza rinunce di alcun tipo è impensabile.

Inoltre resta da chiederci, su di un piano strettamente civilistico, un eventuale contratto collettivo concluso all'indomani di uno sciopero dichiarato illegittimo poiché in violazione di una norma comunitaria, verso quale sorte andrebbe?

Conclusioni

Ormai è davanti agli occhi di tutti che la normativa di derivazione comunitaria abbia raggiunto ambiti e settori sempre più ampi. Dalle direttive sulla responsabilità per i prodotti difettosi fino a ricomprendervi la più gran parte dei rapporti *orizzontali*.

Nell'ampio settore dei rapporti civilistici, la copiosa produzione normativa (integrata dalla giurisprudenza) comunitaria è all'origine di un duplice effetto : da una parte ha promosso la riforma di interi filoni della disciplina contrattuale colmando delle vere e proprie lacune lasciate dal legislatore nazionale; dall'altra, ha introdotto una sorta di doppia velocità nell'evoluzione del diritto privato in particolar modo in quei settori in cui la tutela dei diritti, di volta in volta individuati, risulta direttamente proporzionale al processo di evoluzione sociale.

Il compito del giudicante nazionale, dunque, già avvezzo a districarsi tra codificazioni prerепublicane, leggi speciali e principi costituzionali, si arricchisce di contenuto e di responsabilità con l'avvento della disciplina comunitaria nei rapporti economici e le innumerevoli pronunzie della Corte di giustizia che contribuiscono ad ampliare, e non poco, il novero di conoscenze che oggi si richiedono in possesso dell' organo giudicante. Un

mercato unico può instaurarsi soltanto ove venga creato un complesso di regole uniformi, in grado di assicurare una soddisfacente allocazione delle risorse mediante interventi mirati che eliminano situazioni di debolezza negoziale e che assicurino un effettivo esercizio della libertà di contrattazione, di circolazione di servizi e capitali in ambito sovranazionale. Non a caso l'attività regolatrice della Corte di giustizia è andata proprio in questo senso. La sentenza della Corte cost. dell'8 giugno 1984 n.170, *Granital*, che ha chiuso un'annosa questione che per venti anni aveva contrapposto la nostra corte costituzionale e la Corte di giustizia di Lussemburgo, autorizza i nostri giudici interni a disapplicare le norme nazionali in contrasto col diritto comunitario.

Le operazioni di bilanciamento, alle quali la Corte di giustizia ci ha recentemente abituato a partire dalle note sentenze del 2007, ripropongono, senza per nulla risolvere, lo stesso problema: è corretto o quanto meno accettabile, equiparare le quattro libertà (o solo alcune di esse, all'occorrenza!) ai diritti fondamentali della persona? Il rischio potenziale è sempre lo stesso, ottenere pronunce discordanti nella misera eventualità che la libertà venga o non venga in contrasto con uno o con un altro diritto. È evidente che, allorquando la libertà fondamentale entri in contrasto con un diritto del lavoratore, la dimensione personalistica

riemerge. Accettando questo meccanismo si accetta qualsivoglia tipo di manipolazione purché funzionale all'obiettivo.

Il problema della tutela dei diritti dei lavoratori nell'ambito europeo in realtà travalica i confini della gerarchia tra fonti e propone soprattutto un problema sostanziale che, a parere di chi scrive, risiede nella ambigua posizione delle istituzioni europee, avvalorata dalla Corte di Giustizia, in ordine alla attuale formulazione delle libertà di stabilimento e prestazione dei servizi quando esercitate da datori di lavoro con il chiaro intento di eludere i più alti costi sociali negli stati maggiormente attenti alle dinamiche tra posizioni naturalmente e storicamente contrapposte.

