

I DIRITTI SOCIALI NELL'UNIONE EUROPEA DOPO IL TRATTATO DI LISBONA. PARADOSSI, RISCHI E OPPORTUNITÀ

Di Stefano Giubboni

Professore associato di Diritto del lavoro dell'Università di Perugia

SOMMARIO: 1. Premessa.- 2. L'Europa sociale nel Trattato di Lisbona. – 3. L'(accresciuta) asimmetria tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell'Unione europea. – 4. “Accesso alla giustizia” vs. “giustizia sostanziale” nella giurisprudenza comunitaria sui diritti a prestazione sociale su base transnazionale. – 5. Giudicializzazione vs. ripoliticizzazione delle questioni sociali nell'Unione europea: qualche spunto conclusivo.

1. Premessa

La graduale emersione dei diritti sociali nell'ordinamento (oggi) dell'Unione europea è avvenuta in una sorta di “controttempo” rispetto alle dinamiche di lungo periodo dei sistemi di *welfare* (per ciò che interessa qui, di diritto del lavoro e della sicurezza sociale) degli Stati membri. Il contrasto e la sfasatura temporale sono evidenti se si guarda allo sviluppo storico dei *welfare state* dei paesi fondatori della (allora) Comunità economica europea, a partire dal secondo dopoguerra.

Se pensiamo ad esempio all'Italia, la fase di ascesa del diritto del lavoro secondo il modello ga-

rantistico classico trova il suo apice, dopo il faticoso avvio delle riforme intorno alla metà degli anni sessanta, nello Statuto dei lavoratori¹, per declinare rapidamente nel decennio successivo². Gli esordi del-

* Con taluni adattamenti e l'aggiunta delle note, è il testo della relazione al convegno *Diritto civile e principi costituzionali europei e italiani*, svoltosi a Perugia il 25 e 26 marzo 2011.

¹ Ricostruisce magistralmente questa stagione di riforme sociali e di “disgelo costituzionale” S. RODOTÀ, *Diritti e libertà nella storia d'Italia. Conquiste e conflitti 1865-2011*, Roma, 2011, pp. 98 ss.

² Basti il richiamo a G. GIUGNI, *Giuridificazione e deregolazione nel diritto del lavoro italiano*, in *Giornale di diritto del lavoro*



le politiche sociali comunitarie, nella metà degli anni settanta dello scorso secolo, coincidono, in buona sostanza, con quella che, in Italia, fu chiamata la stagione del diritto del lavoro dell'“emergenza” e, subito dopo, della “crisi”³; stagione che ha dato avvio ad un'epoca – che a ben vedere giunge a maturazione solo oggi – di profonda revisione dei paradigmi politico-normativi di riferimento, a cominciare dalla definitiva messa in discussione delle dinamiche di tipo “acquisitivo” sino ad allora dominanti⁴. La Comunità economica europea inaugura non a caso le proprie politiche armonizzatorie in materia sociale con le “grandi direttive” sulla crisi d'impresa della seconda metà degli anni settanta⁵, innestando il suo intervento nel tronco della armonizzazione che Massimo D'Antona ha definito “funzionalista”⁶.

L'osservazione appena fatta può del resto essere ripetuta – sia pure con le dovute distinzioni, specie nelle periodizzazioni utili alla ricostruzione delle dinamiche storico-politiche di cambiamento dei singoli sistemi nazionali⁷ – anche per altri ordinamenti europei, come ad esempio per quello francese⁸. La stessa Gran Bretagna fece il suo ingresso nelle Comunità europee poco prima che il fragile compromesso di quella che è stata chiamata “l'era del *Social Contract*” entrasse in crisi con l'avvento

ro e di relazioni industriali, 1986, pp. 317 ss. (poi anche in Id., *Lavoro, legge, contratti*, Bologna, 1989, pp. 337 ss.).

³ Cfr., tra i contributi più significativi di quel periodo, R. DE LUCA TAMAJO, L. VENTURA (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'emergenza*, Napoli, 1979; M. D'ANTONA, R. DE LUCA TAMAJO, G. FERRARO, L. VENTURA, *Il diritto del lavoro negli anni '80*, Napoli, 1988; L. MARIUCCI, *Le fonti del diritto del lavoro*, Torino, 1988.

⁴ Per una recente ricostruzione in chiave storica, attenta anche alle vicende della cultura giuslavoristica italiana, v. P. ICHINO (a cura di), *Il diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, 2008, nonché P. COSTA, *Cittadinanza sociale e diritto del lavoro nell'Italia repubblicana*, in G.G. BALANDI, G. CAZZETTA (a cura di), *Diritti e lavoro nell'Italia repubblicana*, Milano, 2009, pp. 21 ss.

⁵ Cfr. la recente ricostruzione di A. LO FARO, *Le Direttive in materia di crisi e ristrutturazione di impresa*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, vol. V del *Trattato di diritto del lavoro dell'Unione europea* diretto da G. AJANI e G.A. BENACCHIO, Torino, 2009, pp. 392 ss.

⁶ M. D'ANTONA, *Sistema giuridico comunitario*, in A. BAYLOS GRAU, B. CARUSO, M. D'ANTONA, S. SCIARRA (a cura di), *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, Bologna, 1996, pp. 3 ss. (ora in Id., *Opere*, vol. I, *Scritti sul metodo e sulla evoluzione del diritto del lavoro – Scritti sul diritto del lavoro comparato e comunitario*, a cura di B. CARUSO e S. SCIARRA, Milano, 2000, pp. 377 ss.).

⁷ Un'aggiornata e comprensiva sintesi comparata delle trasformazioni intervenute nei principali paesi europei è ora reperibile in B. HEPPLER, B. VENEZIANI (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe. A Comparative Study of 15 Countries 1945-2004*, Oxford e Portland, 2009.

⁸ V. l'acuminata sintesi di A. SUPLOT, *Le droit du travail*, Paris, 2004, spec. cap. I e II.

al potere dei conservatori e con la successiva lunga stagione dell'inarrestabile declino del potere (delle prerogative giuridiche e, insieme, della forza e della legittimazione sociale) del sindacato⁹.

Quel “controttempo” caratterizza, del resto, in termini se si vuole paradossali, un altro aspetto della vicenda che ha condotto alla emersione dei diritti e delle politiche sociali a livello sopranazionale. La percezione e la tematizzazione del *deficit* sociale europeo prendono corpo, infatti, solo dopo che, a partire dall'Atto Unico del 1986, la Comunità non solo espande la propria azione in materia sociale, anche sul versante (pur rivisitato) delle politiche di armonizzazione, ma immette, finalmente, nel corpo del Trattato istitutivo basi normative autonome, per quanto ancora deboli e materialmente circoscritte, per una più incisiva politica sociale sopranazionale¹⁰. La percezione di questo *deficit* si è fatta del resto sempre più acuta nel corso degli ultimi anni, sino a diventare per certi versi lacerante oggi¹¹, pur a fronte dell'ulteriore espansione e dell'indubbio rafforzamento di quelle basi giuridiche e del più ampio complesso di strumenti istituzionali di azione in materia sociale, messo in atto dalla Comunità e, poi, dall'Unione, a partire già dalla revisione di Maastricht, ed in specie da quella di Amsterdam del 1997, sino a giungere al Trattato di Lisbona.

Oggi ci troviamo di fronte ad un altro “controttempo” nel riconoscimento dei diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea, con risvolti, almeno all'apparenza, non meno paradossali di quelli appena segnalati¹². La “matrice sociale del processo di costituzionalizzazione europea ha raggiunto, infatti, il suo picco”¹³, in particolare con

⁹ Cfr. P. DAVIES, M. FREEDLAND, *Labour Legislation and Public Policy*, Oxford, 1993, cap. 8 e 9.

¹⁰ Si vedano le recenti ricostruzioni di S. SCIARRA, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in S. SCIARRA, B. CARUSO (a cura di), *Il lavoro subordinato*, cit., pp. 1 ss., e di F. CARINCI, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'“Europa” in cammino*, in F. CARINCI, A. PIZZOFERRATO (a cura di), *Diritto del lavoro dell'Unione europea*, IX, *Diritto del lavoro. Commentario* diretto da F. CARINCI, Torino, 2010, pp. 1 ss.

