Giornate di studio Aidlass
Parma, 4 – 5 giugno 2010

Tutela del lavoro e concorrenza tra imprese nell'ordinamento dell'Unione europea

Donata Gottardi, ordinaria di Diritto del lavoro, Università di Verona

1. Un tema che assomiglia alle scatole cinesi.

Per chi, giurista del lavoro, quando parla di mercato intende mercato del lavoro e quando fa riferimento alla concorrenza intende uno degli strumenti di regolazione del mercato unico, ora interno; per chi ha respirato di sollievo, ma mantenuta alta la soglia di attenzione, quando la Corte di giustizia ha escluso che la contrattazione collettiva potesse essere considerata come una distorsione della concorrenza, e ora guarda con allarme, se non vero e proprio sgomento, ad interpretazioni che individuano funzioni e pongono limiti alla contrattazione collettiva e allo sciopero, questo tema presenta numerose insidie. Occorre adottare una scelta metodologica che eviti di allargare troppo il diaframma dell'obiettivo, con incursioni nel campo dell'economia che sarebbero troppo dilettantesche e con riletture dei percorsi della costruzione dell'Unione europea che diventerebbero inevitabilmente generiche, ma anche di chiuderlo troppo, dedicandosi a una puntigliosa analisi della giurisprudenza della Corte, che potrebbe essere fuorviante della necessità di dar conto dei cambiamenti intervenuti nelle fonti e nella normativa di rango europeo, per proporne un'interpretazione coordinata e sistematica.

Sono molti e sempre più impellenti gli interrogativi che da lungo tempo ci assillano. Possiamo parlare di modello sociale europeo, consapevoli di quanto diversi siano i percorsi dei singoli Paesi membri, anche una volta accorpati nelle quattro aree geografiche di attrazione? Come avviene, con quali metodi e da parte di chi il contemperamento delle libertà cosiddette economiche con i diritti fondamentali, soprattutto ora che sono entrati nel Trattato? La dimensione sociale è ancora subordinata a quella economica o ci sono segnali e prospettive di cambiamento? Come ha inciso la crisi economica e finanziaria globale e cosa sta accadendo ora con i drammatici dubbi sulla tenuta delle finanze pubbliche, anche nella finora elitaria eurozona? Più che risposte, cercherò di fornire alcune piste di riflessione, utilizzando frammenti anche eterogenei, nell'impossibilità di tener conto di ogni aspetto e di ogni elemento di un quadro così ampio e complesso e nella consapevolezza di una moltiplicazione dei temi che finisce per disperdersi in mille rivoli.

E' mia intenzione delimitare l'indagine ad alcuni degli ambiti in cui si realizza il collegamento tra concorrenza e 'materie di interesse sindacale e del lavoro', utilizzando questa formula in omaggio affettuoso e riconoscente allo Statuto dei diritti dei lavoratori – giusto nei giorni in cui compie quarant'anni. Come cercherò di dimostrare, a livello di Unione europea, sono sempre più numerosi i punti di contatto o, meglio, gli intrecci che si sono e che si stanno realizzando. Su questo esistono già analisi approfondite, riservate a singole tematiche o di portata più generale. Quello che mi pare sia percepito di meno è quanto il rapporto tra tutela del lavoro e regole della concorrenza debba essere affrontato seguendo un approccio diacronico e dinamico, che dia conto non solo degli esiti – dei fenomeni, dei casi, delle controversie – ma prima di tutto dell'evoluzione normativa, nella legislazione derivata e, ancora di più, nei Trattati, su entrambi i versanti considerati.

Possiamo arrivare ad affermare, anticipando quanto verrà di seguito esaminato, che, proprio nel momento di massima incertezza, determinata dall'impatto della recente giurisprudenza della Corte di giustizia, che ha disegnato inediti recinti per l'autonomia collettiva, e dimostrata dalla mole di analisi a questa dedicate anche nel nostro Paese al limite della vivisezione, il quadro a livello di fonti primarie abbia subito un cambiamento tale da permettere di ipotizzare un rovesciamento della prospettiva e di far sperare in una soluzione di continuità alla radice dell'interpretazione corrente in dottrina e in giurisprudenza.

Sono almeno due le macro-modifiche intervenute di recente: nell'economia reale, l'esplodere della crisi finanziaria ed economica, a partire soprattutto dalla seconda metà del 2008, con la messa in discussione dell'idea di mercato autoregolantesi[1], e ora lo scardinamento dei parametri del patto di stabilità e crescita, con l'esplosione del caso Grecia; sotto il profilo istituzionale, l'entrata in vigore dell'atteso e travagliato Trattato di Lisbona (erede del Trattato costituzionale), con interventi sia sul versante dei diritti sociali, tra cui la definitiva vincolatività della Carta di Nizza, sia su quello della concorrenza, finora minimizzati o addirittura occultati dagli interpreti. Su entrambi questi aspetti cercherò di incentrare l'analisi.

E' da tempo che l'attenzione della dottrina giuslavorista è stata catturata dalla consapevolezza dell'incidenza esercitata dalle regole della concorrenza su quelle del lavoro (e delle politiche occupazionali). Affrontare il tema dedicando particolare attenzione al versante delle relazioni collettive di lavoro significa valorizzare anche la dimensione dei diritti della persona (che lavora, intesa in senso ampio, comprensiva delle persone che cercano occupazione), a rilevanza collettiva, quella che maggiormente rischia di essere spinta verso la risacca dall'onda lunga dell'individualizzazione e dell'isolamento; significa utilizzare la nozione di autonomia collettiva così come presente nell'*acquis communautaire*, ora *acquis européen*, avendo a riferimento prioritario contrattazione collettiva e sciopero, cioè i due versanti dell'azione sindacale che hanno finito per intersecare, per funzione, modalità e contenuti, le regole della concorrenza, lasciando sullo sfondo rappresentatività e partecipazione.

La verifica dei temi sui quali a livello europeo e nazionale è presente la rilevanza collettiva, ci conduce in aree molto diverse tra loro. L'intreccio tra concorrenza e ristrutturazioni, licenziamenti collettivi e trasferimenti di azienda ci proietta nell'arcipelago delle delocalizzazioni e della mobilità del personale, al seguito delle imprese. Il pacchetto di decisioni sul distacco transnazionale, introdotte dalla collisione tra boicottaggio e libertà di stabilimento, fa esplodere il tema del contemperamento tra libertà economiche e diritti fondamentali, rendendo dirompente la concorrenza tra ordinamenti che si manifesta nei fatti nella concorrenza tra lavoratori, con tutto il carico di vincoli alla contrattazione collettiva e allo sciopero. La giurisprudenza sull'abuso di posizione dominante nei monopoli pubblici in ambito sociale ci spinge nel campo dei servizi di interesse generale, nei molteplici prismi che vanno dalla protezione di diritti collegati alla prestazione di lavoro, come nel caso della previdenza, al cambiamento di ruolo degli stessi attori collettivi, come nel caso del passaggio dal collocamento pubblico alla variegata gamma di soggetti autorizzati a svolgere attività di intermediazione. Le decisioni sugli aiuti di Stato ci dimostrano il diverso ordine, nazionale ed europeo, nella promozione dell'occupazione di qualità e nella salvaguardia dei posti di lavoro, che pure sono le parole chiave della Strategia di più lunga durata, quella di Lisbona, da poco rilanciata nei suoi epigoni[2].

---

[1] A quasi un decennio di distanza, mi pare che ad essere cambiata sia la stessa premessa da cui parte uno dei primi giuslavoristi apri-pista di un approccio aperto al dialogo metodologico con gli economisti. "La cultura economica" non mi sembra abbia più il "monopolio culturale" al punto da parlare di "pensiero unico" (R. Del Punta, *L'economia e le ragioni del diritto del lavoro*, in GDLRI, 2001, p. 3).

[2] La Strategia di Lisbona del 2000 è considerata "una stagione particolarmente fertile per la visibilità delle politiche occupazionali europee" (S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo. Un'analisi delle fonti*, in *Il lavoro subordinato*, a cura di S. Sciarra - B. Caruso, Trattato di diritto privato dell'Unione europea, diretto da G. Ajani e G. A.

La verifica dei temi ci dimostra anche una forte discrasia, con le regole della concorrenza finora considerate compiutamente incardinate nel sistema giuridico dell'Unione, al punto da far parlare, come vedremo, di loro costituzionalizzazione, e interventi sul versante sociale, sindacale e del lavoro che non sono riusciti ad arrivare al cuore[3], consentendo una costruzione dogmatica di pari rilevanza giuridica.

2. Il diritto del lavoro tra armonizzazione e *dumping sociale*.

E' di palmare evidenza la profonda asimmetria sul significato stesso di diritto del lavoro tra la costruzione nazionale, con il portato di decenni di fonti legislative, di orientamenti giurisprudenziali e di elaborazioni della dottrina, e quella a livello di Unione, dove si registra notevole confusione e disconoscimento della sua funzione primaria di riequilibrio di posizioni impari e di protezione del contraente debole[4]. Eppure, il tema della sua identità ha avuto occasione di essere affrontato espressamente dalle istituzioni europee, a partire dall'apertura della consultazione da parte della Commissione nel Libro verde su come modernizzare il diritto del lavoro, oltre che nella adozione dei principi comuni di *Flexicurity*. Manca la prospettiva del diritto diseguale e prevale quella paritaria, di equidistanza nella regolazione delle condizioni di lavoro per le due parti del rapporto di lavoro[5], speculare alla attenzione alla dimensione individuale e non a quella collettiva, e manca la chiara delimitazione tra dimensione europea e quelle nazionali, talora ricostruita, ma senza successo, nella giurisprudenza della Corte di giustizia[6], contribuendo a creare l'*humus* su cui si innestano relazioni pericolose e aporie interpretative.

Benacchio, vol. V, Giappichelli, Torino, 2009, p. 1 e, ivi, p. 18). Tanto fertile che le parole chiave utilizzate sono riproposte senza quasi modificazioni nella Strategia del post-Lisbona, per il nuovo decennio che ci porterà al 2020. Se inizialmente si progettava, per il 2010, di far diventare l'Unione europea "l'economia basata sulla conoscenza più competitiva e dinamica del mondo, in grado di realizzare una crescita economica sostenibile con nuovi e maggiori posti di lavoro e una maggiore coesione sociale", il post-Lisbona è molto simile. Nell'immaginare la strategia per il 2020 ["UE 2020" (COM(2009) 647 def.)], la Commissione ritiene sia la conoscenza "il motore della crescita durevole. In un mondo in rapida mutazione, sono l'educazione e la ricerca, l'innovazione e la creatività che fanno la differenza". Tranne una accentuazione in favore della *green economy*, le parole chiave sono rimaste le medesime, in parte a confermarne la validità, in parte ad ammetterne la (almeno) temporanea sconfitta.

[3] Così T. Treu, *Le regole sociali europee: quali innovazioni?*, in *Europa e diritto privato*, 2004, pp. 33 e ss.

[4] Nel contesto europeo, il diritto del lavoro assume "connotati più sfumati: non necessariamente uno strumento di emancipazione sociale, né un coerente sistema di garanzie per il contraente debole, ma un ingrediente di altre strategie, in particolare delle politiche occupazionali e di inclusione sociale" (S. Sciarra, *Di fronte all'Europa. Passato e presente del diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-12/2003, p. 26). Già G. F. Mancini aveva spiegato in modo *tranchant* che "i padri dell'Europa" e le sue istituzioni non hanno mai teso "a riformare la condizione dell'uomo che vende la sua forza lavoro" (*L'incidenza del diritto comunitario sul diritto del lavoro degli stati membri*, in Riv. dir. eu., 1989, p. 9 e ora in *Democrazia e costituzionalismo nell'Unione europea*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 159 e, ivi, p. 160). Cfr. le riflessioni di Lord Wedderburn, *Lasky's behind the law. Lasky e il diritto dietro la legge: dal 1906 al diritto del lavoro europeo*, in LD, 1996, p. 539.