Il dialogo sociale europeo appare, dunque, incapace non solo di provocare interventi legislativi più o meno pertinenti, ma anche solo di raggiungere una razionalizzazione del vecchio *corpus "iuris"*. Il *focus* dell'azione europea è ormai incentrato sull'*austerity* e sul contenimento dei costi e gli ultimi Accordi, prodotti di un'attività riparatrice a margine di una crisi diffusa, dimenticano completamente la dimensione dei diritti sociali e quando, al contrario, tentano di recuperarla, lo fanno lasciando, alla sempre più inadeguata competenza nazionale, il compito di garantire una qualche forma di solidarietà ed uguaglianza il più possibile rispettosa delle più semplici posizioni soggettive (tutela dei diritti minimi). Guardando alla

realtà, la Corte ha difeso, senza convincere, le regole essenziali del sistema economico europeo e cioè le libertà comunitarie e il diritto di concorrenza e di libera circolazione, a scapito di diritti collettivi di primaria importanza, quali il diritto di azione collettiva (a ben poco è servito il Regolamento della Commissione europea sul diritto di intraprendere azioni collettive). Il motivo? Ancora una volta, finiamo con lo scontrarci contro la *vexata quaestio* della mancata costruzione di un *welfare* europeo sicuro e solido, che preveda quanto meno trattamenti minimi omogenei per tutti gli Stati e che quindi sia capace di limitare *ab origine* interpretazioni poco convincenti, ed i pericoli di *social dumping* tra paesi membri. Ad oggi, non possiamo esimerci dal non pensare che *“una siffatta articolazione analitica fa pensare ad un rapporto in cui i diritti fondamentali e le libertà fondamentali sono gerarchicamente subordinati alle libertà fondamentali e le libertà fondamentali di conseguenza possono essere limitate solo con l’ausilio di un motivo giustificativo...”*¹⁴⁶. Non sarà forse il caso di dare maggiore credito alla più coraggiosa Corte Europea dei Diritti dell’Uomo che, prima nel 2008 con *Emir*, e poi nel 2009 con *Enerji Yapi*, ha stabilito che rientrano nell’alveo di protezione della *Convenzione dei diritti dell’uomo* anche i diritti sindacali

¹⁴⁶ Conclusioni dell’Avvocato Generale Verika Trstenjak presentate il 14 aprile 2012, punto 184.

ivi compreso lo sciopero? La Corte EDU, tra l'altro, ha condannato la Turchia per aver limitato tali diritti nei confronti di dipendenti pubblici.

Le prospettive sin qui dischiuse dalla Corte di giustizia certamente non sembrano ottimistiche, tuttavia barlumi di speranza si vedono all'orizzonte. Certamente l'entrata in vigore della Carta dei diritti fondamentali alimenta la speranza che le valutazioni delle Corti europee si fondano su un effettivo equilibrio tra i valori in gioco aspettando che i diritti sociali assurgano al medesimo livello di riconoscimento costituzionale che storicamente è stato assegnato alle libertà economiche. La definizione di UE come economia sociale di mercato dovrebbe essere proprio la sintesi di una più equilibrata considerazione tra istanze economiche e dimensione sociale nazionale e transnazionale. L'indifferenza assiologica fin qui dimostrata dalla Corte dovrebbe lasciare il posto ad una più attenta ed accurata valutazione delle posizioni coinvolte, di tutte le posizioni coinvolte nel processo di integrazione, conservando certamente ciò che è stato, ma superando finalmente l'anima mercantile dell'Unione europea. Che, dunque, il diritto vivente formatosi sulle Convenzioni possa fungere da cavallo di Troia per introdurre nella fortezza dell'Ue una nuova dimensione dei diritti sociali? Questa è la speranza di noi tutti. L'obiettivo ancora da raggiungere.

BIBLIOGRAFIA

ADINOLFI ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione Europea*, 2001/1.

ARAI- TAKAHASHI, *The defensibility of the margin of appreciation doctrine in the ECHR: value-pluralism in the European integration*, in *Revue Européenne de Droit Public*, 2001.

BALLESTERO Maria Vittoria, *Europa dei Mercati e Promozione dei Diritti*, Centro Studi di Diritto del Lavoro Europeo "Massimo D'Antona", Catania, 2007.

BALLESTRERO Maria Vittoria, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia "bilancia" il diritto di sciopero*, in *Lavoro e Diritto*, 2008, 2, pp. 371-392.

COCCHI SARA, *A Room with a View – The protection of Social Rights in a European International and Supranational Prospective in Sequencia (Florianopolis)* Florianopolis, Luglio/Dicembre 2014, n.69.