¹¹ Si veda la lucida e amara analisi lasciataci da T. JUDT, *Ill Fares the Land*, New York, 2010, spec. cap. II.

¹² Ho elaborato più diffusamente le ragioni di questo (apparente) paradosso in S. GIUBBONI, *I diritti sociali tra Costituzione italiana e ordinamento dell'Unione europea*, in *Questa nostra Costituzione. Sessant'anni dopo, Quaderni del Ponte*, n. 10, Firenze, 2009, pp. 45 ss.

¹³ H.-W. MICKLITZ, *Judicial Activism of the European Court of Justice and the Development of the European Social Model in Anti-Discrimination and Consumer Law*, in U. NEERGARD, R. NIELSEN, L. ROSEBERRY (eds.), *The Role of the Courts in Developing a European Social Model*, Copenhagen, 2010, pp. 25 ss., qui p. 36. Analogamente, sulla maturazione, col Trattato di Lisbona, della “strategia costituzionale” europea all'insegna dei diritti sociali fondamentali, B. BERCUSSON, *European Labour Law*, Cambridge, 2009 (seconda ed.), pp. 198 ss.

l'attribuzione alla Carta di diritti fondamentali dell'Unione dello stesso valore giuridico dei trattati (art. 6, comma 1, del TUE), proprio nel momento in cui è probabilmente arrivata al suo acme anche l'asimmetria tra la penetrazione delle libertà economiche del mercato interno e la garanzia dell'autonomia dei sistemi sociali nazionali¹⁴.

Non è difficile individuare i momenti essenziali di questo "controtempo", guardando anche solo sommariamente alla recente evoluzione dell'ordinamento dell'Unione europea.

2. L'Europa sociale nel Trattato di Lisbona.

Gli osservatori più attenti hanno giustamente messo in luce i significativi elementi di innovazione contenuti, in materia sociale, nel Trattato di Lisbona¹⁵. Questi non riguardano tanto la sfera delle competenze legislative dell'Unione, visto che gli articoli 151 e seguenti del TFUE confermano, nella sostanza, con modifiche molto limitate, il contenuto delle previsioni già presenti, a questo riguardo, nel titolo sulla politica sociale del TCE.

La previsione probabilmente più innovativa del nuovo titolo X del TFUE non incide, invero, né in senso estensivo, né in termini rafforzativi, sulle competenze legislative dell'Unione nella sfera del lavoro e della sicurezza sociale¹⁶. L'art. 152 del TFUE – che impegna in particolare l'Unione a riconoscere e promuovere il ruolo delle parti sociali al

suo livello, tenendo conto anche della diversità dei modelli nazionali, facilitandone il dialogo "nel rispetto della loro autonomia" (comma 1) – non aggiunge, infatti, nuove competenze legislative, né estende quelle esistenti. Essa, tuttavia, in raccordo con l'art. 11 del TUE e con gli strumenti di democrazia partecipativa dallo stesso previsti¹⁷, svolge un'importante funzione di rafforzamento della legittimazione degli istituti del pluralismo sociale al livello dell'Unione¹⁸, accrescendo la rilevanza tanto della concertazione e della contrattazione collettiva come metodo di regolazione sopranazionale (ex art. 155 del TFUE), quanto di quei processi di negoziazione collettiva autonoma diffusisi¹⁹, in diverse forme, nella dimensione europea e transnazionale in questi ultimi anni²⁰.

In questo senso, benché rivolta alla garanzia degli strumenti del pluralismo sociale europeo, la disposizione dell'art. 152 del TFUE va letta in stretta connessione anche con le nuove previsioni di apertura del TUE, che nel rideterminare il contenuto dei valori e degli obiettivi dell'Unione corroborano senza dubbio la dimensione sociale della stessa, attribuendole una rilevanza sconosciuta al previgente testo del TCE. Il rafforzamento del peso ponderale dei valori e degli obiettivi sociali emerge agevolmente da un confronto sinottico tra la versione previgente e quella attuale degli artt. 2 e 3 del TUE, e risulta in modo ancor più marcato nel confronto con le corrispondenti previsioni attinenti alla sfera della integrazione del mercato ed a quello che potrebbe dirsi il nucleo duro della costituzione economica europea²¹.

L'art. 2 imbeve il nuovo tessuto valoriale dell'Unione di una forte connotazione sociale, laddove sancisce che essa si fonda – anzitutto – sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'eguaglianza e della tutela dei diritti umani, e là dove altresì ne riconosce la parte-

¹⁴ Basti il riferimento a F.W. SCHARPF, *The Asymmetry of European Integration, or Why the EU Cannot Be a "Social Market Economy"*, KFG Working Papers, Freie Universität Berlin, n. 6/2009, e a CH. JOERGES, *Will the Welfare State Survive the European Integration?*, in *European Journal of Social Law*, 2011, n. 1, pp. 4 ss.

¹⁵ Cfr. in particolare M. ROCCELLA, T. TREU, *Diritto del lavoro della Comunità europea*, Padova, 2009 (quarta ed.), pp. 32 ss.; D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, pp. 509 ss.; A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti: l'Europa "sociale" nel Trattato di Lisbona*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT.-82/2010.

¹⁶ Queste sono semmai interessate dalla possibilità – contemplata dall'art. 153 del TFUE – che, sulle importanti materie sociali per le quali viene tuttora conservata la regola dell'unanimità in seno al Consiglio (con gli ovvi riflessi negativi in ordine all'effettivo esercizio delle competenze legislative), quest'ultimo possa decidere il passaggio alla maggioranza qualificata ed alla procedura legislativa ordinaria. La "norma passerella", di cui è difficile allo stato stimare le concrete (forse scarse) potenzialità applicative, non si applica, peraltro, alla materia della sicurezza e protezione sociale dei lavoratori, gelosamente custodita dentro la sfera della procedura legislativa speciale con la regola dell'unanimità in seno al Consiglio. Cfr. su tali aspetti PH. SYRPIS, *The Treaty of Lisbon: Much Ado ... But About What?*, in *Industrial Law Journal*, 2008, pp. 219 ss., spec. p. 226.

¹⁷ V. F. RASPADORI, *La democrazia partecipativa ed il diritto di iniziativa dei cittadini europei*, in *Studi sull'integrazione europea*, n. 3 del 2010, pp. 675 ss.

¹⁸ Cfr. B. CARUSO, *I diritti sociali fondamentali dopo il Trattato di Lisbona (tanto tuonò che piovve)*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT.-81/2010, pp. 6-7.

¹⁹ Cfr. in generale, da ultimo, D. COMANDÈ, *Le dinamiche collettive nello spazio giuridico europeo: il paradigma dell'autonomia*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT.-76/2010.

²⁰ Si veda, più di recente, la ricostruzione teorica che ne propone S. SCIARRA, *Collective Exit Strategies: New Ideas in Transnational Labour Law*, Jean Monnet Working Paper, NYU School of Law, 04/10.

²¹ Cfr. C. PINELLI, *Il Preambolo, i valori, gli obiettivi*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 67 ss.; A. WILLIAMS, *The Ethos of Europe. Values, Law and Justice in the EU*, Cambridge, 2010, spec. pp. 283 ss.

cipazione ai valori – comuni agli Stati membri – del pluralismo, della non discriminazione, della tolleranza, della giustizia, della solidarietà e della parità tra donne e uomini. L'art. 3, comma 3, innova gli obiettivi dell'Unione con la formula – assai discussa per le sue ambigue ascendenze ordoliberali²², ma chiara quantomeno nella sua ispirazione politica di principio²³ – dell'“economia sociale di mercato fortemente competitiva, che mira alla piena occupazione e al progresso sociale”, oltre che a un elevato livello di tutela e al miglioramento della qualità dell'ambiente²⁴.

Quella formula si colora d'altra parte di una pregnanza – anche operativa – potenzialmente non meno innovativa nella previsione dell'art. 9 del TFUE, alla cui stregua, nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e delle sue azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse – in particolare – con la promozione di un elevato livello di occupazione, la garanzia di un'adeguata protezione sociale e la lotta contro l'esclusione²⁵. Ed un'analoga clausola orizzontale del Trattato conferisce all'Unione un pari dovere di *mainstreaming* con riguardo all'ampio ventaglio delle politiche antidiscriminatorie, che tagliano oramai trasversalmente l'intera sfera dell'azione sociale sopranazionale (v. l'art. 10 del TFUE).