[5] E questo non solo nei documenti della Commissione e del Consiglio, ma anche in quelli del Parlamento europeo, che pure non ha mancato di rimarcare diversità di vedute. "Il diritto del lavoro fornisce sicurezza giuridica e tutela a lavoratori e datori di lavoro" (così nella risoluzione sulla *Flexicurity* del 29 novembre 2007). Nella relazione sul Libro verde, per il relatore socialista danese, "il diritto del lavoro regola i rapporti di forza tra lavoratori e datori di lavoro". Sia consentito il rinvio a *La Flexicurity al vaglio del Parlamento europeo*, in DLM, 2007, n. 3, p. 477 e, ivi, p. 483.

[6] Un esempio emblematico lo troviamo nelle conclusioni dell'avvocato generale, la slovena *Verica Trstenjak*, nella causa C-69/08, *Visciano* c. INPS, del 2 aprile 2009, che ritiene che "il diritto del lavoro degli Stati membri dell'Unione europea (sia) stato oggetto di armonizzazione in alcuni settori. Il diritto emanato al riguardo può essere in linea di principio suddiviso in dichiarazioni di principio, normative intese alla tutela del lavoratore in caso di crisi aziendali e alla salvaguardia della parità di trattamento tra uomini e donne, nonché in disposizioni concernenti la tutela del lavoro

E' ancora di estrema attualità il giudizio formulato da M. D'Antona: "l'influenza esercitata dal diritto comunitario sull'evoluzione del diritto del lavoro e della sicurezza sociale nei paesi della Comunità europea si può considerare profonda, ma non univoca"[7]. Si muove in questa prospettiva, ma superando con più determinazione la cautela, chi afferma che "l'analisi storica delle più rilevanti fonti europee e della loro evoluzione induce ad affermare che, ancorché imperfetto, un sistema sopranazionale di norme attinenti alla regolamentazione dei rapporti di lavoro esiste e proietta un'ombra sempre più corposa sui singoli ordinamenti nazionali", con la possibilità di arrivare a definirlo "diritto del lavoro transfrontaliero"[8].

Si dovrebbe allora distinguere all'interno del diritto del lavoro dell'Unione europea quello volto a regolare in via diretta le fattispecie della mobilità transnazionale e quello volto a indurre modificazioni delle normative nazionali per ottenere, in via *hard* o *soft*, armonizzazione almeno in determinati ambiti[9].

Sullo sfondo resta la concorrenza tra ordinamenti (*regulatory competition*)[10] e la riproposizione virulenta del fenomeno del *dumping* sociale[11], anche infra-Unione europea.

Nulla di nuovo sotto il sole. Il dibattito sul *social dumping* risale ai lavori preparatori del Trattato di Roma. Già allora ci si interrogava sulla necessità di armonizzare le condizioni di lavoro prima di intervenire a liberalizzare il commercio, scontrandosi con quanti sostenevano che la liberalizzazione avrebbe avuto come naturale conseguenza l'armonizzazione[12]. Già allora si sono

---

sul piano tecnico" (punto 50). Trattandosi di un caso in cui si discuteva della direttiva n. 80/987/CEE sulla tutela dei lavoratori subordinati in caso di insolvenza del datore di lavoro, l'avvocato generale include questa normativa nella seconda categoria, con l'obiettivo di assicurare "una tutela minima di tutti i lavoratori subordinati" (punto 51). Ne consegue che "la tutela offerta dalla direttiva è … concepita quale standard minimo di diritto comunitario", risultando "da un'armonizzazione parziale del diritto nazionale" (punto 52). L'affermazione sopra riportata riprende la sentenza 14 luglio 1998, causa C-125/97, *Regeling*, in particolare al punto 19. Nelle conclusioni dell'avvocato generale *Cosmas* del 14 maggio 1998, si attribuiva il risultato della armonizzazione solo parziale "alle divergenze significative che presentavano le legislazioni degli Stati membri in materia" (e questo già prima dell'allargamento).

[7] *Sistema giuridico comunitario*, in *Dizionario di diritto del lavoro comunitario*, a cura di A. Baylos Grau, B. Caruso, M. D'Antona, S. Sciarra, Monduzzi, Bologna, 1996, p. 3 e, ivi, 19 e, ora, in *Opere*, I, Giuffrè, 2000, p. 377.

[8] S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo* …, cit., p. 3 e, ivi, p. 28.

[9] Di permanente attualità le suggestioni di U. Romagnoli, *Per un diritto del lavoro post-industriale e sovrananzionale*, in LD, 1999, n. 2, p. 209.

[10] Dato che ci stiamo occupando di "una concorrenza fra le imprese, che si realizza mediante il contenuto dell'ordinamento giuridico del lavoro", che arriva alla concorrenza fra gli Stati (A. Jeammaud, *La 'mondializzazione': banco di prova per il diritto del lavoro*, in *Globalizzazione* …, cit. p. 55 e, ivi, p. 60).In riferimento alla concorrenza tra ordinamenti si è parlato di 'mercato delle regole'. Così Zoppini, *Concorrenza tra ordinamenti*, 2004. Cfr. Lo Faro, *Funzioni e finzioni della contrattazione collettiva comunitaria. La contrattazione collettiva come risorsa dell'ordinamento giuridico comunitario*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 69; F. Bano, p. 228 e ss. Emblematico il caso *Centros*, risolto dalla Corte il 9 marzo 1999, causa C-212/97, con cittadini danesi che costituiscono una *private limited co.* in Inghilterra, senza svolgervi attività, e chiedono l'apertura della succursale in Danimarca, al fine di utilizzare il differenziale favorevole di costi e di oneri a carico. Il rifiuto opposto dalle autorità danesi è rimosso dalla Corte, che ammette solo la possibilità di adottare misure di prevenzione o sanzione delle frodi.

[11] E' nota a tutti la fattispecie originaria del *dumping* sociale, consistente nella produzione e commercializzazione di prodotti su scala internazionale ad un prezzo inferiore a quello che sarebbe se il paese esportatore rispettasse i diritti sociali fondamentali. Non a caso il tema è intrecciato a quello della individuazione e della vincolatività dei c.d. *core labour standards*. La questione, posta in questi termini, ci parla delle abissali differenze intercorrenti nel mercato mondiale. Ai nostri fini va ricondotta nell'alveo del mercato interno, con condizioni e differenziali che, per quanto ampiamente diversi, sicuramente non arrivano a questo punto. Anche sotto questo profilo va messa in rilievo la differenza tra la clausola di progresso sociale e la clausola sociale negli scambi internazionali. Cfr. A. Perulli, *Diritto del lavoro e globalizzazione*, Cedam, Padova, 1999 e T. Treu, *Compiti e strumenti delle relazioni industriali nel mercato globale*, in LD, 1999, n. 2, p. 191 e, ivi, p. 205.

[12] Risalgono al 1956 tre studi in materia: *Delpérée* (alto funzionario dell'Organizzazione per la cooperazione economica europea); ILO, con un gruppo di esperti guidati da *Ohlin*; *Comité intergouvernemental créé par la Conférence de Messine*, presieduto dall'allora ministro degli esteri belga *Spaak*, in cui si ritrovano le diverse posizioni sul punto. Cfr. S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato. La dimensione sociale dell'integrazione europea*, Il Mulino, Bologna, 2003, pp.

poste le basi per distinguere tra costi salariali e non salariali sul versante del lavoro e tra distorsioni generali e specifiche sul versante della concorrenza[13]. Il Trattato di Roma sostanzialmente privilegiava la tesi deterministica[14], promuovendo il miglioramento delle condizioni di lavoro "in modo tale da rendere possibile una loro armonizzazione", senza alcun dispositivo che portasse a questo risultato, se non, come è ampiamente noto, sui due punti specifici della parità retributiva tra lavoratori e lavoratrici e delle ferie retribuite.

Disponiamo di eccellenti analisi ricostruttive per poter essere esentata, anche per evidenti limiti di spazio, dall'approfondire questi aspetti, fatta eccezione per un punto che considero decisivo, anche per una migliore interpretazione del contesto attuale e delle possibili evoluzioni. La dottrina ha bene messo in evidenza come il modello costituzionale delle origini prevedesse una combinazione tra una forte integrazione economica per la via del mercato comune, ora interno[15], e una rigorosa difesa delle prerogative statali in materia sociale; solo a partire dalla seconda metà degli anni '80, si è assistito alla progressiva 'infiltrazione', secondo l'espressione ormai classica di G. Lyon-Caen[16], delle regole della concorrenza e del mercato nei diritti sociali e del lavoro nazionali[17].

Continuare ad ascrivere all'impianto originario un assetto che è, invece, frutto di una evoluzione, per di più non lineare, è una operazione non del tutto veritiera. Questo non significa negare la 'frigidità sociale' della versione originaria del Trattato, denunciata da G. F. Mancini[18], né la lentezza della costruzione di un'anima sociale[19], ma mettere in evidenza quanto tra le due aree qui considerate intercorresse inizialmente una relazione di indifferenza o, meglio, di non interferenza. Con straordinaria lungimiranza M. D'Antona ascrive all'armonizzazione 'funzionalista', in quanto rivolta non a tutelare "il lavoro ma la libera concorrenza", i fenomeni, più recenti, quelli del "superamento dei monopoli pubblici e privati e la liberalizzazione dei mercati protetti", volti non a generalizzare le "tutele minime", ma ad eliminare "disposizioni lavoristiche con effetti limitativi dell'accesso ai mercati"[20].

Parla di "concorrenza falsata dal *dumping sociale* e dalle politiche deflazioniste" la Dichiarazione di Parigi della CES del 28 maggio 2009[21]. Ed è il Parlamento europeo che afferma l'importanza del "rispetto delle disposizioni legali e convenzionali e l'equilibrio fra i due modelli

---

44 e ss. e S. Deakin, *Labour Law as Market Regulation: the Economic Foundations of European Social Policy*, in P. Davies, A. Lyon-Caen, S. Sciarra, S. Simitis, *European Community Labour Law: Principles and Perspectives. Liber Amicorum Lord Wedderburn*, Oxford, 1996, pp. 63 e ss.

[13] Le distorsioni generali sono quelle non armonizzabili, in quanto derivanti da differenze nelle condizioni economiche generali dei singoli Paesi, mentre quelle specifiche riguardano singoli settori o ambiti.

[14] Parafrasando J. E. Stiglitz si potrebbe parlare di *trickle down*, della criticata economia del goccia a goccia secondo la quale la crescita, prima o poi, va a vantaggio di tutti (*La globalizzazione e i suoi oppositori*, Torino, Einaudi, 2002, pp. 77 e s.).

[15] Il progressivo aggiornamento terminologico ha fatto diventare, il mercato comune, unico (dal 1° gennaio 1993) e, ora, interno (dal 1° gennaio 2010), a dimostrazione della crescente attenzione alla mondializzazione.

[16] G. Lyon Caen, *L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence*, in DO, 1992, p. 313.

[17] Per tutti, S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato …*, cit., spec. pp. 82 e ss.

[18] G. F. Mancini, *Principi fondamentali di diritto del lavoro nell'ordinamento delle Comunità europee*, in AA. VV., *Il lavoro nel diritto comunitario e l'ordinamento italiano*, Cedam, Padova, 1988, p. 26*.

[19] La più recente ricognizione è quella effettuata da M. Roccella e D. Izzi, *Lavoro e diritto nell'Unione europea*, Cedam, Padova, 2010, riproduzione del capitolo *Diritto comunitario e diritto del lavoro*, in *Trattato di diritto del lavoro*, diretto da M. Persiani e F. Carinci.

[20] M. D'Antona, *Diritto del lavoro di fine secolo: una crisi di identità?*, in RGL, 1998, I, p. 311 e, ora, in *Opere*, cit., p. 221 e, ivi, pp. 235 e s. e, più diffusamente, in *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in RTDPC, 1994, p. 695 e, ora, in *Opere*, cit., p. 325. Anche per D'Antona, "nel periodo che va dal Trattato di Roma al Trattato di Maastricht, gli ordinamenti del lavoro europei sono stati toccati dal diritto comunitario solo in modo tangente" (p. 327).

[21] "La dimensione sociale dell'Europa è da troppo tempo troppo modesta. E' tempo di … ristabilire le sue ambizioni sociali".

normativi del diritto del lavoro e della contrattazione collettiva", quale "precondizione per introdurre valori uniformi in una diversità di sistemi"[22].

L'eterogeneità è, infatti, aumentata a dismisura a seguito dell'allargamento a est dell'Unione[23]. Le differenze sono estreme e vanno da quelle ordinamentali a quelle legislative e socio-economiche, arrivando allo stesso approccio sistematico, mancando un comune sentire nel comprendere cosa sia e non solo cosa stia diventando il diritto del lavoro[24], con inevitabili ripercussioni al livello sovra-nazionale.