Ch. JOERGES, F. RODL, *"Social Market Economy" as Europe's Social Model?*, in *L. MAGNUSSON, B. STRATH, A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies from Historical Perspectives*, Bruxelles, 2004

CHEREDNYCHENKO Olha Oleksandrivna, *Fundamental Rights, Contract Law and the Protection of the Weaker Party – A comparative analysis of the Constitutionalisation of Contract Law, with Emphasis on Risk Financial Transactions*, 2007

DEAKIN Simon, *La concorrenza fra ordinamenti in Europa dopo Laval*, saggio pubblicato nel *Cambridge Yearbook of European Legal Studies*, vol. X, 2008, pag. 471 e ss.

DE CECCO Francesco, *Fundamental Freedoms, Fundamental Rights, and the Scope of Free Movement Law*, in *German Law Journal*, 2014, Vol.15 No.03, 383-406.

DE SALVIA Azzurra, *Il bilanciamento tra le libertà economiche e I diritti sociali collettivi operato dalla Corte di Giustizia è un contemperamento tra diritti equiordinati?*, in *Centre for the study of European labour law “Massimo D’Antona”*, 98/2012.

De WILMARS J. MERTENS, *L’efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers.*

DRAKE SARA, *Scope of Courage and the Principle of “Individual Liability” for Damages: Further Development of the Principle of Effective Judicial Protection by the Court of Justice*, *ELR*, 2006.

FERRAJOLI Luigi, *Principia juris. Teoria del Diritto e della Democrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2007.

GALGANO Francesco, *Sull' equitas delle prestazioni contrattuali*, in *Contr. Impr.*, 1993.

GIUBBONI STEFANO, *Paradossi, rischi e opportunità in I diritti sociali nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona..* Testo della relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei ed italiani*, svoltosi a Perugia il 25 e il 26 marzo 2011.

IRTI Natalino, *L'ordine Giuridico del Mercato*, Laterza, Bari, 2001.

LO FARO ANTONIO, *Responsabilità e Sanzioni Per Sciopero Illegittimo: Cambia Qualcosa in Italia dopo Laval?*, pubblicato in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 131, 2011, 3.

MACDONALD JOHN St. RONALD, *The margin of appreciation in the jurisprudence of the European Court of Human Rights*, in *Collected of the Academy of European Law*, 1992

MAK Chantal, *Fundamental Rights In European Contract Law: a comparison of the impact to fundamental rights on contractual relationships in Germany, the Netherlands, Italy and England*, 2008.

MALMEBERG JONAS, *National remedies for EU unlawful industrial action.*

The Swedish case, pubblicato in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali* n. 131, 2011 a cura di Giovanni Grumi, università di Oxford.

MASTROIANNI Roberta, *La tutela dei diritti fondamentali tra diritto comunitario e Costituzioni nazionali*, in occasione del Convegno Corte di Cassazione “*La tutela dei diritti fondamentali tra Corte costituzionale, Corti europee e giudice nazionale*” Roma 21 gennaio 2009.

MONTI Mario, Rapporto al Presidente della Commissione Europea José Manuel Barroso, *Una nuova strategia per il mercato unico. Al servizio dell'economia e della società europea*, 9 maggio 2010.

MORIEN John, *Balancing fundamental rights and common market freedoms in Union Law: Schmidberger and Omega in the light of the european constitution*, in *European Journal Law*, Vol.12, No.1, 2006, pp.15-40.

NAVARRETTA Emanuela, *L'evoluzione della autonomia contrattuale fra ideologie e principi*, in *Quaderni Fiorentini per la Storia del Pensiero Giuridico Moderno*, 2014, Fasc. I, Vo.43, pp. 589- 647.

NAVARRETTA Emanuela, *Libertà fondamentali dell'UE. Ed efficacia orizzontale*, 2015 in corso di pubblicazione in *Rivista di Diritto Civile*.