Allo stesso tempo, in quelle previsioni d'apertura del nuovo TUE, il riferimento – (già) così pregnante nel connotare i principi della costituzione economica europea²⁶ – alla “economia di mercato aperta ed in libera concorrenza”, che si trovava nel testo del vecchio Trattato, è stato come noto soppresso, e si trova ora relegato, ed anche simbolicamente postergato, nel protocollo n. 27 allegato

to ai trattati. La formula – formalmente espunta dal cuore dei valori, degli obiettivi e dei principi generali dell'Unione – continua a comparire nell'apposita sede dell'art. 119 del TFUE, che apre il titolo VIII sulla politica economica e monetaria. Ciò che pure sembra confermare il depotenziamento e quasi il declassamento della formula dell'“economia di mercato aperta e in libera concorrenza” da principio a valenza generale a principio di settore, caratterizzante, cioè, la sfera di competenze legislative e di azione alla quale è specificamente riferito. Sfera che, per quanto importante e qualificante, non potrebbe, tuttavia, più pretendere di assumere un significato centrale, o addirittura dominante, nell'interpretazione della costituzione (economica) europea, anche per la consapevolezza che il rilancio dello stesso progetto del mercato unico richiede – in una logica sistemica di *governance* unitaria – un insieme armonico e coerente di politiche della concorrenza e, insieme, di politiche industriali “attive” e di politiche di coesione sociale e territoriale²⁷.

Un'enfasi nuova sulla centralità della dimensione sociale del mercato interno si ritrova, d'altra parte, sorretta dalla stessa logica politica, nella riformulazione della previsione, ora contenuta nell'14 del TFUE (cui si aggancia il protocollo 26 allegato ai trattati), sulla “importanza dei servizi economici di interesse generale nell'ambito dei valori comuni dell'Unione”. Previsione nella quale pure è evidente, sempre sul piano politico (ed ancorché con problematici effetti potenziali sulla futura applicazione delle regole di concorrenza in tale ambito)²⁸, la volontà di allargare la sfera riservata alla discrezionalità delle determinazioni e delle opzioni politiche degli Stati membri, specie in ordine alla garanzia delle condizioni di “agibilità” economica e finanziaria dei servizi di interesse generale.

È allora indubitabile – come si è giustamente osservato in dottrina – come soprattutto le previsioni generali dei nuovi trattati riformati a Lisbona dischiudano, in astratto, “forti potenzialità di invertire il rapporto tra Europa economica ed Europa sociale”²⁹. L'interprete, in primo luogo quello giudiziale, si trova in effetti di fronte ad un quadro di valori, di obiettivi e di principi fortemente innovato dai tratta-

²² Cfr. CH. JOERGES, F. RÖDL, “Social Market Economy” as Europe's Social Model?, in L. MAGNUSSON, B. STRÄTH (eds.), *A European Social Citizenship? Preconditions for Future Policies from Historical Perspectives*, Bruxelles, 2004, pp. 125 ss.

²³ Che è certamente nel senso del 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 autorevolmente Mario MONTI, *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 2010, p. 73.

²⁴ In raccordo – si noti – con il macro-obiettivo di uno “sviluppo sostenibile”, enunciato dalla stessa disposizione.

²⁵ L'importanza della clausola sociale orizzontale, ed il suo stretto collegamento con l'obiettivo della “economia sociale di mercato”, è sottolineata nella comunicazione della COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un atto per il mercato unico. Per un'economia sociale di mercato altamente competitiva*, COM(2010) 608 definitivo, del 27 ottobre 2010, in particolare a p. 20.

²⁶ Cfr. ad es. J. BAQUERO CRUZ, *Between Competition and Free Movement. The Economic Constitutional Law of the European Communities*, Oxford e Portland, 2002.

²⁷ È questa la visione globale suggerita da Mario Monti, nel rapporto sulla nuova strategia per il mercato unico citato alla nota 23, e fatta propria dalla stessa Commissione europea (di cui v. la comunicazione richiamata alla nota 25 nonché, in precedenza, la comunicazione *Europa 2020. Una strategia per una crescita intelligente, sostenibile e inclusiva*, COM[2010] 2020, del 3 marzo 2010).

²⁸ Su cui cfr., di recente, G. CAGGIANO, *La disciplina dei servizi di interesse economico generale. Contributo allo studio del modello sociale europeo*, Torino, 2008.

²⁹ D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro*, cit., p. 521.



ti, con una decisa proiezione oltre la dimensione funzionale ed economica dell'integrazione europea, e con un indubbio riconoscimento di una coesenziale *finalité* sociale dell'Unione. Nella nuova piattaforma assiologica profilata dalle norme di apertura dei trattati, il mercato cessa di porsi come luogo sovrano dell'Unione e la concorrenza retrocede da valore protetto finalisticamente in quanto tale a strumento della "economia sociale di mercato".

Un siffatto riequilibrio costituzionale discende, del resto, in questa prospettiva, ed è anzi specificamente rafforzato, dalla definitiva acquisizione della Carta di Nizza/Strasburgo, ed in particolare del corposo catalogo di diritti e principi sociali fondamentali ivi sancito, al diritto primario dell'Unione europea. È infatti nella compiuta costituzionalizzazione dei diritti sociali fondamentali al livello dell'Unione che, secondo una diffusa opinione³⁰, va individuato il momento di più incisiva revisione dell'assetto complessivo dell'ordinamento sopranazionale in una direzione che, finalmente, possa consentire operazioni di bilanciamento non più pregiudizialmente favorevoli alle libertà di mercato.

3. L'(accresciuta) asimmetria tra libertà economiche e diritti sociali nella giurisprudenza recente della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Nonostante l'indubbia forza persuasiva di tali argomenti³¹, è difficile peraltro negare che – almeno

³⁰ Cfr., per tutti e da ultimo, M. CARTABIA, *I diritti fondamentali in Europa dopo il Trattato di Lisbona: verso nuovi equilibri?*; in *Giornale di diritto amministrativo*, n. 3/2010, pp. 221 ss.; F. SORRENTINO, *I diritti fondamentali in Europa dopo Lisbona (considerazioni preliminari)*, in *Corriere giuridico*, n. 2/2010, pp. 145 ss.; e, tra i lavoristi, G. BRONZINI, *La Carta di Nizza dopo Lisbona: quale ordine "costituzionale" per la protezione multilivello dei diritti fondamentali?*, in E. FALLETTI, V. PICCONE (a cura di), *L'integrazione attraverso i diritti. L'Europa dopo Lisbona*, Roma, 2010, pp. 35 ss.; A. ALAIMO, B. CARUSO, *Dopo la politica i diritti*, cit., pp. 18 ss.

³¹ Argomenti che anche chi scrive ha, peraltro, contribuito a elaborare, in particolare con riguardo al (e nella fase del) progetto, poi fallito, ma in realtà sostanzialmente ripreso dal nuovo TUE e dal TFUE, del Trattato costituzionale europeo: sia permesso il rinvio, *inter alia*, a S. GIUBBONI, *Da Roma a Nizza. Libertà economiche e diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in *Quaderni di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, n. 27 del 2004, pp. 9 ss.; Id., *Verso la Costituzione europea: la traiettoria dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in P. COSTANZO, S. MORDEGLIA (a cura di), *Diritti sociali e servizio sociale dalla dimensione nazionale a quella comunitaria*, Milano, 2005, pp. 23 ss.; Id., *Trabajo y derecho social en la "nueva" Constitución europea. Apuntes comparatísticos*, in M. CARTABIA, B. DE WITTE, P. PÉREZ TREMPES (sotto la direzione di), *Constitución europea y Constituciones nacionales*, Valencia, 2005, pp. 598 ss. E si veda pure, in una linea di sostanziale adesione e sviluppo di que-

allo stato – essi, nella migliore delle ipotesi, guardino obiettivi di riequilibrio potenziale tra diritti e valori sociali e libertà e principi economici che appaiono ancora molto lontani dagli orientamenti dominanti, oggi, sia nella prassi delle istituzioni comunitarie sia, per quanto più interessa in questa sede, negli effettivi indirizzi della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea.