Quanto ai diversi *standard* di protezione sociale, può bastare fare riferimento ai minimi retributivi[25], che, pur tenendo conto delle differenze di potere d'acquisto e di costo della vita, ci mostrano una divaricazione abissale[26], che finisce per catalizzare l'attenzione rispetto al progresso normativo. L'enorme potenzialità di competizione economico-regolativa che ne deriva va saldata al consapevole utilizzo del differenziale di costi. La richiesta di revisione della direttiva sul distacco intra-mercato unico/interno[27] ha visto contrapposti al Parlamento europeo più che i gruppi politici, i rappresentanti dei Paesi *new comers*[28], i cui governi rivendicano politiche spregiudicate di accesso ai mercati del lavoro dell'Unione contando sui differenziali retributivi e protestando per la difesa dei sistemi di *Welfare* e di relazioni sindacali dei 'vecchi' Paesi, considerata fenomeno di protezionismo[29]. Eppure la parità di trattamento "non può essere considerata modalità subdola e un po' astuta di protezionismo, ma principio interconnesso con la libertà di circolazione delle persone nello spazio unico europeo: questa garanzia fa parte della nostra storia di grandi migrazioni interne. Se ora riguarda prevalentemente i Paesi dell'est, fino a qualche decennio fa riguardava in particolare il nostro Paese"[30]. E sta ancora riguardandolo, come dimostrano i fatti avvenuti in Gran

---

[22] Risoluzione del 6 maggio 2009 *sull'Agenda sociale rinnovata* [2008/2330(INI)], considerando R.

[23] T. Boeri – F. Coricelli, *Europa: più grande o più unita?* Laterza, Bari, 2003.

[24] Da condividere il giudizio di A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva nei paesi newcomers ed il modello sociale europeo*, in DLM, 2009, n. 2, p. 305, secondo il quale "più che come avvicinamento ad un modello sociale europeo, l'accessione nell'UE è stata infatti essenzialmente percepita dai nuovi Stati membri come ingresso in un mercato unico europeo, con tutto ciò che da questo consegue in termini di attrazione di investimenti esteri e, nella direzione opposta, di fornitura di servizi *low-cost* all'estero" (p. 313).

[25] Il nostro Paese, come è noto, non vi è compreso, essendo privo di questo livello di determinazione che ci rende oggetto di perplessità, dato che solo in parte – e sempre meno – la spiegazione può fondarsi sull'ampia copertura mediante la contrattazione collettiva nazionale.

[26] Con riferimento ai tassi di cambio al 28 marzo 2010 si va da 1.682.76 euro per il Lussemburgo a 122,59 euro per la Bulgaria, ai 147,34 euro per la Romania, ai 314,91 per la Repubblica ceca.

[27] La *ratio* della direttiva consiste nel garantire il nucleo essenziale di tutela – che evoca, senza esserlo, i *core labour standards* –, per i lavoratori che si spostano per una prestazione transnazionale di servizi al seguito di imprese e non a titolo individuale, per i quali è prevista la parità di trattamento (per tutti, G. Orlandini, *I diritti dei lavoratori migranti nell'ambito del mercato dei servizi*, in *Il lavoro subordinato*, cit., p.551 e, ivi, p. 555). Ne deriva un incremento della concorrenza fra imprese basata sul differenziale di costo del lavoro. Ma attenzione, in questo caso il *dumping sociale* non riguarda solo il differenziale tra i vari Paesi dell'Unione (incrementato a dismisura a seguito dell'allargamento), ma il differenziale importato, per la parte in cui si contrappone un trattamento pieno a un trattamento minimo.

[28] B. Bercusson, *The Trade Union Movement and the European Union: Judgment Day*, in *European Law Journal*, 2007, n. 13, p. 279. Cfr., inoltre, A. Lo Faro, *La contrattazione collettiva nei paesi newcomers* …, cit., che richiama l'opinione della relatrice popolare polacca *Handzlik*, in commissione mercato interno del Parlamento europeo sulla Risoluzione sulle sfide per contrattazione collettiva, con cui si è chiesto alla Commissione la revisione della direttiva distacco dopo le sentenze della Corte, e che contiene "affermazioni apertamente simpatetiche nei confronti di quella giurisprudenza comunitaria vigorosamente criticata dal testo finale della Risoluzione medesima".

[29] Questo approccio trova radici anche nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Un esempio nel procedimento C-164/99, *Portugaia Construcoes*, decisione del 24 gennaio 2002, con un pretore tedesco che solleva dubbi circa la compatibilità della normativa tedesca in materia di distacco, per la parte in cui fissa una retribuzione minima inderogabile, ritenendo che la sua *ratio* consista nella tutela del mercato nazionale del lavoro contro il *dumping sociale* e nella riduzione della disoccupazione interna (p. 12).

[30] Che non ha mai chiesto per i nostri emigranti i trattamenti minimi per competere con i lavoratori nazionali. Sia consentito rinviare al mio *Diritti sindacali e libertà economiche* …, cit., p. 574.

Bretagna nel 2009 nel sito nel *Lincolnshire* dell'impresa *Lindsay*, con la rivendicazione di riservare l'attività alla forza lavoro locale penalizzata dalla crisi e non ai lavoratori italiani distaccati nel subappalto.

Coesiste con l'incremento dell'eterogeneità anche la ripresa di pulsioni nazionaliste, spesso mascherate da 'questione sicurezza'[31] ed enfatizzate dalla crisi. E' una dinamica ben conosciuta se, già nel 1996, veniva osservato "che, dopo il Trattato di Maastricht, le politiche comunitarie della concorrenza si sviluppano in una situazione in cui l'abbassamento generalizzato dei livelli di crescita rende più propensi gli Stati ad adottare atteggiamenti difensivi, con un approfondimento delle distanze che separano le aree regionali deboli da quelle forti e un ulteriore segmentazione e diversificazione dei mercati del lavoro"[32].

Una riprova del fatto che è caduto un ulteriore velo al *dumping sociale* infra-Ue la troviamo nella revisione delle regole che presidiano il Fondo di adeguamento alla globalizzazione. Il Fondo è stato istituito con un regolamento della fine del 2006[33] ed è stato riformato nel maggio del 2009[34]. Quello che interessa qui mettere in evidenza è che, fin dalla sua introduzione, sono stati sollevati dubbi circa la necessità di intervenire anche a protezione dei lavoratori penalizzati dalle scelte di delocalizzazione delle imprese esercitate all'interno dell'Unione, tra Paesi a diversa intensità di protezione sociale e del lavoro. Questa esigenza confliggeva però con l'idea stessa di mercato unico europeo. La crisi ha spinto verso la rimozione di questa reticenza, con l'accettazione del suo transito da 'ammortizzatore sociale' (diremmo noi) nei confronti delle dislocazioni delle imprese nel mondo ad 'ammortizzatore sociale' nei confronti della crisi economica e finanziaria. Rimane al momento, tuttavia, solo un auspicio che il Fondo diventi il primo embrione di "uno schema di tutela attiva contro la disoccupazione a base propriamente comunitaria"[35], sia per il suo carattere residuale, testimoniato dalla limitata disponibilità di risorse su cui incide l'origine come recupero di una disponibilità di bilancio, sia per la timidezza a farlo diventare effettivamente strumento di intervento diretto per una solidarietà tra i cittadini dell'Unione europea, a partire da un suo riconoscimento come tale.

E' rimasta quasi sempre ai margini la suggestiva proposta di un regime normativo – il c.d. 'ventottesimo regime' o il regime 'n+1' – opzionale e alternativo rispetto a quelli esistenti nei singoli Stati membri. Se ne trova traccia nel campo della regolamentazione dei servizi finanziari, in riferimento al Libro verde sui servizi finanziari al dettaglio nel mercato unico[36] e al Libro bianco sull'integrazione dei mercati UE del credito ipotecario[37], al fine di ottenere un quadro di riferimento

---

[31] Sia consentito rinviare al mio *Diritti sociali dalla prospettiva* …, cit., p. 343.

[32] G. Meliadò, *Concorrenza e politiche sociali*, in *Dizionario*, cit., p. 282.

[33] Regolamento CE n. 1927/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006, *che istituisce un Fondo europeo di adeguamento alla globalizzazione*, iniziativa fortemente voluta da Barroso, al suo primo mandato alla presidenza della Commissione europea, che non sostituisce, ma affianca, le misure nazionali e quelle dei Fondi strutturali, e che ha attirato scarsamente l'attenzione della dottrina. Fa eccezione S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo* …, cit., secondo la quale questo fondo lascia "trasparire nuove dimensioni della solidarietà europea" (p. 23). Finora, il nostro Paese è stato ammesso a utilizzare risorse nel settore tessile in alcune regioni, come la Sardegna e il Piemonte.

[34] Regolamento CE n. 546/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio del 18 giugno 2009, che modifica il regolamento precedente.

[35] Cfr. S. Giubboni, *Cittadinanza e mercato nell'Europa sociale*, in *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*,a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, V. Piccone, Ediesse, Roma, 2009, p. 345 e, ivi, p. 360.

[36] Nella Risoluzione del PE del 5 giugno 2008 (2007/2287 (INI)), tale nozione è "presentata quale nuovo approccio alla regolamentazione europea intesa a consentire un'offerta transfrontaliera comportante norme di protezione dei consumatori uniformemente elevate" (punto 9).

[37] Nel Parere del CESE del 3 febbraio 2009 (2009/C 27/04) si apprezza la sua eventuale introduzione per ottenere "una maggiore integrazione del mercato comunitario dei mutui ipotecari aumentando così le opportunità di scelta dei contraenti" (punto 4.2).

comune[38]. Questa prospettiva è più volte richiamata nel Rapporto in questi giorni consegnato da Mario Monti al Presidente della Commissione *Barroso* su come rilanciare il mercato unico[39].

3. La concorrenza e la sua apologia.

Gli studiosi che si occupano di concorrenza per lungo tempo non hanno insinuato dubbi. La concorrenza è il "motore dello sviluppo economico", in quanto "stimola lo spirito di iniziativa, l'innovazione, il progresso tecnico ed economico", "contribuisce all'accrescimento dell'efficienza del processo economico, assicurando in modo durevole la ripartizione più razionale dei fattori di produzione"[40]. Si parla di 'costituzionalizzazione' delle regole comunitarie sulla concorrenza[41], con una visione apologetica che guarda al divieto di distorsioni come aspetto supplementare o complementare rispetto al principio della libertà di concorrenza, visto come cardine del sistema, e che taccia di protezionismo ogni tentativo di ridimensionamento o richiesta di chiarimento sul valore da attribuire alla concorrenza.

Raccontano gli storici che il primo tentativo di ostacolare i cartelli tra imprese – dominanti nel mercato del petrolio, dei trasporti ferroviari, dello zucchero e del grano – è stata la legge *Sherman* statunitense in difesa della *middle class*, presentata come argine democratico e risposta alle preoccupazioni di ordine sociale rispetto alle crescenti diseguaglianze nelle condizioni di reddito e di opportunità, dovute alla concentrazione del capitale nelle mani di pochi[42], e come tentativo del potere politico di liberarsi dall'influenza determinante del potere economico[43].

Raccontano gli economisti dello scontro fra le scuole di *Harvard* e di *Chicago* tra protezione della concorrenza e promozione dell'efficienza, che rende evidente l'ambivalenza delle scelte europee in favore di un bilanciamento per la via di eccezioni numerose.

Resta una retorica, a livello nazionale e di Unione europea, che enfatizza il ruolo della concorrenza come processo competitivo dinamico, mediante il quale si può rivitalizzare il sistema di mercato liberando le energie migliori, aumentare la produttività e con essa la ricchezza del Paese.