ORLANDINI Giovanni, *Viking, Laval e Ruffert: i riflessi sul diritto di sciopero e sull'autonomia collettiva nell'ordinamento italiano*. Lo scritto riproduce il testo della relazione introduttiva al *Workshop "The Viking, Laval and Ruffert Cases: Freedom and Solidarity in a Market from Conflict?"* tenutosi a Bari il 27 giugno 2008

PATRUNO Luciano, *Il caso Ruffert: la Corte di giustizia CE fa un altro passo avanti nella "via giudiziaria" al dumping sociale*, in *Costituzionalismo.it*, 2008,2.

PETERSMANN Ernst- Ulrich, *International Economic Law In The XXI Century*,307, 2012.

REICH Norbert, *Free Movement Versus Social Rights in an England Union: The Laval and Viking Cases Before the European Court of Justice*, in *German Law Journal*, pp. 9-15 ss.

SAGGIO Antonio, *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Danno e Responsabilità*,2001,3, pp. 223-256.

SALVI Cesare, *Libertà economiche, funzione sociale e diritti personali e sociali tra diritto europeo e diritti nazionali*, in *Europa e Diritto Privato*, 2011, fasc.2.

SCIARRA Silvana, *Il diritto di sciopero nel dialogo fra Corti. Casi nazionali a confronto dopo Laval*, in *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2011, 3, n. 131.

SCHLESINGER Piero, *Mercato, diritto privato, valori*, in *Rivista di Diritto Civile*, 2004.

SERINO LUIGI, *La tutela dei diritti sociali in Europa*, in *DIRITTI UMANI IN ITALIA*, Rivista giuridica ISSN 2240 – 2861.

SHEPEL HARM, *Who's Afraid of the Total Market? On the Horizontal Application of the Free Movement Provision in EU law*. In: Lianos I., Odudu O., eds., *Regulating trade in services in the EU and the WTO. Trust, distrust and economic integration*.

TOMUSCHAT CHRISTIAN, *Social Rights under the European Convention, in Human rights, democracy and the rule of law: Liber amicorum Luzius Wildhaber*. Zurich; Baden: Dike- Nomos, 2007.

ZAHN REBECCA e WITTE BRUNO, *La prospettiva dell'Unione Europea: Dare preminenza al mercato interno o rivedere la dottrina Laval?*, pubblicato in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali n. 131, 2011, 3*.

GIURISPRUDENZA CITATA

Corte giust., sentenza del 17 dicembre 1970, nel procedimento C-11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratsstelle für Getreide und Futtermittel*.

Cass., 30 gennaio 1980, n. 711.

Corte giust., sentenza del 19 gennaio 1982, nel procedimento C- 8/81, *Becker- Hauptzollamt Muenster-Innenstadt*.

Corte EDU, sentenza del 21 febbraio 1986, *James and Others c. United Kingdom*, ricorso 8793/79.

Corte di giust., sentenza del 27 settembre 1988, nel procedimento C-81/87, *The Queen e H. M. Treasury and Commissioners of Island Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.

Corte giust., sentenza del 21 settembre 1989, in occasione delle cause riunite C- 46/87 e C-227/88, *Hoechst AG c. Commissione delle comunità europee*.

Corte giust., sentenza del 12 luglio 1990, nel procedimento C-188/89, *A. Foster e a. c. British GAS PLC*.

Corte giust., sentenza del 19 novembre 1991, in occasione delle cause riunite C- 6/90 e C- 9/90 tra *Andrea Francovich e Repubblica italiana* e tra *Danila Bonifaci e altri e Repubblica italiana*.

Corte giust., sentenza del 18 giugno 1991, nel procedimento C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tileorassi Anonimi (ERT AE) c. Dimotiki Etairia Pliroforissis (DEP), Sotirios Kouvela*.

Corte giust., sentenza del 14 dicembre 1995, in occasione delle cause riunite C-430/93 e C-431/93, *Jeroen van Schijndel e Johannes Nicolaas Cornelis van Veen c. Stichting Pensioenfonds voor Fysiotherapeuten*.

Corte giust., sentenza del 5 marzo 1996 in occasione delle cause riunite C- 46/96 e C- 48/93 tra *Brasserie du pecheur SA e Repubblica federale di Germania* e tra *The Queen e Secretary of State for Transport ex parte: Factortame Ltd e altri*.