Affronteremo nelle conclusioni la questione se tale distonia tra il "picco" della costituzionalizzazione orientata ai valori sociali, quale emerge dal nuovo assetto del diritto primario dell'Unione europea, e l'arcigna applicazione delle libertà economiche fondamentali, che ancora impronta la giurisprudenza della Corte di giustizia, sia, per così dire, circostanza congiunturale (dovuta, cioè, al fatto contingente che il Trattato di Lisbona è solo da poco entrato in vigore e non ha quindi potuto irradiare dei nuovi valori la prassi applicativa) oppure risponda a istanze più profonde e diremmo strutturali, che la mera riscrittura dei valori e degli obiettivi dell'Unione, o la stessa garanzia formale dei diritti sociali enunciati nella Carta di Nizza/Strasburgo, ora "vincolante", non sono in grado, da sole, di correggere. Per l'intanto è necessario dare conto della persistenza di questa asimmetria, di questo "controtipo", per continuare a usare la metafora utilizzata in apertura, di questa sorta di perdurante contrasto o dissonanza ritmica e temporale, che sembra doversi ancora cogliere negli orientamenti radicati della giurisprudenza della Corte di Lussemburgo in tema di conflitto tra diritti o valori sociali e libertà economiche fondamentali.

Le celebri sentenze *Viking* e *Laval*³² rappresentano senza dubbio il picco di tale asimmetria, come anche di quella "linea paradossale"³³ dell'attuale fase della giurisprudenza comunitaria, nella quale il riconoscimento del diritto di sciopero, la sua inclusione tra i principi generali dell'ordinamento dell'Unione, di cui la Corte garantisce il rispetto, è funzionale alla sua radicale compressione nel "bilanciamento" con le contrapposte libertà economiche di stabilimento e di prestazione dei servizi³⁴; se-

gli argomenti, M. MUTARELLI, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione europea*, Working Paper C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona", INT-54/2007.

³² Pronunciate dalla Corte di giustizia nel procedimento, rispettivamente, C-438/05 e C-341/05.

³³ D. GOTTARDI, *Tutela del lavoro*, cit., p. 552.

³⁴ Come scrive G. ORLANDINI, *Autonomia collettiva e libertà economiche nell'ordinamento europeo: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2008, pp. 237 ss., nelle due sentenze "il riconoscimento del diritto di sciopero nell'Ue assume un carattere quasi beffardo, se è vero che esso è operato per negarne la possibilità di esercizio" (p. 281).



condo una formula di asserito contemperamento che smentisce in realtà se stessa, nel totale sacrificio di una delle situazioni soggettive in conflitto a beneficio della primazia assoluta riservata all'altra. E che risulta – come accenneremo meglio tra breve – sostanzialmente distonica rispetto alle indicazioni ricavabili, in sede comparata, dalle (pur assai diverse) tradizioni costituzionali degli Stati membri, oltre che, ora, rispetto alla linea di equilibrio (ed autentico bilanciamento) che emerge dalla più recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo sul contenuto di tutela dell'art. 11 della Convenzione di Roma³⁵.

Nella non meno nota sentenza *Albany*³⁶, nella quale è invece assente, nel percorso argomentativo della Corte di giustizia, l'ascrizione del diritto di negoziazione collettiva al novero dei diritti sociali fondamentali, l'attenta ponderazione degli obiettivi e dei valori sociali già enunciati dal Trattato di Roma servì nondimeno a garantire al contratto collettivo istitutivo del fondo pensionistico di categoria un'ampia sfera di immunità dalla incidenza delle regole comuni di concorrenza. Seppure nell'ambito di una logica di tendenziale funzionalizzazione del contratto collettivo³⁷, la Corte seppe infatti ritagliare un'ampia area di rispetto dell'autonomia collettiva e, dunque, una sfera di azione sindacale libera dai vincoli derivanti dai principi sulla libertà di concorrenza nel mercato interno. Sennonché, per fare ciò, la Corte di giustizia non dovette arrivare a riconoscere, a differenza di quanto (giustamente) fa oggi, un vero proprio diritto (sociale) fondamentale dell'ordinamento dell'Unione europea; in quel di-

verso e meno favorevole contesto normativo, le fu sufficiente restare all'interno della logica funzionale della garanzia degli interessi sociali obiettivi affermati dal Trattato di Roma, da poco modificato da quello di Amsterdam. In quella logica, criticata in dottrina proprio per l'assenza del linguaggio dei diritti fondamentali, questi rimanevano perciò ancora "sullo sfondo", nella misura in cui "l'opportunità del loro soddisfacimento [era] vista soltanto nella realizzazione degli obiettivi sociali"³⁸; ma la garanzia di tali interessi assicurava, nondimeno, all'autonomia collettiva una vasta sfera di immunità dal diritto della concorrenza e del mercato europeo.

Sicché oggi non può non apparire paradossale come, conquistato finalmente, con la compiuta costituzionalizzazione della Carta di Nizza/Strasburgo, il traguardo del pieno riconoscimento dei diritti fondamentali di azione e negoziazione collettiva allo stesso livello dell'Unione europea, la Corte di giustizia riconosca, almeno formalmente, una siffatta garanzia, ma, in buona sostanza, solo per abbassare la soglia di tutela già accordata, in passato, a quei medesimi "interessi sociali". È quanto a ben vedere avvenuto, oltre che in *Viking* e *Laval* in tema di diritto di sciopero, anche nella recente sentenza *Commissione contro Repubblica federale di Germania*³⁹, nella quale la Corte, pur a fronte del riconoscimento del diritto fondamentale alla negoziazione collettiva, ha negato che gli accordi in materia di previdenza complementare, conclusi in tale ambito dalle parti sociali, sfuggissero all'applicazione delle norme in materia di libera prestazione dei servizi e, in particolare, alla disciplina comunitaria degli appalti pubblici. Ed anche in questa pronuncia, benché in termini decisamente più sfumati rispetto all'arcigna impostazione protoliberalista seguita in *Viking* e *Laval*⁴⁰ ed in una logica

³⁵ Si fa riferimento alle note sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo nei casi *Demir e Baykara c. Turchia*, del 12 novembre 2008, e *Eneryi Yapi, Yol Sen c. Turchia*, del 21 aprile 2009, ove la Corte di Strasburgo ha elevato al rango di diritti fondamentali garantiti dall'art. 11 della Convenzione di Roma il diritto di negoziazione collettiva ed il diritto di sciopero, in quanto corollari inscindibili della libertà di associazione sindacale. Sulla importanza e la portata innovativa di tali sentenze, anche per le possibili ricadute sulla futura giurisprudenza della Corte di Lussemburgo per il tramite dell'art. 6 del TUE e dell'art. 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, v., tra gli altri, cfr. G. BRONZINI, *Diritto alla contrattazione collettiva e diritto di sciopero entrano nell'alveo protettivo della CEDU: una nuova frontiera per il garantismo sociale in Europa?*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2009, II, pp. 975 ss.

³⁶ Corte di giustizia, causa C-67/96.

³⁷ Concezione, questa, criticata in dottrina in quanto suscettiva di limitare l'*antitrust immunity* al perseguimento, da parte delle organizzazioni sindacali stipulanti, di scopi coerenti con la "natura" e l'oggetto del contratto collettivo (punto 63 della sentenza), implicandosi, con ciò, un corrispondente sindacato giudiziale sui limiti entro i quali tale funzione di tutela collettiva dell'interesse professionale dei lavoratori potesse dirsi realizzata. Cfr. sul punto M. PALLINI, *Il rapporto problematico tra diritto della concorrenza e autonomia collettiva nell'ordinamento comunitario e nazionale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2000, II, pp. 225 ss.

³⁸ Così M. LUCIANI, *Diritti sociali e integrazione europea*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI COSTITUZIONALISTI, *Annuario 1999 – La costituzione europea (Atti del XIV convegno annuale, Perugia, 7-8-9 ottobre 1999)*, Padova, 2000, pp. 507 ss., qui p. 530. In senso conforme, e parimenti critico, S. GIUBBONI, *I monopoli previdenziali tra diritto comunitario della concorrenza e principi solidaristici della Costituzione. Convergenze "pratiche" e conflitti "teorici"*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2000, pp. 685 ss., spec. pp. 718-719.

³⁹ Corte di giustizia, 15 luglio 2010, causa C-271/08.