Resta una retorica, nella dottrina commercialistica, che eleva il parametro dell'economia aperta e in libera concorrenza a principio generale e ascrive la concorrenza tra i valori costituzionali dell'ordinamento comunitario, utilizzando un ragionamento circolare. Se obiettivo della Unione europea è la creazione del mercato unico/interno, in cui siano assicurate le quattro libertà della

---

[38] Se ne trova traccia anche nell'*iter* di approvazione dello statuto della società privata europea, per consentire anche alle piccole e medie imprese di disporre di "una forma giuridica il più possibile uniforme" a livello di Unione, preso atto dell'impossibilità di armonizzare i regimi giuridici nazionali. Nel testo adottato in plenaria [Risoluzione legislativa del PE, nell'ambito della procedura di consultazione, del 10 marzo 2009 (COM(2008) 396] l'attenzione è stata rivolta a evitare l'abbassamento di *standard* nazionali in materia di diritti di informazione, consultazione e partecipazione dei lavoratori determinato dal libero spostamento di sedi, compresa quella legale.

[39] *A new Strategy for the single Market. At the service of Europe's Economy and Society*, del 9 maggio 2010.

[40] A. Frignani – M. Waelbroeck, *Disciplina della concorrenza nella CE*, quarta ed., Utet, Torino, 1996, p. 7.

[41] F. W. Sharpf, *Governare l'Europa. Legittimità democratica ed efficacia delle politiche nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 1999, p. 56.

[42] *Sherman*, nel presentare il progetto al Congresso, affermava che il dominio delle grandi *Corporations* e dei loro *trusts* era contrario ai fondamenti e ai principi che avevano portato alla Costituzione degli Stati Uniti e che i nuovi capitalisti erano da comparare all'odiata potenza coloniale inglese, ottenendo una votazione plebiscitaria alla sua legge (un solo voto contrario).

[43] Gli storici ci ricordano anche che, alla presentazione della prima legge organica in materia di concorrenza in Europa, al parlamento tedesco nel 1957, si sia affermato che il diritto della concorrenza rappresenta l'arma più geniale contro il potere economico concentrato.

circolazione di persone, merci, servizi e capitali[44] – cui si sta proponendo di aggiungere, come quinta, la libertà di conoscenza[45] –, occorre "configurare la Comunità come un ordinamento ad economia di mercato" e, quindi, fondare il sistema sui "principi e le regole di concorrenza"[46]. Anche tra i giuslavoristi vi è l'accettazione che è stato "attribuito alla libertà di concorrenza un rango diverso da quello attribuito alle altre libertà"[47], e che "il principio di 'un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza' rappresenti la stella polare della politica europea"[48].

Qui ci si può solo limitare a segnalare la difficoltà di accettare acriticamente la ricostruzione delle libertà di circolazione come libertà economiche, perché è generatrice di un appiattimento che non coglie le profonde differenze, anche sotto il profilo normativo, tra la circolazione delle persone e quella delle merci, dei servizi e dei capitali[49], e che troverà ulteriore linfa con l'aggiunta la circolazione della conoscenza.

Tornando alla concorrenza, tra i suoi paladini troviamo la Corte di giustizia[50], ma anche (e forse soprattutto) la Commissione europea[51], a partire dalla compagine con *Monti* commissario competente: "un mercato interno concorrenziale ed aperto offre la migliore garanzia che le imprese europee rafforzino la loro efficacia ed il loro potenziale d'innovazione. Una concorrenza vigorosa è dunque un motore essenziale per la competitività e la crescita economica". E' questa la *Governance*

---

[44] Ora previste all'art. 26,2 TFUE (ex art. 14 TCE): "il mercato interno comporta uno spazio senza frontiere interne, nel quale è assicurata la libera circolazione delle merci, delle persone, dei servizi e dei capitali". Sono tutte libertà di movimento, fondate, quindi, sulla comune condizione fondamentale del 'movimento transfrontaliero', che richiede la rimozione delle barriere o delle restrizioni ingiustificate o illegittime.

[45] L'idea della conoscenza come quinta libertà comunitaria è stata lanciata dall'allora commissario europeo per la scienza e la ricerca *Potocnik* nell'aprile del 2007, riprendendo un concetto avanzato per la prima volta nel 2000 dal suo predecessore *Busquin*, in occasione della presentazione del Libro verde su 'Lo spazio europeo della ricerca: nuove prospettive'. L'idea continua ad essere riproposta. Da ultimo la Risoluzione del Parlamento europeo del 10 marzo 2010, *sulla strategia UE 2020* promuove "sistemi europei concepiti per facilitare la migrazione delle conoscenze", anche mediante"la creazione della quinta libertà" (n. 8).

[46] F. Munari, *Le regole di concorrenza nel sistema del Trattato*, in *Il diritto privato dell'Unione europea*, a cura di A. Tizzano, Giappichelli, Torino, 2006. Una critica in R. Pardolesi, *Ritorno dall'isola che non c'è. Ovvero: l'intesa malintesa e l'integrazione del mercato come obiettivo dell'antitrust comunitario*, in MCR, 2001, n. 3, p. 561, secondo il quale "la disciplina *antitrust* non si presta, se non occasionalmente e di scorcio, a perseguire l'obiettivo dell'integrazione del mercato europeo" (p. 574).

[47] L. Di Via, *Considerazioni sulle 'mobili frontiere' del diritto della concorrenza*, in CIE, 2000, n. 1, p. 1, riportato anche da S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato* …, cit., pp. 202 e s.

[48] Cfr., A. Bellavista, *Armonizzazione e concorrenza tra ordinamenti nel diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-47/2006, p. 8. M. Pallini, *Nuova costituzione economica e tutela del lavoro. Profili sistematico-istituzionali*, Ediesse, Roma, 2005, parla di "'pubblicizzazione' del principio di libera concorrenza", elevato "da criterio regolativo degli scambi intrastatuali, strumentale alle libertà di circolazione garantite dal trattato, a criterio ordinatore fondamentale dell'ordinamento comunitario cui debbono necessariamente adeguarsi gli ordinamenti nazionali" (p. 62). Per questo A. anche il principio di 'un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza' è 'costituzionalizzato' (p. 43).

[49] Spunti in G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive transnazionali e mercato interno dei servizi: nuovi dilemmi e nuovi scenari per il diritto sociale europeo*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-45/2006, p. 13, secondo cui non si può ignorare "l'utilizzo che la Corte ha fatto dell'art. 39 come norma sempre meno fondata sulla logica di mercato e sempre più finalizzata a garantire la piena integrazione dei cittadini comunitari negli Stati ospitanti" (p. 13).

[50] Cfr. le lucide conclusioni di W. Daubler, *Il Bundesverfassungsgericht e la Corte di giustizia*, nel numero monografico di LD, *Sul diritto sociale comunitario: la Corte di giustizia e i suoi interlocutori*, n. 3-4, 1998, p. 469, che collega l'importanza attribuita nel Trattato all'economia aperta di mercato alle decisioni della Corte di giustizia sulla sottoposizione delle funzioni statali al principio della libera concorrenza, alla priorità assegnata alla politica economica rispetto alla politica sociale (p. 482).

[51] Comunicazione del 20 aprile 2004, COM (2004) 293, *Una politica della concorrenza proattiva per un'Europa competitiva*.

dell'Unione europea. Tutta economica e tutta elitaria[52]. Nel documento nessuna concessione al versante delle ricadute sociali e sul lavoro. E', come al solito, il Parlamento europeo che cerca di riequilibrare la prospettiva, chiedendo maggior dialogo sociale, sviluppo equilibrato e coesione sociale, sostegno ai lavoratori, attenzione alle delocalizzazioni, anche a quelle interne all'Unione, e ricordando che occorre manodopera qualificata per "una piena ed efficiente concorrenza internazionale"[53].

Nelle relazioni annuali sulla politica di concorrenza, si trovano affermazioni che non fanno riferimento ai divieti e ai vincoli delle politiche anti-distorsive, ma alla promozione della concorrenza in sé stessa, ritenuta stimolo all'allocazione efficiente delle risorse, allo sviluppo della ricerca, dell'innovazione e degli investimenti. In questo senso la Commissione accoglie l'idea che la concorrenza sia fondamentale per realizzare il mercato comunitario, essendo "diventata centrale per la politica industriale della Comunità"[54].

Anche nell'ultima relazione della Commissione sulla politica di concorrenza[55], non si trovano cenni alle ricadute sul lavoro e sui lavoratori delle politiche e dei provvedimenti. Solo nel parere del CESE[56] si segnala la permanenza di "divario tra le norme sociali, che ha l'effetto di falsare la concorrenza" nel settore europeo dei trasporti, e la scarsa attenzione al livello internazionale delle conseguenze sul diritto della concorrenza del *dumping* sociale e del mancato rispetto delle norme sul lavoro. Il punto centrale resta, tuttavia, la tutela e l'interesse (o "il benessere ottimale", come viene scritto) dei consumatori. Solo il Parlamento europeo[57] chiede il controllo sul lavoro precario come elemento discorsivo della concorrenza[58], paventa il rischio che ammende elevate comportino perdita di posti di lavoro[59] e invoca un regolamento per proteggere non solo i consumatori ma anche i lavoratori (p. 65).

Non è sempre stato così. Ben diverso era quanto avveniva anche solo nel decennio precedente. Nelle relazioni della commissione europea degli anni '90 sulla politica di concorrenza (lunghissime e dettagliatissime) si dava conto anche delle procedure interne nazionali che avevano portato al sostegno finanziario e si faceva costante riferimento alle ricadute sul lavoro e in particolare a quella che oggi chiameremmo 'buona occupazione'[60]. Via via, nel corso del tempo, le relazioni si sono asciugate in quantità (e qualità) ed è sparita l'attenzione alle ricadute sulle politiche occupazionali e sui lavoratori.

---

[52] Cfr., C. Barnard, S. Deakin, *Corporate governance, European governance and social rights*, in *Social and labour rights in a global context*, a cura di B. Hepple, Cambridge University Press., p. 122.

[53] Risoluzione del 9 giugno 2005 su *Rafforzare la competitività europea: conseguenze delle trasformazioni industriali sulla politica e il ruolo delle PMI*, 2004/2154(INI), rispettivamente punti 5, 12, 17, 19 e 37.

[54] XXIII Relazione sulla politica di concorrenza 1993, punto 19.

[55] Quella che fa riferimento al 2008 (COM(2009) 374 def.).

[56] Documento di lavoro, INT/505 del 26 gennaio 2010.

[57] Risoluzione del 9 marzo 2010 *concernente la relazione sulla politica di concorrenza 2008* [2009/2173(INI)].

[58] "Chiede alla Commissione di eseguire un'indagine approfondita sull'uso generalizzato su larga scala, da parte di alcune imprese europee, di contratti e tirocini di lavoratori altamente qualificati assunti temporaneamente a basso costo, in quanto strategia economica abusiva che pregiudica il principio di un lavoro dignitoso ed è fonte di distorsioni della concorrenza" (p. 38).

[59] "Plaude alla salda posizione adottata dalla Commissione riguardo al comportamento anticoncorrenziale negli ultimi anni, che arreca grande danno ai consumatori e all'economia", ma "esprime preoccupazione per il fatto che il ricorso ad ammende sempre più elevate quale unico strumento possa essere troppo poco incisivo, in particolare considerando la potenziale perdita di posti di lavoro dovuta all'incapacità di pagare" (p. 45).

[60] Nella Relazione in riferimento all'anno 1993 si legge: "dovrà essere dedicata particolare attenzione a garantire che tali aiuti, in qualsiasi forma o a favore di qualsiasi fattore della produzione siano concessi, non finiscano per alimentare artificiosamente posti di lavoro precari e privi di prospettive a lungo termine, invece di contribuire alla ristrutturazione dell'economia favorendo gli investimenti in grado di generare validi posti di lavoro" (punto 23). Ma siamo sull'onda – che continua ad essere ricordata (si pensi al dibattito sulla CSR e sulla sua originaria collocazione) – del libro bianco di Delors su 'Crescita, competitività e occupazione'.

4. Concorrenza e crisi (*casino capitalism*[61] e fallimenti del mercato).

E' giunto il momento di entrare nel vivo della prima macro-area del cambiamento, quella che inizia con la crisi economica e finanziaria esplosa a partire dal 2008 e ci porta al dramma del rischio di fallimento di uno Stato nel *club* dell'euro-gruppo, scenario finora impensabile e che mette definitivamente a nudo la tenuta dei controlli e costringe ad accorgersi di quanto scelte strategiche delle istituzioni europee non includano una seria analisi di alternative credibili in caso di fallimento, come è avvenuto per il trattato costituzionale, dopo lo *choc* dei referendum francese e olandese, e per il trattato di Lisbona, dopo il mini*choc* del primo referendum irlandese, e come sta avvenendo ora, con le carte forse truccate della Grecia.