Corte giust., sentenza del 24 ottobre 1996, nel procedimento C-72/95, *Aanemarsbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e altri c. Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*

Corte giust., sentenza del 9 dicembre 1997, Causa C- 265/95, *Commissione c. Francia*.

Corte di giust., sentenza del 21 settembre 1999, nel procedimento C- 67/96, *Albany International BV c. Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie*.

Corte giust., sentenza del 21 settembre 2000, nel procedimento C-222/98, Hendrik van der Woude c. Stichting Beatrixoord.

Corte giust., sentenza del 10 febbraio 2000, nel procedimento C-50/96, Deutsche Telekom AG, già Deutsche Bundespost Telekom c. Lilli Schröder.

Corte di giust., sentenza del 15 luglio 2001, nel procedimento C- 271/08, Commissione c. Germania.

Corte giust., sentenza del 25 luglio 2002, nel procedimento C-50/00, Unione de Pequenos Agricultores c. Council of the European Union.

Corte giust., sentenza del 30 settembre 2003, nel procedimento C-224/01, Gerhard Kobler c. Republik Osterreich.

Corte giust., sentenza del 3 maggio 2005, in occasione delle cause riunite C-387/02, C-391/02, C-403/02, Silvio Berlusconi, Sergio Adelchi e Marella Dell'Utri e a.

Corte cost., 24- 26 maggio 2007, n. 154.

Corte giust., sentenza del 14 ottobre 2004, nel procedimento C-36/02, Omega Spielhallen- und Automatenaufstellungs- GmbH c. Obertbürgermeisterin der Bundesstadt Bonn.

Corte giust., sentenza del 1 giugno 2006, nel procedimento C-453/06, Innoventif Limited.

Corte giust., sentenza del 13 luglio 2006, in occasione delle cause riunite C-295/04, C-296/04, C-297/04 e C-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA, Antonio Cannito c. Fondiaria Sai SpA e Nicolò Tricarico e Pasqualina Murgolo c. Assitalia SpA.*

Corte giust., sentenza del 13 marzo 2007, nel procedimento C-432/05, *Unibet (London) Ltd and Unibet (International) Ltd c. Justutekanlern.*

Corte giust., sentenza del 7 giugno 2007, in occasione delle cause riunite C-222/05 a C-225/05, *J. Van Der Weerd, B.J. van Middendorp c. Minister van Landbouw, Natuur en Voedselkwaliteit*

Corte cost., 22 ottobre 2007, n.348.

Corte cost., 22 ottobre 2007, n.349.

Corte di giust., sentenza del 11 dicembre 2007, nel procedimento C-438/05, *International Transport Workers' Federation, Finnish Seamen's Union c. Viking Line ABP, Ou Viking Line Esti.*

Corte di giust., sentenza del 18 dicembre 2007, nel procedimento C-341/05, *Laval un Partneri Ltd c. Svenska Byggnadsarbetareförbundet, Svenska Byggnadsarbetareförbundets avdelning 1, Byggettan, Svenska Elektrikerförbundet.*

Corte di giust., sentenza del 3 aprile 2008, nel procedimento C-346/06, *Dirk Ruffert c. Land Niedersachsen*.

Corte giust., sentenza del 15 aprile 2008, nel procedimento C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food and Others*.

Corte EDU, sentenza del 12 novembre 2008, *Demir and Baykara c. Turkey*, ricorso 34503/97.

Corte giust., sentenza del 17 luglio 2008, nel procedimento C-64/07, *Raccanelli*.

Corte EDU, sentenza del 21 aprile 2009, causa *Enerji Yapi-Yol Sen c. Turchia*, ricorso 68959/01.

Corte giust., sentenza del 23 aprile 2009, nel procedimento C-378/07, *Kiriaki Angelidaki and Others c. Organismos Nomarchiakis Autodiokisis Rethymnis*.

Corte giust., sentenza del 6 ottobre 2009, nel procedimento C- 40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira*.

Corte giust., sentenza del 8 settembre 2011, in occasione delle cause riunite C-297/10 e C- 298/10, *Sabine Hennigs c. Eisenbahn – Bundestamt e, Land berlin c. Alexander Mai*.

Corte cost., sentenza del 07 maggio 2012 n. 120