⁴⁰ Quelle pronunce hanno evocato, in dottrina, forse con qualche eccesso polemico, i fantasmi della legge *Le Chapelier* della Francia rivoluzionaria del 1791, con la sottostante concezione, così tipica della fase sorgiva dell'ideologia del liberalismo economico, per cui l'esistenza stessa dell'azione collettiva e del sindacato che la realizza è contraria ai principi della libertà di mercato e alla necessità di sradicare ogni residua forma di intermediazione corporativa degli interessi espressi dalla società civile (cfr. V. ANGIOLINI, *Laval, Viking, Rüffert e lo spettro di Le Chapelier*, in A. ANDREONI, B. VENEZIANI [a cura di], *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, Roma, 2009, pp. 51 ss.). Mentre un acuto giurista nordamericano ha





di giudizio senza dubbio più coerente col modello del bilanciamento di interessi di pari rilievo costituzionale⁴¹, la Corte ha finito per assegnare una sostanziale prevalenza alla puntuale disciplina soprannazionale di settore della libertà economica, nella specie contenuta nelle direttive 92/50/CEE e 2004/18/CE⁴².

Come è stato efficacemente osservato, nelle sentenze *Viking* e *Laval* il diritto di azione collettiva in situazioni rilevanti per l'ordinamento dell'Unione viene in effetti "ampiamente anestetizzato"⁴³ sulla base di un bilanciamento solo fittizio e apparente (soltanto proclamato "retoricamente"⁴⁴, ma appunto non attuato) con le contrapposte libertà di mercato, le quali vedono viceversa riaffermata una netta prevalenza nella gerarchia dei valori normativi cui la Corte si ispira. Ai limitati fini della nostra critica alla concezione dei diritti sociali di natura collettiva accolta dai giudici di Lussemburgo, è sufficiente segnalare i principali elementi di contraddizione con una linea di interpretazione che, se non riesce forse ad accomunare in senso proprio gli assai diversi assetti regolativi dello sciopero propri dei paesi dell'Unione, certo si avvicina a qualcosa di molto simile a quella che, con il linguaggio dell'art. 6 del TUE, potremmo chiamare una "tradizione costituzionale comune".

Anzitutto, il diritto di sciopero e quello di negoziazione collettiva vengono nella sostanza considerati dalla Corte, in ragione della forza sprigionata dal conflitto sindacale e della effettiva capacità di ostacolare o addirittura di bloccare la contrapposta attività di impresa transnazionale, come forme di potere del tutto analoghe a quelle esercitate dalla

pubblica autorità. Sennonché è evidente, al di là della suggestione delle concrete vicende fattuali all'origine di *Viking* e *Laval*, la diversità sostanziale delle situazioni in rilievo, alla luce di una concezione che può dirsi comune al costituzionalismo liberale e democratico europeo. Come è stato osservato, infatti, "un potere non è un diritto. Un diritto reclama protezione. Il riconoscimento del diritto di sciopero richiede, in principio, una certa sfera di immunità giudiziale"⁴⁵. Al contrario, il potere implica un controllo. E comporta la responsabilità di tenere conto degli interessi sia delle imprese che dei lavoratori di altri Stati membri"⁴⁶. Con questa contaminazione tra la dimensione del potere e quella del diritto – impropriamente fuse nella valutazione dell'azione collettiva con riflessi transnazionali – la Corte di giustizia finisce per prendere pericolosamente le "distanze dalla tradizione che radica lo sciopero, la contrattazione collettiva e la libertà sindacale nell'autonomia privata"⁴⁷.

Questa confusione va sciolta, riaffermando la necessaria distinzione tra potere pubblico ed azione privato-collettiva⁴⁸. Per riaffermare con forza che, quando riesce ad essere efficace, l'azione collettiva esprime un contropotere privato che ha come scopo costitutivo quello di riequilibrare – all'unico livello di azione possibile⁴⁹ – il potere di mercato della controparte datoriale. In ciò, tale potere non esibisce alcuna analogia col potere pubblico dello Stato, ma differisce anzi in modo essenziale da questo, in

proposto il paragone con l'era *Lochner* della Corte Suprema americana e gli effetti di smantellamento dei primi tentativi di protezione del lavoro che essa faceva derivare dal combinato disposto della dottrina del *substantive due process*, della interpretazione estesa delle leggi *antitrust* e della lettura restrittiva della *commerce clause* della costituzione degli Stati Uniti (cfr. I.H. ELIASOPH, *A "Switch in Time" for the European Community? Lochner Discourse and the Recalibration of Economic and Social Rights in Europe*, in *Columbia Journal of European Law*, 2008, n. 3, pp. 467 ss.).

⁴¹ Su tale modello v. da ultimo la pregevole sintesi di A. MORRONE, *Bilanciamento (giustizia costituzionale)*, in *Enciclopedia del diritto – Annali II* – tomo II, Milano, 2008, pp. 185 ss.

⁴² Per una puntuale critica alla sentenza della Corte, v. U. CARABELLI, *Unione europea e libertà economiche "sociofaghe" (ovvero, quando le libertà di circolazione dei servizi e di stabilimento si alimentano del dumping sociale)*, in corso di pubblicazione negli *Studi in onore di Tiziano Treu*.

⁴³ M. CORTI, *Le decisioni ITF e Laval della Corte di giustizia: un passo avanti e due indietro nell'Europa sociale*, in *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2008, II, pp. 249 ss., qui p. 250.

⁴⁴ C. BARNARD, *Employment Rights, Free Movement Under the EC Treaty and the Service Directive*, Europa Institute, Mitchell Working Paper Series, 5/2008, p. 14.

⁴⁵ Una sfera, potremmo dire, di *agere licere* a tutela dell'interesse collettivo liberamente determinato dall'organizzazione sindacale; ciò che fa dello sciopero – secondo un'assai nota tassonomia – un "diritto sociale di libertà" (A. BALDASSARRE, *Diritti della persona e valori costituzionali*, Torino, 1997, spec. p. 178, e da ultimo M. LUCIANI, *Diritto di sciopero, forma di Stato e forma di governo*, in *Argomenti di diritto del lavoro*, 2009, pp. 1 ss.).

⁴⁶ L. AZOULAI, *The Court of Justice and the Social Market Economy: the Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization*, in *Common Market Law Review*, 2008, pp. 1335 ss., qui p. 1345.

⁴⁷ V. ANGIOLINI, *Laval*, cit., p. 60. Per una critica alla Corte di analogo tenore v. anche F. DORSSEMONT, *The Right to Take Collective Action v. Fundamental Economic Freedoms in the aftermath of Laval and Viking*, in M. DE VOS (ed.), *European Union Internal Market and Labour Law: Friends or Foes*, Antwerp, 2009, pp. 45 ss.

⁴⁸ Di "collasso della distinzione tra pubblico e privato" in *Viking* e *Laval* ha parlato anche A. SOMEK, *The Social Question in a Transnational Context*, paper presentato l'8 ottobre 2010 nell'ambito del ciclo di seminari su *Market Integration, EU Law and Social Conflicts*, organizzato presso la London School of Economics and Political Science (p. 6 del dattiloscritto).

⁴⁹ Per rievocare la celebre formula di Otto KHAN FREUND, *Labour and the Law*, London, 1983 (ed. a cura di P. DAVIES e M. FREEDLAND): "On the labour side, all power is collective power" (p. 17). E cfr. anche il classico insegnamento di G. GIUGNI, *Diritto sindacale* (aggiornato da L. BELLARDI, P. CURZIO e M.G. GAROFALO), Bari, 2010, pp. 231 ss.

quanto non può avvalersi, per definizione, dell'apparato coercitivo che accompagna l'esercizio di quest'ultimo e, per rinnovarsi e mantenere la sua efficacia, ha bisogno di rigenerarsi e misurarsi continuamente nel conflitto collettivo.

I gravi riflessi applicativi della contraddizione in cui cade la Corte di giustizia sono altrettanto evidenti. In *Viking*, l'applicazione del criterio di proporzionalità induce la Corte a relegare tendenzialmente lo sciopero ad *extrema ratio*, cui le organizzazioni sindacali coinvolte in tanto possono legittimamente far ricorso in quanto non dispongano di altri mezzi, meno restrittivi, della libertà di stabilimento per condurre a buon fine il negoziato con la controparte datoriale, dovendo il giudice nazionale accertare l'effettivo esperimento di tali percorsi meno invasivi rispetto alla contrapposta libertà di iniziativa economica. Ma, prima ancora, il giudice dovrà accertare se lo stesso obiettivo perseguito dall'azione sindacale sia giustificato; ciò che – nelle parole della Corte – sarebbe da escludere ove “fosse accertato che i posti di lavoro o le condizioni di lavoro in questione non erano compromessi o seriamente minacciati”⁵⁰.