L'idea che basti rendere compatibili le norme sociali con lo sviluppo equilibrato del mercato[62] appare troppo generosa. Se fosse così, il processo potrebbe essere lungo ma seguire una traiettoria precisa. Il problema è che la crisi – e qui mi riferisco solo a quella economico-finanziaria per limiti di oggetto e di necessario distacco temporale dal manifestarsi degli eventi – ha fatto esplodere e messo a nudo un mercato che si è sempre più sviluppato in maniera disequilibrata, fatta di scorciatoie (sui costi e, quindi, sulle possibilità di usufruire del *dumping* sociale esistente, come un tempo nel nostro Paese si usufruiva della svalutazione della lira) e di guadagni di carta (con la finanziarizzazione dell'economia)[63].

Che fosse così si trovano tracce nei documenti comunitari. Emblematico un passaggio della relazione *Kok* del novembre 2004[64], in sede di revisione di medio termine della Strategia di Lisbona, in cui si declina come 'lasciare che il dinamismo dei mercati finanziari si esprima liberamente': "l'esistenza di mercati finanziari dinamici e altamente competitivi è tanto più auspicabile visto il loro ruolo trainante per la crescita di tutti gli altri settori dell'economia, e deve quindi essere al centro delle iniziative volte a rilanciare l'economia dell'Unione europea" (p. 29). L'affermazione merita di essere riportata per esteso, perché ci consente di cogliere appieno la distanza che ci separa nonostante i pochi anni trascorsi. Questa impostazione merita di essere ricordata anche per evitare che ricadano sulla riluttanza al cambiamento e sulla scarsa determinazione dimostrata il mancato conseguimento degli obiettivi fissati nella Strategia di Lisbona e, quindi, la situazione di crisi in atto.

Sta aumentando la consapevolezza della necessità di rivedere l'impianto teorico prevalente che vedeva una antitesi tra regolamentazione e concorrenza, accogliendo finalmente una prospettiva sinergica. La crisi ha messo a nudo quanto già era evidente a molti: la necessità di sorveglianza, controllo, istituzioni autorevoli[65].

Nessuno ha mai pensato che la concorrenza eviti le crisi. Forse qualcuno ha pensato che un mercato unico/interno forte avrebbe potuto consentire margini ampi per evitare crisi. Il punto è: se e

---

[61] Dal titolo del libro di S. Strange, 1986, ripubblicato nel 1997 da Manchester University Press, e che è diventato il titolo di iniziative in seno alla commissione economica del Parlamento europeo al momento dell'esplosione della crisi economica e finanziaria.

[62] Ultima suggestione riepilogativa di S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo* …, cit., p. 34.

[63] Per una analisi del contesto e delle ricadute per il diritto del lavoro si leggano le lucide pagine di Lord Wedderburn of Charlton, *Diritto del lavoro 2008, 40 anni dopo*, in LD, 2008, n. 1, p. 155.

[64] *Affrontare la sfida. Strategia di Lisbona per la crescita e l'occupazione*, relazione del gruppo ad alto livello, in particolare nel punto relativo all''onere normativo generale' (p. 32).

[65] Cfr., A. Macchiati, *L'interesse pubblico nella regolamentazione finanziaria. Lezioni dalla recente crisi e problemi aperti*, in MCR, n. 2/2009, 223.

come cambiano le regole della concorrenza nelle situazioni globali di crisi come quella che stiamo attraversando?[66]

Le politiche di concorrenza è noto che si pongono sulla frontiera mobile tra Stato e mercato, in dipendenza delle esternalità, della tecnologia, delle modifiche nelle preferenze, del mutamento del ruolo degli Stati nell'economia, anche per effetto del loro ridimensionamento con conseguente trasferimento agli organismi o livelli sovranazionali[67]. Non si tratta solo di dismettere competenze, ma di dismettere sovranità, per effetto dei limiti nell'utilizzo delle risorse imposti dal Patto di stabilità (anche nella forma rivista del Patto di stabilità e crescita) e dalle regole sugli aiuti di Stato, che impediscono di finanziare imprese improduttive al solo scopo di mantenere i livelli occupazionali e, più in generale, impongono una attenta scelta dei mezzi attraverso i quali predisporre incentivi statali. Nel frattempo il Patto di stabilità e crescita ha rafforzato, ma anche irrigidito le politiche economiche come quelle sociali e la crisi ha ulteriormente inciso sulle risorse di Finanze pubbliche degli Stati membri. Occorre pertanto trovare soluzioni di equilibrio, con un approccio pragmatico che eviti di essere sempre in rincorsa sul pendolo[68].

Negli ultimi anni, in dipendenza della crisi, quello che è cambiato è lo stesso rapporto tra Stato e mercato. Non si può affermare che i cambiamenti del Trattato siano stati influenzati dalla crisi, ma certo esiste coincidenza temporale, anche per quanto riguarda il passaggio all'economia sociale di mercato (di cui ci occuperemo di seguito), crocevia di culture diverse e semplicisticamente ascritta alla dottrina tedesca di derivazione ordo-liberale.

Di crisi la Commissione si è occupata per verificare la compatibilità degli aiuti di Stato in particolare nel settore del credito[69]. Nella rivisitazione degli aiuti di Stato per fronteggiare l'iniziale esplodere della crisi finanziaria ed economica[70], gli unici riferimenti hanno riguardato il collegamento con il 'Piano europeo di ripresa economica', lanciato dalla Commissione il 26 novembre 2008, e l'obiettivo ivi contenuto di salvare posti di lavoro, e il richiamo alla necessità di consentire alle imprese di "accedere ai finanziamenti in misura sufficiente e a costi accettabili" quale "condizione indispensabile per l'investimento, la crescita e la creazione di posti di lavoro nel settore privato". I suggerimenti della Commissione sono per "misure di politica generale applicabili a tutte le imprese dei loro territori, e quindi non soggette alle norme sugli aiuti di Stato", quali "proroghe per i pagamenti dei contributi previdenziali e di oneri simili o persino delle imposte", oppure "misure per i dipendenti", senza peraltro alcuna specificazione ulteriore di dettaglio. Quello che conta è che non vi siano differenze territoriali né "discriminazioni connesse all'origine del prodotto" (nel caso di "rottamazione di vecchi prodotti e/o di acquisto di prodotti verdi"). Come si vede, un approccio minimalista e asettico. Il nuovo Commissario sembra orientato diversamente e alcuni segnali depongono in questo senso: il controllo sugli aiuti di Stato, dopo l'esperienza dei piani di sostengo alle banche e a settori industriali, potrebbe risultare minore e mutare in strumento di coordinamento delle politiche economiche, e l'approccio pragmatico alla teoria dell'eccezione

---

[66] Cfr., J. Fingleton J., *La politica della concorrenza in tempo di crisi*, in MCR, n. 1/2009, 7, che segnala il rischio di creare, di fronte al fallimento del mercato determinato dalla crisi economica e finanziaria, "un secondo fallimento del mercato attraverso una restrizione della concorrenza" (p. 14).

[67] M. D'Antona, *The Right to Work in the Italian Constitution and in the European Union*, WP C.S.D.L.E. 'Massimo D'Antona'. INT – 1/2002.

[68] Segnala quanto "non si tratti di un gioco a somma zero in cui tutto quello che non è Stato è mercato", ma di due modi profondamente diversi di concepire il funzionamento del mercato, F. Denozza, *La concorrenza come mezzo o come fine*, in *La nuova Europa dopo il Trattato di Lisbona*, a cura di P. Bilancia – M. D'Amico, Giuffrè, Milano, 2009, p. 165 e, ivi, p. 170.

[69] Cfr., V. Giglio, *Gli aiuti di Stato alle banche nel contesto della crisi finanziaria*, in MCR, n. 1/2009, 23.

[70] Comunicazione della Commissione, *Quadro di riferimento temporaneo comunitario per le misure di aiuto di Stato a sostegno dell'accesso al finanziamento nell'attuale situazione di crisi finanziaria ed economica* (2009/C 16/01).

all'impresa in difficoltà sta salvando imprese mediante operazioni di concentrazione i cui effetti sarebbero stati altrimenti giudicati anticoncorrenziali[71].

Credo che sia utile ricordare quanto vi sia differenza di approccio, anche su questi aspetti, rispetto al passato. In uno dei testi dedicati alla concorrenza, che non risparmia enfasi nei confronti del principio della libertà di concorrenza come motore dello sviluppo, si ricorda che nei periodi di crisi – e il riferimento era alla prima grave crisi energetica della metà degli anni '70 – le politiche "di incremento dell'occupazione, di mantenimento del posto di lavoro, di ristrutturazione, devono fare premio sul grado di concorrenza"[72]. Anche in sentenze della Corte di giustizia di quegli anni, se ne trova riconoscimento, basandosi sulle eccezioni previste nel Trattato[73].

E infatti, in un recente editoriale di una delle principali riviste di settore[74] si afferma: "un mondo nel quale dieci anni fa i benefici della concorrenza erano sempre al primo punto, mentre oggi, nel buio di una crisi economica e finanziaria senza precedenti, quelli che vengono invocati sono i benefici dello Stato e dei suoi mille interventi". "Davanti alla disoccupazione che cresce, l'aiuto di Stato è spinto a non distinguere fra impresa inefficiente e impresa efficiente, la concentrazione consentita va oltre i confini segnati dalla *failing firm defence* e, in contesti come quello europeo, la stessa integrità del mercato unico viene messa a rischio da aiuti indirizzati alle sole imprese nazionali".

Se era sbagliato enfatizzare le virtù salvifiche della concorrenza, forse è altrettanto sbagliato imputare ad essa le colpe.

5. Una primavera ancora vestita da inverno, ma si vedono spuntare le gemme.

E' giunto il momento di verificare i cambiamenti apportati dal Trattato di Lisbona, che fanno ritenere che il pendolo non sia fermo sull'Europa economica, ma si stia spostando verso l'Europa sociale. E' una affermazione in controtendenza di cui va dimostrata la fondatezza. Per far questo occorre superare l'approccio che de-contestualizza l'analisi della normativa dell'Unione, supera l'appiattimento, che fa sembrare coesistenti atti normativi emanati in diversi contesti storici, e l'incardinamento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che cristallizza ulteriormente orientamenti e trapianta modelli non sempre in coerenza con le modifiche intervenute. Determinante diventa allora verificare i cambiamenti apportati dal Trattato di Lisbona sui entrambi i versanti qui analizzati.

5.a Evoluzione sul versante della concorrenza: minimizzare per non cambiare.

L'impianto risale al Trattato di Roma[75] ed è arrivato quasi inalterato fino ai giorni nostri, passando per le varie fasi delle modifiche dei Trattati e della loro suddivisione in due tronconi.

---

[71] Noelle Lenoir, *Concurrence et compétitivité: du nouveau avec le traité de Lisbonne, La Tribune*, 14 gennaio 2010.

[72] Frignani – Waelbroeck, pp. 11 e ss.

[73] Si può ricordare la decisione nel caso *Metro*, del 25 ottobre 1977, causa C- 26/76, in cui si afferma che "l'elaborazione di programmi di fornitura per un periodo ragionevole rappresenta, quanto alla conservazione dell'occupazione, un elemento di stabilizzazione la cui promozione rientra, come miglioramento delle condizioni generali di produzione, specie in caso di congiuntura economica sfavorevole, nell'ambito degli obiettivi che l'art. 85, n. 3 (ora art. 101, n. 3, TFUE), consente di contemplare" (n. 43).

[74] Mercato, concorrenza, regole, 2009, n. 1, p. 3.

[75] Nel Trattato di Roma del 1957 la concorrenza compare direttamente nel preambolo ("riconoscendo che l'eliminazione degli ostacoli esistenti impone una azione concertata intesa a garantire la stabilità nella espansione, l'equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza"). Compare poi tra i principi, nell'art. 3: "la creazione di un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato comune". Segue l'articolo 29, in cui si afferma

E' con il Trattato di Maastricht che, dopo aver riportato nel testo dell'articolo 3 il tradizionale riferimento, tra le azioni della Comunità, a "un regime inteso a garantire che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno" (lett. g), viene aggiunto un articolo 3A in cui si identifica una politica economica "condotta conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza"[76]. Le due formulazioni si ritrovano nella versione consolidata dal Trattato che istituisce la Comunità europea del 2002 e del 2006, rispettivamente all'articolo 3 e all'articolo 4 e possono essere così sintetizzate: divieto di falsare la concorrenza per una politica economica ispirata al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza.

Il progetto di Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, nell'art. I-3, dedicato agli 'obiettivi dell'Unione' introduce una diversa formulazione: "un mercato interno nel quale la concorrenza è libera e non è falsata", saldando la promozione della libertà con i divieti di distorsioni e inserendo, per la prima volta, nella parte generale di apertura del testo il riferimento alla concorrenza[77].

Con l'adozione del Trattato di Lisbona, la nuova versione consolidata vede scomparire qualsiasi riferimento alla concorrenza nel TUE e una nuova formula nel TFUE, in base alla quale tra le competenze esclusive dell'Unione rientra la "definizione delle regole di concorrenza necessarie al funzionamento del mercato interno". La modifica è di estremo rilievo, cancellando il riferimento sia alla libertà sia ai divieti di distorsioni, questi peraltro mantenuti nell'apposito Capitolo (il VII) nel Capo (il primo, a partire dall'articolo 101) dedicato alle regole di concorrenza, che rimane pressoché invariato.

La libera concorrenza torna solo all'interno della formula 'economia di mercato aperta e in libera concorrenza' che scompare dalla prima parte e riappare confinata nel Capitolo ottavo, come articolo (art. 119, che riproduce appunto l'art. 4) unico di quella che diventa la parte comune dedicata alla Politica economica e monetaria. Il riferimento alla concorrenza non falsata finisce nel ventisettesimo Protocollo, 'sul mercato interno e sulla concorrenza', in cui tra compare come 'considerando' "che il mercato interno … comprende un sistema che assicura che la concorrenza non sia falsata".

Resta da valutare quanto sia denso di significato lo spostamento del richiamo alla concorrenza libera e alla concorrenza non falsata nella parte finale del Trattato, rispettivamente all'interno della 'sola' politica economica e monetaria e in un Protocollo allegato, cambiando, pertanto, ordine sia di importanza sia di ambito[78].

Non è revocabile in dubbio che sia cambiato il versante della libertà di concorrenza, soprattutto se collegata al cambiamento nella stessa nozione di economia, mediante, nella prima parte, la sostituzione del riferimento all'economia di mercato aperta e in libera concorrenza con

---

che, "nell'adempimento dei compiti che le sono affidati", "la Commissione si ispira: … b) all'evoluzione delle condizioni di concorrenza all'interno della Comunità, nella misura in cui tale evoluzione avrà per effetto di accrescere la capacità ci concorrenza delle imprese" (oltre che: c) "alla necessità di approvvigionamento della Comunità in materie prime e semiprodotti, pur vigilando a che non vengano falsate fra gli Stati membri le condizioni di concorrenza sui prodotti finiti"). Le regole di concorrenza sono nella parte terza dedicata alle politiche, con separazione di quelle applicabili alle imprese, in particolare con riferimento al divieto di abuso di posizione dominante (artt. da 85 a 90), quelle rivolte alle pratiche di *dumping* (art. 91) – sezione successivamente soppressa –, e quelle destinate agli Stati, in particolare gli aiuti da loro concessi e le eccezioni consentite (da art. 92 a 94).

[76] La formula è poi ripresa anche nella parte dedicata alla 'Politica economica e monetaria', in particolare all'art.102A.

[77] Fino a quel momento, nelle versioni consolidate del Trattato sull'Unione europea (TUE), la concorrenza veniva richiamata solo all'art. 43 di apertura del Titolo destinato alle 'disposizioni su una cooperazione rafforzata', per ricordare che tale cooperazione non deve provocare "distorsioni di concorrenza" (lett. f).

[78] Cfr. C. Pinelli, *Diritti fondamentali e riassetto istituzionale dell'Unione*, in *Dir. pubbl.*, 2003, 3, 820 che segnala quanto gli obiettivi e le clausole generali di apertura del nuovo Trattato siano diventati l'autentico orizzonte dell'azione dell'Unione.

l'"economia sociale di mercato", che compare per la prima volta nel progetto di Trattato per la Costituzione europea[79].

I cambiamenti sul versante della concorrenza[80] sono stati esplicitamente voluti da *Sarkozy*. Utilizzando il suo semestre di presidenza, il Presidente francese è diventato difensore delle esigenze sociali, dedicando attenzione alle conseguenze della crisi economica e finanziaria e alla necessità di una 'nuova dottrina' in economia, ribadendo più volte che la concorrenza è una "ideologia vuota" e che occorre ridefinirne il ruolo in ambito di Unione europea[81], ottenendo quanto sopra descritto.

Non sto immaginando ne derivi un indebolimento del ruolo della Commissione nei confronti delle regole della concorrenza[82], anche perché difficilmente 'scardinabile'. Non desta stupore che l'allora commissaria alla concorrenza, *Neelie Kroes*, abbia subito cercato di sminuirne l'importanza in un documento del giugno 2007, definendo la modifica priva di carattere sostanziale. Certo, desta perplessità che il cambiamento nel TUE, negli articoli di apertura in cui si dichiarano i valori e gli obiettivi dell'Unione, alla 'economia sociale di mercato', non sia ripreso nel TFUE, dove, sia pure solo in relazione alla politica economica e monetaria, si riproduce la formula più tradizionale della 'economia di mercato aperta e in libera concorrenza'. Comparando i due Trattati da poco entrati in vigore risultano emergere due diverse nozioni di economia di mercato[83].

Ci possiamo attendere chiarimenti e conseguenti modifiche negli orientamenti da parte della Corte di giustizia. Allo stato attuale, prevale la resistenza al cambiamento, come è dimostrato dalle prime conclusioni rese da un avvocato generale che ha fatto riferimento al nuovo testo dei Trattati e che si è limitato a registrare il cambiamento di sede[84]. Si tratta di attendere se e quando la Corte

---

[79] La dottrina nazionale per il momento non sembra aver attribuito sufficiente rilievo alla modifica, parlando, ad esempio, di cancellazione che "potrebbe avere un qualche rilievo per orientare la Corte di giustizia verso un riequilibrio nella gerarchia tra principi di diversa natura", con un guadagno ritenuto solo "estetico" (G. Bronzini, *Il modello sociale europeo nel Trattato di Lisbona*, in *Le nuove istituzioni europee. Commentario al nuovo Trattato europeo*, a cura di F. Bassanini – G. Tiberi, Il Mulino, Bologna, 2008, p. *). Un richiamo solo incidentale e caratterizzato da profondo scetticismo in M. Roccella e D. Izzi, *Lavoro e diritto* …, cit., p. 51, con riferimenti a P. Syrpis, *The Treaty of Lisbon: Much Ado … But About What?* in ILJ, 2008, p. 219. Maggiore rilievo in E. Ales, *Transnational Wages Setting as a Key Feature of a Socially Oriented European Integration: Role of and (Questionable) Limits on Collective Action*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-63/2008, con riferimenti a C. Joerges – F. Rodel, *Social Market Economy ad Europe's Social Model*, EUI Working Papers LAW n. 2004/8.

[80] Quelli sull'economia sociale di mercato sono attribuiti a *Joschka Fischer* e a *Dominique de Villepin*. Cfr. Ch. Joerges – F Rodl, *The 'Social Market Economy' as Europe'sSocial Model?*, in L. Magnusson – B. Strath, *A European Social Citizenship? Pre-conditions for Future Policies in Historical Light*, Lang, Brussel, 2005, p. 125.

[81] Sotto accusa il 'dogmatismo' dei tre commissari mercatisti, a quel tempo l'olandese Neelie Kroes alla concorrenza, *Peter Mandelson* al commercio e *Charlie McCreevy* al mercato interno. Il Corriere della sera del 23 giugno 2007 (*Sarko protezionista: via parola concorrenza*) dà conto della sparizione della parola concorrenza dalla parte nobile del Trattato e delle dichiarazioni del presidente francese che esulta per il risultato, ricordando che il nuovo testo risponde a una precisa richiesta: "noi abbiamo il dovere di ascoltare il messaggio che il popolo ci ha inviato con il referendum sulla Costituzione". Più di carattere istituzionale, ma perfettamente corrispondente, il commento nel sito del Senato francese al Trattato di Lisbona (www.senat.fr): "la soppressione della menzione alla 'concorrenza libera e non falsata' tra gli obiettivi dell'Unione ha risposto a una richiesta della Francia, che ha fatto valere che la concorrenza è un mezzo, e non un obiettivo". Si è tento conto delle critiche suscitate da quel principio ai tempi del dibattito referendario. "Certo, i Trattati continuano a contenere disposizioni simili a quella soppressa, ma queste non figurano più sotto una forma che dona loro portata generale". Anche per il Senato francese la portata di questi cambiamenti dipenderà da come saranno considerati dalle istituzioni dell'Unione, "in particolare dalla Commissione e dalla Corte di giustizia". Anche nel sito del Ministero degli affari esteri ed europei francese, nel commentare il Trattato di Lisbona, si segnala come la concorrenza non sia più un obiettivo in sé ma uno strumento al servizio dei consumatori (www.diplomatie.gouv.fr).

[82] Timori in questo senso in A. Riley, *The EU Reform Treaty & the Competition Protocol: Undermining EC Competition Law*, in CEPS, *Policy brief*, 2007, n. 142.

[83] Nel frattempo, nei documenti del Parlamento europeo inizia ad essere dedicata rilevanza all'economia sociale di mercato. Nella Risoluzione del 10 marzo 2010 *sulla strategia UE 2020*, cit., il paragrafo successivo alle 'osservazioni generali' è dedicato, appunto, a 'un'economia sociale di mercato'.

[84] Conclusioni di *Jaaskinen* dell'11 febbraio 2010, causa C-62/09, *The Queen* su richiesta della *Association of the British Pharmaceutical Industry*. Il caso riguarda gli incentivi erogati ai medici al fine di indurli a prescrivere farmaci

rileverà la contraddizione. Una contraddizione, si badi bene, che non riguarda solo questo aspetto, ma che ha a fondamento la contemporanea scelta di espungere il riferimento, tra gli obiettivi principali dell'Unione, al divieto di concorrenza falsata, recuperato, come abbiamo visto più sopra, in sede di anoressico Protocollo.

Finora, è stato basandosi sulla disposizione posta all'articolo 3, 1, lett. g) del Trattato che si è potuto affermare: in dottrina, che "il valore della concorrenza viene 'costituzionalizzato' tra i principi informatori dell'ordinamento e del diritto comunitario"[85]; nella giurisprudenza della Corte di giustizia, che le regole sulla concorrenza sono "disposizioni fondamentali indispensabili per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato interno"[86].

Se questo è vero, non è consentito ora non trarre le conseguenze dalle modifiche intervenute in tema di concorrenza nelle due disposizioni, considerate fondamentali, della prima parte del TCE (articolo 3, 1, lett. g) e articolo 4). Già in precedenza, alcuni autori avevano iniziato a revocare in dubbio la portata precettiva di tali disposizioni. Queste analisi[87] sono tanto più importanti in quanto consentono di comprendere ancora meglio la portata del cambiamento determinato dal Trattato di Lisbona. Cambiamento che la dottrina nel campo del diritto commerciale e del diritto pubblico tende a negare[88], in alcuni casi oltre il ragionevole e cioè nemmeno attualizzando la numerazione degli articoli del Trattato, né citando il Trattato di Lisbona[89].

---

diversi da quelli coperti da brevetti per contenere la spesa sanitaria. Il Regno Unito osserva che l'associazione ricorrente "rappresenta l'interesse commerciale delle aziende farmaceutiche che producono e commercializzano i medicinali di marco più costosi" e, pertanto, più che difendere "l'Indipendenza dei medici o la sicurezza dei pazienti", è interessata a massimizzare la vendita di questi prodotti". L'avvocato generale ritiene siano irrilevanti le motivazioni che spingono l'associazione ad agire ed aggiunge: "è insito nell'ordine economico dell'Unione europea, mirante ad un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza" (e qui, in nota, cita l'art. 119 TFUE, cioè la nuova sede della disposizione in origine collocata all'art. 4 del TCE), "il fatto che gli operatori economici privati perseguono fini lucrativi".