Si tratta di una concezione singolarmente ostile all'idea stessa di conflitto collettivo. La “scivolosa trappola della proporzionalità”⁵¹ spinge la Corte in territori inesplorati anche nelle tradizioni giuridiche dove lo sciopero viene più debolmente protetto⁵², attirando il giudice nazionale in una difficilissima valutazione sul merito del conflitto collettivo, sulla giustificazione stessa degli obiettivi di tutela, oltre che sulla congruità dei mezzi volti a conseguirli. Una valutazione di merito sindacale che – a rigore – non dovrebbe essere neppure lambita dal controllo giudiziale e che è oltretutto condotta alla stregua di un *test* di stretto scrutinio che si rivela particolarmente ostile all'autonomia dell'azione collettiva, finendo per limitare gli scopi di autotutela legittimamente perseguibili dalle parti sociali.

In *Laval*, l'applicazione del *test* di proporzionalità è schiacciata sulla verifica dell'osservanza della direttiva sul distacco, interpretata in termini indebi-

tamente riduttivi e minimalistici delle tutele applicabili nello Stato ospitante, per cui la tradizionale funzione di elevazione degli *standard* di tutela svolta dall'azione e dalla contrattazione collettiva viene in certo modo neutralizzata alla radice in nome della garanzia della certezza giuridica e della trasparenza dei rapporti negoziali transnazionali⁵³. Il richiamo alle previsioni della direttiva 96/71/CE sul distacco si traduce, così, di nuovo nell'applicazione di un *test* di *strict scrutiny*⁵⁴, che risulta perfino più restrittivo di quello applicabile agli Stati membri, i quali possono almeno giovare – seppure a condizioni ben delimitate – della valvola dell'ordine pubblico. Ed anche in *Commissione contro Germania* – in cui pure il richiamo al bilanciamento tra il diritto fondamentale di negoziazione collettiva e i principi in tema di appalti pubblici di servizi sembra sorretto da una più appropriata valutazione del *modus operandi* proprio di questa tecnica di risoluzione dei conflitti tra diritti di rango costituzionale – l'applicazione rigorosa delle minuziose regole di trasparenza del mercato dettate dalle direttive 92/50 e 2004/18 determina, con meccanica consequenzialità, l'accertamento dell'inadempimento dello Stato membro.

4. “Accesso alla giustizia” vs. “giustizia sostanziale” nella giurisprudenza comunitaria sui diritti a prestazione sociale su base transnazionale.

La critica alla concezione dei diritti sociali riconosciuti dalla Corte di giustizia non può, peraltro, essere limitata ai riflessi in qualche modo paradossali che essa, come visto sin qui, implica in ordine alla tenuta di radicati assetti costituzionali dei diritti collettivi in Europa. Essa va estesa ad un altro terreno, nel quale per la verità l'attivismo della Corte in nome dei principi della cittadinanza dell'Unione è stato valutato, almeno sino ad oggi, in termini prevalentemente positivi anche dagli osservatori più rigorosi⁵⁵.

⁵⁰ Punto 81 della sentenza.

⁵¹ S. SCIARRA, *Notions of Solidarity in Times of Economic Uncertainty*, in *Industrial Law Journal*, 2010, pp. 223 ss., qui p. 235.

⁵² V. la preoccupata analisi critica di N. COUNTOURIS, *La Corte di giustizia e il vaso di Pandora del diritto sindacale europeo. Il punto di vista britannico*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Bari, 2009, pp. 95 ss. Per un'analogia critica dal punto di vista del diritto tedesco v., inoltre, E. KOCHER, *Fundamental Social Rights in Community Law and in the German Constitution – Equivalent Rights?*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 2008, vol. 24/3, pp. 385 ss.

⁵³ V. I. INGRAVALLO, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?*, in A. VIMERCATI (a cura di), *Il conflitto sbilanciato*, cit., pp. 35 ss., spec. pp. 43-46.

⁵⁴ Cfr. C. KILPATRICK, *British Jobs for British Workers? UK Industrial Action and Free Movement of Service in EU Law*, Law Society and Economy Working Papers - London School of Economics and Political Science – Law Department, 16/2009, spec. p. 20.

⁵⁵ V. ad esempio, da ultimo, G. BRONZINI, *Il reddito minimo garantito nell'Unione europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione*, in corso di pubblicazione in *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, nonché S. SPINACI, *Libertà di circolazione, cittadinanza europea, principio di eguaglianza*, Napoli, 2011, pp. 132 ss.



Intendiamo riferirci a quella importante linea di giurisprudenza⁵⁶ che, dal *leading case Martínez Sala*⁵⁷ sino alla recentissima sentenza *Zambrano*⁵⁸, ha straordinariamente ampliato la sfera dei diritti di accesso transnazionale ad un'ampia gamma di prestazioni assistenziali e previdenziali degli Stati membri, includendovi anche i cittadini europei economicamente non attivi che versino in condizioni di bisogno sociale, in tal modo dischiudendo anche ad essi le porte di una forma embrionale – ma già effettiva e concreta – di “solidarietà sociale europea”⁵⁹. All'apparenza, questa giurisprudenza segna un momento di affrancamento dalla logica del mercato, il superamento della concezione rigidamente funzionalizzata, propria dei trattati originari, che vuole la libertà di circolazione delle persone, col conseguente accesso ai sistemi di protezione sociale degli Stati membri, limitata ai soggetti economicamente attivi nella veste di lavoratori subordinati o autonomi.

Si è tuttavia obiettato che tale apparente rilievo emancipatorio assunto dalle norme sulla cittadinanza dell'Unione si regge, al fondo, sullo stesso impianto logico che ha consentito alla Corte di modellare intorno alle libertà economiche i tratti caratterizzanti della costituzione economica europea⁶⁰. E che ad un approccio basato sui diritti del singolo⁶¹ – anche quando si tratti del cittadino dell'Unione in stato di bisogno che reclama la garanzia paritaria di un diritto sociale di prestazione – sfugge la dimensione necessariamente collettiva e politica della solidarietà.

La solidarietà finanziaria tra i cittadini degli Stati membri dell'Unione, nei termini affermati dalla Corte di giustizia, rischia, allora, di tradursi in quel-

la “atomistica”, contraddittoriamente sradicata dal contesto collettivo e per questo individualistica, alla quale accede – nel singolo caso particolare – il cittadino europeo che abbia fatto uso attivo della sua libertà di circolazione. In questo modo, come è stato detto, “è la logica formale delle libertà economiche a nascondersi dietro le apparenze della logica sostanziale delle obbligazioni solidaristiche, che sono fondate su beni collettivi e non su diritti individuali, e che sono connotate da relazioni multilaterali complesse governate dai principi della giustizia distributiva e non da quelli della giustizia commutativa”⁶². Il modello di riferimento rimane, nel giudizio della Corte, come pure è stato efficacemente osservato, quello dell’“*access justice*” e non della giustizia sociale sostanziale⁶³. Un modello sociale che, in quanto basato essenzialmente sul principio di non discriminazione, se assicura il libero accesso transnazionale al mercato dei servizi, anche sociali, e finanche alla sfera più “interna” delle prestazioni assistenziali, non si misura con i risultati distributivi, in termini appunto di “giustizia sostanziale”, che l'apertura laterale di tali spazi di solidarietà viene a determinare.

Una siffatta logica, che prefigura “un ordine normativo sociale di diritti senza doveri corrispondenti”⁶⁴, rischia tuttavia di alterare i delicati equilibri distributivi realizzati dai legislatori nazionali e magari di avvantaggiare soggetti meno bisognosi ma meglio attrezzati a far buon uso della libertà di fondamentale di circolazione nello spazio europeo. Tale pare, in effetti, la situazione di quelli che, con Neil Fligstein, potremmo definire i cittadini in senso pieno “europei” o “sovranzionali”⁶⁵, intendendo per tali gli individui mobili che si avvantaggiano delle opportunità della libertà di circolazione, i quali tendono oggi più facilmente a identificarsi nella parte più attiva e dinamica dei corpi sociali nazionali, che non nella figura novecentesca del migrante italiano in cerca di riscatto sociale nel Nord Europa.