[85] Munari F., *Le regole di concorrenza* …, cit. Illuminanti sono ulteriori affermazioni, come quella secondo cui "le strategie e le scelte delle imprese all'interno della Comunità non dipendono dagli Stati membri né dalle istituzioni comunitarie, ma debbono risultare guidate fondamentalmente dalle dinamiche del mercato e quindi dalla competizione" (p. *). E laddove dà conto del possibile conflitto con altre politiche comunitarie, l'A. ammette un possibile ridimensionamento del 'primato' della concorrenza ad opera della politica agricola comune, dei servizi pubblici, della tutela dell'ambiente, senza citare le politiche sociali ed occupazionali.

[86] Così la decisione della Corte del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time*, p. 36. In una controversia riguardante il *Consorzio industrie fiammiferi* (CIF), la Corte ha distinto tra comportamenti anticoncorrenziali delle imprese e obblighi a carico degli Stati membri a partire dall'art. 3, n. 1, lett. g), che impongono la disapplicazione della normativa nazionale contrastante, in virtù del primato del diritto comunitario sul diritto interno (9 settembre 2003, causa C-198/01, n. 47). La decisione è stata ampiamente commentata in dottrina. Cfr., per tutti, M. Libertini, *La disapplicazione delle norme contrastanti con il principio comunitario di tutela della concorrenza*, in Giorn. dir. amm., 2003, p. 1135.

[87] Si rinvia a F. Ferraro, *L'efficacia dei principi comunitari sulla concorrenza*, in Dir. un. eur., 2005, n. 4, p. 669.

[88] Cfr. C. Pinelli, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, a cura di F. Bassanini – G. Tiberi, Il Mulino, Bologna, 2008, p. 57, secondo il quale "la vittoria francese in sede di redazione del trattato di Lisbona è … priva di apprezzabili effetti giuridici" (p. 62), richiamando il carattere competitivo dell'economia sociale di mercato e facendo corrispondere, quindi, a mio avviso impropriamente, concorrenza con competitività. Cfr. anche G. Bruzzone – L. Prosperetti, *Market Integration and Competition Policy: the Challenges ahead*, in *The European Union in the 21st Century. Perspectives from the Lisbon Treaty*, ed. S. Micossi – G. L. Tosato, Centre for European Policy Studies, Brussels, 2009, p. 72. Fa eccezione F. Denozza, *La concorrenza come mezzo o come fine*, cit., che contesta le interpretazioni minimaliste delle modifiche.

[89] Paradigmatica la mancata integrazione della nuova numerazione degli articoli nella quinta edizione, datata 2010 del più classico dei trattati francesi: Van Bael & Bellis, Wolters Kluwer. Nel breve *abstract* di presentazione nella rivista *Concurrences*, 2010, n. 1, la critica assorbe la presentazione e dà conto della stupefacente assenza di richiamo allo stesso Trattato di Lisbona datato 2007 "nell'introduzione dell'opera o nel suo primo capitolo consacrato alle istituzioni". Lo stesso è avvenuto, ovviamente, nell'edizione italiana, datata 2009, Giappichelli, Torino. Nell'introduzione si segnala di trovarsi, per la concorrenza, in "un periodo di cambiamento", e questo viene derivato dal regolamento 2003/1 che ha eliminato il sistema delle notifiche preventive delle intese e, quindi, eliminato la possibilità

L'approccio dei giuslavoristi non si discosta e rimane ancorato a un impianto che vede la disciplina della concorrenza come una politica comunitaria dotata di una tale onnicomprensività da "travolgere qualunque ostacolo frapposto al perseguimento dell'obiettivo finale, incluse le norme sociali che con il mercato sembrano entrare in conflitto"[90]. Non solo 'sembrano', ma 'sono' entrate in conflitto. Il paradosso, rilevato dalla maggior parte degli autori che si sono occupati del tema, è che questo sia avvenuto contemporaneamente alla 'costituzionalizzazione' dei diritti fondamentali della persona, tra cui quello di associazione e di sciopero (non di serrata), con la Carta di Nizza. E' venuto dunque il momento di occuparci del versante sociale, sindacale e del lavoro.

5.b Evoluzione sul versante della politica sociale e occupazionale: minimizzare per evitare nuove delusioni.

Troppo nota e indagata è l'evoluzione sul versante del diritto sociale europeo per ripercorrerla qui ancora una volta, potendo fare riferimento ad eccellenti analisi[91], da cui emerge una progressione che ha spesso deluso le aspettative – non essendo lineare, né sufficiente – ma che è sicuramente in atto, quanto meno in termini di rilievo assegnato alle politiche in ambito sociale. I prolegomeni sono individuabili, all'inizio degli anni '90, dal Libro bianco su 'Crescita, competitività e sviluppo'[92], voluto da *Jacques Delors*, e dall'inserimento nel Trattato di Amsterdam del capitolo dedicato all'occupazione (articoli da 125 a 130), incorporando l'Accordo sulla politica sociale.

Si introduce, inoltre, il metodo di coordinamento aperto, di cui sono ben noti gli aspetti positivi e quelli negativi[93], tra cui il rischio di abbandonare "l'integrazione attraverso il diritto"[94]. Rafforza questa interpretazione il confronto temporale tra due versione dell'Agenda sociale: in quella del 2000 la Commissione europea[95] escludeva di ricorrere all'armonizzazione e proponeva di lavorare per obiettivi comuni e di incrementare il coordinamento; in quella 'rinnovata' del 2008[96] il termine armonizzazione scompare del tutto e si parla solo di metodo aperto di coordinamento[97]. Come in ogni fase del processo evolutivo dell'Unione europea, le scelte non sono però mai nette ed è verosimile attendersi la ripresa della produzione legislativa, per il vero mai interrotta, che potrà

---

di ottenere esenzioni individuali. Per gli autori questo cambiamento, entrato in vigore il 1° maggio 2004, costituisce "un momento epocale nello sviluppo del diritto comunitario della concorrenza", di portata pari a quella dell'allargamento ai nuovi dieci Paesi membri, avvenuto contemporaneamente (p. 1).

[90] S. Sciarra, Dizionario, p. 88.

[91] Per tutti, F. Guarriello, *Ordinamento comunitario e autonomia collettiva. Il dialogo sociale*, FrancoAngeli, Milano, 1992; G. Arrigo, *Politiche sociali* comunitarie, in Dizionario …, cit., p. 231 e, spec., pp. 248 e ss.; Veneziani, *Nel nome di Erasmo da Rotterdam. La faticosa marcia dei diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in RGL, 2000, p. 779; R. Nunin, *Il dialogo sociale europeo. Attori, procedure*, prospettive, Giuffrè, Milano, 2001 e, più recentemente, S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo* …, cit., pp. 4 e ss. e F. Carinci, *Piano, piano, dolce Carlotta: cronaca di un'Europa in cammino*, introduzione al Commentario *Il diritto del lavoro dell'Unione europea*, Utet, Torino, 2010.

[92] Comunicazione della Commissione, *Libro bianco. Crescita, competitività, occupazione. Le sfide e le vie da percorrere per entrare nel XXI secolo*, 1993 [COM(93) 700].

[93] Cfr. M. Barbera, a cura di, *Nuove forme di regolazione: il metodo aperto di coordinamento delle politiche* sociali, Giuffrè, Milano, 2006.

[94] Da ultimo S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo* …, cit., p. 18. Per una analisi dell'integrazione negativa, mediante le misure di abolizione degli ostacoli al mercato e alla concorrenza, e dell'integrazione positiva, mediante l'armonizzazione, si rinvia a M. Barbera, *Dopo Amsterdam. I nuovi confini del diritto sociale comunitario*, Promodis, Brescia, 2000, pp. 49 e ss.

[95] COM(2000) 379 def.

[96] COM(2008) 412 def.

[97] Rilevato da S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali* …, cit.

per di più contare sull'incremento delle decisioni che possono essere adottate a maggioranza qualificata in erosione del paralizzante voto all'unanimità[98].

Una nuova base di partenza si trova negli attuali Trattati e si fonda su una pluralità di aspetti che, singolarmente considerati, possono sembrare di portata limitata, ma che, adeguatamente interconnessi, portano ad un esito da cui non si può prescindere. Mi limito a ricordare le modifiche di più diretta influenza, lasciando sullo sfondo quelle più generali come la riduzione del blocco in Consiglio e l'incremento di competenze del Parlamento europeo nel suo ruolo di codecisore. Non è la prima volta che il Parlamento, unico organismo europeo a base democratica, vede accresciuto il proprio ruolo, ed è auspicabile che finalmente la dottrina ampli il raggio di osservazione e non rimanga ancora condizionata dai documenti della Commissione e dalle decisioni del Consiglio, anche per le profonde differenze – di metodo e di risultato – esistenti tra le tre principali istituzioni dell'Unione.

L'attenzione degli interpreti è catturata soprattutto dall'approdo raggiunto dalla Carta dei diritti fondamentali con il definitivo riconoscimento del suo valore vincolante (art. 6 TUE)[99], considerato volano per accelerare il percorso di Europa sociale[100] e proiettare i diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione, compresi quelli finora esclusi dalla competenza, come il diritto di associazione sindacale e di negoziazione e azione collettiva (su cui *infra*). Mi limito qui a condividere la necessità di superare una lettura dei contenuti della Carta con le lenti del giurista nazionale, che porterebbe prevalente insoddisfazione e l'amara sensazione di una rimodulazione al ribasso, anziché un ampliamento del catalogo dei diritti[101], e di accettare la sfida posta dalla molteplicità di livelli, senza pregiudizi e senza rinunciare a una visione sistematica.

Meno appariscente e troppo sottovalutato, sbrigativamente ascritto a mera variazione semantica del paludato linguaggio adottato soprattutto nella prima parte dei Trattati, è il passaggio dall'ex articolo 2 all'attuale articolo 3, in particolare per quanto riguarda gli obiettivi sociali. Della nozione di 'economia sociale di mercato' abbiamo già detto. Qui si deve aggiungere che, mentre nella versione precedente si parlava di 'progresso economico e sociale', nel testo ora in vigore il riferimento va direttamente al 'progresso sociale', così come l'elevato livello di occupazione diventa 'piena occupazione' e la crescita economica è richiesto sia equilibrata.

Nel TFUE, all'articolo 9, compare inoltre una nuova disposizione che declina una precisa clausola sociale, con valenza orizzontale: "nella definizione e nell'attuazione delle sue politiche e azioni, l'Unione tiene conto delle esigenze connesse" con la promozione dell'occupazione, la protezione sociale, la lotta all'esclusione sociale, l'istruzione, la formazione e la tutela della salute. Segue, con la medesima formula, la clausola orizzontale destinata alla lotta alle discriminazioni, da tempo presente nell'ordinamento e di riconosciuta portata precettiva (art.10). La prudenza è d'obbligo, ma non deve arrivare a un eccesso di *self restreint* della dottrina. Anche alla clausola

---

[98] Non può essere considerata incidentale o marginale la richiesta avanzata dal Parlamento europeo, nella risoluzione del 10 marzo 2010, cit., sulla strategia UE 2020, la richiesta al Consiglio europeo di "abbandonare il metodo aperto di coordinamento" e di passare "ad utilizzare tutte le pertinenti disposizioni del trattato di Lisbona, come gli articoli 121, 122, 136, 172, 173 e 194, per coordinare le riforme economiche e i piani d'azione degli Stati membri" (n. 12).

[99] Sicuramente non va sovrastimata la mancata incorporazione nel testo del Trattato, come sarebbe accaduto se fosse stato portato a compimento il percorso della Costituzione europea (cfr., G. L. Tosato, *L'architettura del nuovo trattato*, in *Le nuove istituzioni europee* …, cit., p. 47 e, ivi, p. 54). Vero è che l'entusiasmo rispetto a questo possibile risultato ha portato numerosi autori a considerare l'incorporazione come decisiva ai fini dell'effettivo riconoscimento dei diritti sociali come diritti fondamentali dell'ordinamento comunitario. Così S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali nella 'crisi' europea*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-17/2004, p. 4 e 13 e s.

[100] Da ultimi F. Carinci, introduzione, cit., p. 20* e G. Orlandini, *Riflessioni a margine del dibattito sui diritti sociali fondamentali nell'Unione europea*, in DLM, 2009, n. 1, p. 65.