La solidarietà transnazionale tra cittadini dell'Unione, in tal modo promossa dalla Corte, si ispirerebbe, così, alla medesima filosofia individualistica che impronta la giurisprudenza sulle altre libertà fondamentali del Trattato: è l’“individualismo” – come ha scritto Alexander Somek – a spiegare, in tale prospettiva, la “sostanza” della cittadinanza europea, quale emerge da questa giurisprudenza⁶⁶.

⁵⁶ Per un'analisi dettagliata (e critica) della quale si rinvia a S. GIUBBONI, *A Certain Degree of Solidarity? Free Movement of Persons and Access to Social Protection in the Case Law of the European Court of Justice*, in M. ROSS, Y. BORGSMANN-PREBIL (eds.), *Promoting Solidarity in the European Union*, Oxford, 2010, pp. 166 ss., e a M. DOUGAN, *Expanding the Frontiers of Union Citizenship by Dismantling the Territorial Boundaries of the National Welfare States?*, in C. BARNARD, O. ODUDU (eds.), *The Outer Limits of European Union Law*, Oxford e Portland, 2009, pp. 119 ss.

⁵⁷ Causa C-85/96.

⁵⁸ Causa C-34/09.

⁵⁹ Cfr. M. FERRERA, *Social Citizenship in the European Union: Toward a Spatial Reconfiguration?*, in CH. K. ANSELL, G. DI PALMA (eds.), *Restructuring Territoriality. Europe and the United States Compared*, Cambridge, 2004, pp. 90 ss.; M. PACI, *Welfare State e solidarietà sociale di fronte alla sfida della regionalizzazione e dell'Unione europea*, in G. BRONZINI (a cura di), *La prospettive del welfare in Europa*, Roma, 2009, pp. 21 ss.

⁶⁰ Cfr. A.J. MENÉNDEZ, *European Citizenship after Martínez Sala and Baumbast. Has European Law Become More Human but Less Social?*, RECON Online Working Paper, 2009/05.

⁶¹ Cfr. pure L. NIGLIA, *Form and Substance in European Constitutional Law: The “Social” Character of Indirect Effect*, in *European Law Journal*, 2010, pp. 439 ss., spec. p. 449.

⁶² A.J. MENÉNDEZ, *European Citizenship*, cit., p. 29.

⁶³ H.-W. MICKLITZ, *Judicial Activism*, cit., p. 26.

⁶⁴ Ivi, p. 39.

⁶⁵ N. FLIGSTEIN, *Euro-Clash. The EU, European Identity, and the Future of Europe*, Oxford, 2009, pp. 123 ss.

⁶⁶ A. SOMEK, *Solidarity Decomposed: Being and Time in European Citizenship*, in *European Law Review*, 2007, pp. 787 ss.



Aderendo a tale critica, può dirsi invero che un recupero della dimensione autenticamente politica della solidarietà sociale è piuttosto rintracciabile nel giudizio con il quale, bilanciando l'interesse dello Stato al controllo della spesa pubblica con l'esercizio individuale della libertà fondamentale, la Corte dà rilievo ad un limite come quello dell'"onere irragionevole", preso in considerazione anche dalla direttiva del 2004. Questo argomento è riecheggiato con forza nella critica rivolta alla giurisprudenza comunitaria sulla rimozione degli ostacoli posti dalle autorità nazionali all'accesso degli studenti stranieri ai corsi universitari delle facoltà mediche⁶⁷ ovvero sul diritto alle cure sanitarie transfrontaliere. È stato infatti autorevolmente detto che, con tale giurisprudenza, "nel nome della solidarietà transnazionale, la Corte ha indebolito o eliminato il controllo dello Stato nazionale sull'equilibrio tra apporto contributivo e prestazioni e sui confini della generosità statale"⁶⁸, rompendo la relazione tra diritti e doveri e il connesso legame di reciprocità che dà legittimità democratica alle forme di redistribuzione sociale attuate dai sistemi nazionali di *welfare*⁶⁹. Per cui solo recuperando un tale equilibrio, una tale condizione di reciprocità, attingibile in quanto tale solo dal processo politico democratico, potrebbe realizzarsi una vera forma di solidarietà sociale europea.

La critica è probabilmente eccessiva nella sua radicalità, in quanto sovrastima i concreti effetti della giurisprudenza della Corte. Essa mette tuttavia a nudo un'indiscutibile debolezza dell'impianto concettuale di tale giurisprudenza, che anche nei casi in cui vengono in rilievo basilari prestazioni di cittadinanza sociale in favore di cittadini europei in stato di bisogno, finisce per incorporare la medesima logica che sottende all'applicazione delle libertà economiche fondamentali, con la "surrettizia mercatizzazione"⁷⁰ dell'accesso transnazionale al *welfare* che si è poc'anzi segnalata. Ecco perché le critiche all'eccessivo attivismo della Corte appaiono, almeno in parte, fondate. Per quanto saggi e ben calibrati possano risultare in concreto gli esercizi di bilan-

ciamento degli interessi in gioco svolti dalla Corte all'ombra del principio di proporzionalità, permane infatti uno scarto "ontologico" tra la complessità delle questioni poste dalla ridefinizione dei confini della solidarietà sociale in Europa e le risorse – cognitive e di legittimazione – di cui dispongono i giudici di Lussemburgo nell'affrontarle.

Occorre per contro in certo modo "ripolitizzare" su scala europea – fermo naturalmente il rispetto del principio fondamentale di non discriminazione – le questioni, cruciali ai fini dell'effettiva configurazione dei legami di solidarietà sociale, relative alla redistribuzione intersoggettiva delle risorse economiche attuata nell'ambito dei sistemi nazionali di *welfare*. Una troppo spinta giudizializzazione a livello europeo delle questioni relative ai conflitti distributivi tipici dello Stato sociale rischia, infatti, di incrinare il corretto funzionamento degli essenziali canali di controllo politico democratico su tali processi redistributivi⁷¹, con evidenti rischi di destabilizzazione dei sistemi nazionali di protezione sociale⁷².

5. Giudizializzazione vs. ripolitizzazione delle questioni sociali nell'Unione europea: qualche spunto conclusivo.

La critica sin qui svolta alla giurisprudenza della Corte in tema di rapporti tra libertà economiche e diritti di azione collettiva e di accesso transnazionale al *welfare* è sorretta, al di là delle specificità degli ambiti presi in esame, da un tratto comune che ci riporta alle considerazioni fatte in apertura e sulle quali è ora opportuno svolgere qualche riflessione conclusiva. Il filo conduttore di questa critica è che la correzione delle asimmetrie tra l'integrazione guidata dalle logiche del mercato e l'indebolimento degli ambiti – ancora essenzialmente nazionali – di soddisfacimento delle istanze di protezione sociale, per quanto agevolata e in un certo senso sollecitata dai nuovi complessivi equilibri costituzionali raggiunti con il Trattato di Lisbona, non può essere

qui p. 815. E si veda, più in generale, la sofisticata elaborazione teorica offerta al riguardo in ID., *Individualism. An Essay on the Authority of the European Union*, Oxford, 2008, spec. pp. 245 ss.

⁶⁷ Cfr. in particolare l'assai discussa sentenza della Corte di giustizia in causa C-147/03, *Commissione contro Austria*.

⁶⁸ F.W. SCHARPF, *The Double Asymmetry of European Integration. Or: Why the EU Cannot Be a Social Market Economy*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, n. 09/12, p. 29.

⁶⁹ Cfr. pure ID., *Legitimacy in the Multilevel European Polity*, Max-Planck-Institut für Gesellschaftsforschung Working Paper, n. 09/1, spec. p. 26.

⁷⁰ A.J. MENÉNDEZ, *op. loc. ult. cit.*

⁷¹ Sia permesso rinviare alle osservazioni critiche in tal senso svolte a margine dell'importante caso *Kattner*, deciso dalla Corte di giustizia con sentenza del 9 marzo 2009 (nel procedimento C-350/07), in S. GIUBBONI, *Le assicurazioni sociali di fronte alle regole del mercato interno*, in *Foro italiano*, IV, c. 458. In termini analoghi v. anche A. SOMEK, *Solidarity Decomposed*, cit., p. 816.

⁷² Si pongono, in tal senso, delicate questioni di contemperamento tra principio democratico e garanzia dei diritti sociali dei singoli, questioni che sono evidentemente rese più complesse dalla loro dimensione transnazionale. Non è possibile in questa sede neppure accennare ai delicati problemi teorici sottostanti a tali questioni: si fa rinvio, per tutte, alla recente sintesi di R. BELLAMY, *Political Constitutionalism. A Republican Defence of the Constitutionality of Democracy*, Cambridge, 2007.



conseguita affidandosi alla sola opera della giurisprudenza ed alle (peraltro altalenanti)⁷³ virtù del (pur essenziale) dialogo tra le corti⁷⁴. La riconciliazione o almeno la riduzione delle pericolose fenditure apertesi tra le due dimensioni – traguardata dalla impegnativa formula della “economia sociale di mercato” – richiede un forte investimento politico, una nuova capacità di progettazione (anche) d’una politica sociale europea adeguata alla complessità e alla profondità della crisi del vecchio continente.

Ai giudici continuerà naturalmente a competere un ruolo centrale nella garanzia dei diritti fondamentali – anche sociali – in Europa⁷⁵. La piena assunzione della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea al rango di fonte primaria dell’ordinamento euro-unitario spinge con forza in questa direzione, come emblematicamente dimostra la recente sentenza della grande sezione della Corte nella causa *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri*⁷⁶. Non mancano, del resto, primi, timidi segnali di apertura della giurisprudenza della Corte di giustizia ad una valutazione più equilibrata delle istanze in conflitto in quella vera e propria area sismica dei rapporti tra mercato unico e sistemi sociali nazionali costituita dalla disciplina del distacco intracomunitario dei lavoratori nell’ambito di una prestazione di servizi⁷⁷.

La ricerca, inevitabilmente calata sul caso concreto sottoposto di volta in volta alla cognizione del giudice⁷⁸, di forme di bilanciamento più amichevoli,

per così dire, rispetto alle istanze di protezione espresse dai sistemi nazionali di diritto del lavoro, risulta oggi d’altra parte potenzialmente agevolata da un quadro di principi e di riferimenti valoriali che, dopo l’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, è certamente più attento alla garanzia di istanze di natura sociale. Ma deve esservi la piena consapevolezza che questa fiducia attiva sulle capacità maieutiche ed auto-corrective del dialogo giudiziale, per quanto indispensabile⁷⁹, da sola non basta a colmare le asimmetrie accumulate in questi anni così difficili e inquieti del processo d’integrazione europea⁸⁰. Occorrono risposte ed interventi che solo una rinnovata forte progettualità politica europea può dare, ricostruendo, con scelte coraggiose, un clima di fiducia collettiva, oggi pericolosamente vacillante, attorno alle istituzioni sopranazionali.

Le risposte sinora espresse dall’Unione per contrastare gli effetti della crisi economico-finanziaria manifestano, tuttavia, una grande debolezza, prima di tutto progettuale, proprio sul versante del coordinamento delle politiche sociali nazionali e del loro necessario ancoraggio – del tutto assente anche come prospettiva ideale – ad autentiche forme di solidarietà sociale organizzate e almeno in parte finanziate a livello europeo⁸¹. Né incoraggia all’ottimismo, al di là dell’insistito richiamo alla formula dell’“economia sociale di mercato”, la vaghezza e la debolezza delle proposte formulate dalla Commissione nel suo progetto di rilancio, che pure vuole essere socialmente orientato, del mercato unico, a cominciare da quelle che riguardano le ipotesi di chiarimenti interpretativi anche in via di eventua-

posizione dei conflitti (anche) interordinamentali “che sempre si rinnova e si fissa in ragione dei casi, su basi di valore [...]” (p. 7).

⁷³ Si veda, anche per una suggestiva proposta ricostruttiva delle forme dialogiche di soluzione dei conflitti costituzionali al livello dell’Unione, il contributo di A. TORRES PÉREZ, *Conflicts of Rights in the European Union. A Theory of Supranational Adjudication*, Oxford, 2009.

⁷⁴ Cfr. G. AZZARITI, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in G. BRONZINI, F. GUARRIELLO, V. PICCONE (a cura di), *Le scommesse dell’Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, Roma, 2009, pp. 139 ss., assai scettico su di “una prospettiva di progressiva giurisprudenzializzazione multilivello del diritto del lavoro” (p. 140).

⁷⁵ Cfr. le giuste osservazioni critiche di B. HACKER e T. VAN TREECK, *What Influence for European Governance? The Reformed Stability and Growth Pact, the Europe 2020 Strategy and the European Semester*, Friedrich Ebert Stiftung – International Policy Analysis, December 2010, nonché B. HACKER, *Discussion Paper: A European Social Stability Pact*, Friedrich Ebert Stiftung – International Policy Analysis, December 2008, per alcune proposte nel senso di uno specifico rafforzamento delle forme di coordinamento delle politiche sociali con l’impiego di strumenti (anche finanziari) di sostegno europeo.

⁷³ Anche in quest’ambito sono invero evidenti i segnali di “sofferenza”, messi in risalto principalmente dal celebre *Lissabon-Urteil* del giudice costituzionale tedesco del 30 giugno 2009 (cfr. da ultimo, per un’analisi attenta ai profili qui discussi, M. RAVERAIRA, *L’ordinamento dell’Unione europea, le identità costituzionali nazionali e i diritti fondamentali. Quale tutela dei diritti sociali dopo il Trattato di Lisbona?*, in corso di pubblicazione in *Rivista del diritto della sicurezza sociale*). Pur senza arretrare rispetto alla affermazione della propria competenza di giudice “ultimo” a garanzia del nucleo intangibile della sovranità democratica nazionale fissati in quella pronuncia, il *Bundesverfassungsgericht* ha peraltro manifestato una ben più ampia disponibilità al dialogo (sia pure indiretto) con la Corte di giustizia dell’Unione europea, nel nome della *Europarechtsfreundlichkeit*, nella più recente decisione del 2010 nel caso *Mangold*, sulla quale v. il commento di R. CAPONI, *Karlsruhe europeista (appunti a prima lettura del Mangold-Beschluss della Corte costituzionale tedesca)*, consultabile in www.astrid-online.it.

⁷⁴ Per un’articolata visione d’insieme del quale v., più di recente, il volume curato da M. PEDRAZZA GORLERO, *Corti costituzionali e Corti europee dopo il Trattato di Lisbona*, Napoli, 2010.

⁷⁵ V. quanto al riguardo mette in rilievo G. VETTORI, *Dialogo fra le corti e tecnica rimediata*, in *Persona e mercato*, 2010, pp. 280 ss., spec. p. 285.

⁷⁶ Corte di giustizia, causa C-236/09.

⁷⁷ V. le sentenze pronunciate nelle cause C-515/08, *Santos Palhota*, e da C-307/09 a C-309/09, *Vico Plus e a.*

⁷⁸ È A. RUGGERI, *Dimensione europea della tutela dei diritti fondamentali e tecniche interpretative*, in www.federalismi.it (n. 3/2009), a ricordare che il bilanciamento è tecnica di com-



le modifica del testo della direttiva sul distacco transnazionale dei lavoratori⁸².

Di fronte a progetti così deboli e rinunciatori, “nel silenzio e nell’incomprensione della politica”, saranno probabilmente ancora i giudici – come è stato autorevolmente detto – “a fare l’Europa”⁸³. Ma anche ipotizzando futuri percorsi di bilanciamento giudiziale improntati ad una maggior ponderazione dei valori sociali nei casi di conflitto con le libertà economiche del mercato unico, sarà difficile colmare il *deficit* essenzialmente politico di solidarietà che rende così asimmetrico, oggi, il processo di integrazione, e così debole ed incerto l’orizzonte del “modello sociale europeo” (o della “economia sociale di mercato”).

⁸² V. COMMISSIONE EUROPEA, *Verso un atto per il mercato unico*, cit., p. 24.

⁸³ S. RODOTÀ, *Nel silenzio della politica i giudici fanno l’Europa*, in G. BRONZINI, V. PICCONE (a cura di), *La Carta e le Corti. I diritti fondamentali nella giurisprudenza europea multilivello*, Taranto, 2007, pp. 23 ss., qui p. 27.