[101] Così, ad esempio, è stato segnalato quanto sul versante dei diritti legati al lavoro si stia rinunciando "a regolare e a garantire", mettendo sullo stesso piano, come valori, di quelli che nelle Costituzioni del '900 erano classificati come diritti civili, politici, sociali ed economici.(G. Azzariti, *Brevi notazioni sulle trasformazioni del diritto costituzionale e sulle sorti del diritto del lavoro in Europa*, in *Le scommesse* dell'Europa, cit., pp. 139 e ss.).

sociale va assegnata natura non meramente politica[102], ma la medesima forza vincolante della seconda. Va in questa direzione la parificazione di formulazione tra le due clausole[103], con la possibilità di far valere l'effetto di osmosi che viene a realizzarsi dalla loro congiunzione. Ulteriore rafforzamento deriva dalla 'Dichiarazione solenne sui diritti dei lavoratori', allegata alle conclusioni del Consiglio europeo del 18 e 19 giugno 2009, che riproduce, assemblandole, le modifiche sopra segnalate.

I mutamenti non sono casuali. Il sindacato europeo, anche come reazione alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di vincoli all'azione sindacale (vedi *infra*), ha proposto una clausola di progresso sociale, come Protocollo aggiuntivo o dichiarazione solenne, al fine di chiarire che i Trattati devono essere interpretati in modo da rispettare i diritti fondamentali[104], basandosi proprio sul riferimento, contenuto nel Trattato di Lisbona, a una economica sociale di mercato, altamente competitiva, che tende al pieno impiego e al progresso sociale. Il precedente riconosciuto unanimemente è la c.d. clausola Monti[105], elaborata al tempo della legislazione sulla libera circolazione dei beni[106].

Non è questa la sede per discutere se questa clausola implementi o raffreddi la portata della clausola sociale orizzontale del Trattato, né se spinga verso l'innalzamento degli *standard* sociali o verso il loro minimo comune denominatore, dato che occorrerà agire in entrambe le direzioni, anche per affrontare il tema del limite minimo, quanto meno nella versione del lavoro decoroso (*decent work*)[107].

Non disponiamo ancora di sufficienti indizi per affermare che siamo di fronte a una vera e propria metamorfosi della costituzione materiale, ma certamente stanno venendo meno alcuni dei cardini dell'impianto individuato "negli effetti di (mera) integrazione negativa derivanti dalla progressiva 'infiltrazione' delle regole sovranazionali del mercato e della concorrenza nei diritti del lavoro e della sicurezza sociale nazionali"[108].

Analogamente difficile risulta affermare che siamo nelle condizioni di superare quella "anomalia genetica" del diritto sociale comunitario di cui ci ha parlato Massimo D'Antona, prodotta dall'assenza "del principio dello Stato sociale"[109], a causa del condizionamento derivante dal prevalere del mercato libero e concorrenziale. Ma come diversamente dobbiamo interpretare la scelta di mutare la qualificazione del mercato, la scomparsa della concorrenza tra gli obiettivi, la

---

[102] Così G. Bronzini, *Il modello sociale europeo* …, cit., p. *.

[103] G. G. Balandi, *La Constitucion Europea entro lo social y la libre competencia*, in *Studi in onore di Miguel Rodriguez Pinero y Bravo-Ferrer*, *, suggerisce di parlare di *gender mainstreaming* e di *social mainstreaming*.

[104] Protocollo sulle relazioni tra le libertà economiche e i diritti sociali fondamentali alla luce del progresso sociale, 18 marzo 2009. Un commento in S. Sciarra, *Diritti collettivi e interessi transnazionali: dopo Laval, Viking, Ruffert, Lussemburgo*, in *Libertà economiche e diritti sociali nell'Unione europea*, a cura di A. Andreoni – B. Veneziani, Ediesse, Roma, 2009, p. 23 e, ivi, pp. 38 e s.

[105] Ripetutamente citata da F. Dorssemont, *L'esercizio del diritto all'azione collettiva contro le libertà economiche fondamentali dopo i casi Laval e Viking*, in DLM, 2008, n. 3, p. 493.

[106] Regolamento del Consiglio del 1998: "il presente regolamento non può essere interpretato come di ostacolo, in qualsiasi maniera, all'esercizio dei diritti fondamentali così come riconosciuti dagli Stati membri, ivi compreso il diritto o la libertà di sciopero. Questi diritti possono anche includere il diritto a intraprendere altre azioni previste dai sistemi di relazioni sindacali dei diversi Stati membri".

[107] Cfr., A. Lo Faro, *Is a Decent Wage Part of a Decent Job? Answers from an Enlarged Europe*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-64/2008.

[108] S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato*, cit., p. 39, che già osserva come a partire dal Trattato di Amsterdam "la questione del riequilibrio tra politiche sociali e leggi dell'economia a livello sovranazionale … sembra aver riacquistato tutta la centralità che le spetta" (p. 43).

[109] M. D'Antona, *Armonizzazione del diritto del lavoro e federalismo nell'Unione europea*, in RTDPC, 1994, p. 695 e, ivi, p. 697, ora anche in *.

indicazione precisa di cosa si deve intendere per progresso? E come diversamente dobbiamo interpretare le simultanee modifiche su versante della libera concorrenza?[110].

6. Le competenze comunitarie e le relazioni sindacali nazionali

Per quanto riguarda le relazioni industriali o sindacali, si registrano limitate variazioni nel testo degli attuali Trattati, la più nota delle quali consiste nell'attribuzione di valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali, tra cui il diritto di associazione sindacale, di negoziazione e di azione collettiva.

Nel ripercorrere l'origine delle disposizioni attualmente inserite nei Trattati, si deve risalire agli articoli 21 e 22 dell'Atto unico, divenuti gli artt. 118 A e B del Trattato nella versione consolidata del 31 agosto 1992[111]. E' sempre in questo Trattato che viene allegato l'Accordo sulla politica sociale (APS) che diventerà poi il testo, con il Trattato di Amsterdam, della parte sulla politica sociale e occupazionale. Ed è qui che compare l'esclusione dalle competenze comunitarie di retribuzioni, diritto di associazione, contrattazione, sciopero e serrata (art. 2.6). Nessun intervento successivo appare interessato a modificare questo schema, né il progetto di Trattato costituzionale, né ora il Trattato di Lisbona.

La dottrina[112] si è a lungo interrogata sul significato di quella che appare una inspiegabile anomalia, che in una prima fase ha incontrato prevalentemente critiche: per lo spazio residuale assegnato alle politiche sociali nella dimensione collettiva[113]; per la scelta, di impronta tedesca, di privilegiare la partecipazione, ignorando la dimensione sindacale[114]; per la lancinante "contraddizione nel cuore della Comunità"[115] della esclusione di materie che necessiterebbero di un intervento normativo a livello di Unione europea, stanti i diversi *standard* nazionali.

Soprattutto con riferimento alla retribuzione, l'esclusione di competenze è stata considerata un "ostacolo ingombrante", ma da valutare alla luce delle "interessanti prospettive interpretative" che consente[116]. Non vi è dubbio che la retribuzione, come abbiamo ricordato in precedenza in riferimento ai minimi retributivi, sia uno degli ambiti di massima divergenza tra Stati membri, ma ha ragione chi segnala l'anomalia di processi come l'introduzione della moneta unica e la nascita della BCE privi di una elaborazione comune sulle strategie salariali[117]. Nella dichiarazione di Parigi

---

[110] M. M. Mutarelli, *Il ruolo potenziale dei diritti sociali fondamentali nel Trattato costituzionale dell'Unione Europea*, in RGL, 2007, n. 3 e in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-54/2007 secondo cui "è assai problematico definire quanto queste innovazioni possano rivelarsi effettive sul piano del riequilibrio tra dimensione sociale e dimensione economica dell'Unione europea", ma in riferimento al testo del Trattato costituzionale: "gli obiettivi sociali conservano un contenuto decisamente incerto, specialmente a fronte del ben diverso grado di precettività di altre formulazioni: basti pensare al fatto che il mercato interno rimane retto da una concorrenza libera e non falsata …, conformemente al principio di un'economia di mercato aperta e in libera concorrenza' eretto a suprema linea guida per le politiche economiche e monetarie dell'Unione" (p. 5).

[111] Per quanto riguarda la seconda disposizione, in cui si parla di sviluppo a livello europeo di "un dialogo tra le parti sociali", è già stato segnalato come l'assenza di una diretta menzione di 'dialogo sociale' vada ricondotta alla preoccupazione dei paesi nord-europei "che con ciò venisse rimessa in questione l'autonomia delle parti sociali rispetto ai pubblici poteri" (F. Guarriello, *Ordinamento comunitario e autonomia* …, cit., p. 44).

[112] S. Sciarra, *Coerenza e contraddizione del legislatore comunitario: le materie escluse dalla competenza dell'Accordo sulle politiche sociali*, in AA. VV., *Protocollo sociale di Maastricht: realtà e prospettive*, suppl. a Not. giur. lav., Roma, Assicredito, p. 149.

[113] F. Borgogelli, *Diritto di sciopero*, in *Dizionario* …, cit., p. 203 e, ivi, 208.

[114] R. Del Punta, *Contrattazione e partecipazione*, in *Dizionario* …, cit., p. 481 e, ivi, pp. 485 e s.

[115] Lord Wedderburn, *Employment Rights in Britain and Europe*, London, 1991, p. 332. Così anche S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali* …, cit., p. 7.

[116] S. Sciarra, *Dizionario* …, cit., pp. 82 e ss. Si veda ora E. Ales, *Transnational Wages Setting* …, cit.

[117] B. Veneziani, *Globalizzazione e contrattazione collettiva europea: frammenti di una strategia*, in *Globalizzazione* …, cit., p. 181 e, ivi, pp. 192 e s.

della Ces del 2009, già citata, si propone di rafforzare la contrattazione collettiva "con l'obiettivo di assicurare i livelli di retribuzione minima decorosa in tutti i Paesi europei", dato che l'aumento delle retribuzioni in valore reale (e non nominale) e delle pensioni è strumento per "sostenere la ripresa economica".

Significativa una delle argomentazioni dell'avvocato generale *Kokott*[118], non riprese nella decisione della Corte, secondo cui la sottrazione di competenze in materia di retribuzione "consiste primariamente nel tutelare l'*autonomia contrattuale* delle parti sociali da ingerenze", dato lo stretto legame esistente tra i quattro ambiti esclusi dalla competenza dell'Unione, la retribuzione essendo ambito prioritario dell'azione sindacale. Per l'avvocato generale l'esclusione evita "inoltre che il legislatore comunitario uniformi a livello comunitario i livelli salariali esistenti nei singoli Stati membri", dato che questo "livellamento … costituirebbe un'ingerenza profonda nella concorrenza tra imprese operanti nel mercato unico".

Quanto al diritto di associazione, appare evidente la contraddizione con la prima parte dello stesso articolo laddove si affidano all'Unione europea competenze in tema di "rappresentanza e difesa collettiva degli interessi dei lavoratori e dei datori di lavoro, compresa la cogestione". Ed effettivamente una delle aree 'comunitarizzate' sono proprio i diritti di informazione, consultazione e partecipazione, nelle varie forme. Resta una distanza incolmabile, di impianto e metodologica, con la promozione e il sostegno della rappresentanza sindacale nei luoghi di lavoro, come previsto nel nostro ordinamento giusto da quattro decenni[119]. Gli unici riferimenti rinvenibili negli ultimi documenti approvati si trovano nella Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro verde sulla modernizzazione del diritto del lavoro, laddove si "osserva che la contrattazione collettiva e parti sociali forti sono una parte importante dell'approccio sulla flessicurezza", e che "la contrattazione collettiva aiuta il mercato del lavoro a funzionare in modo flessibile e rappresenta un elemento chiave del diritto del lavoro ed uno strumento regolamentare essenziale"[120].

Quanto allo sciopero, una sia pure minima e parziale inversione di tendenza nei confronti della scelta di porre sullo stesso piano datori di lavoro e lavoratori nei confronti dell'azione conflittuale è presente nella Carta dei diritti fondamentali[121] dove è espressamente nominato solo lo sciopero, mentre ancora adesso il Trattato affianca sciopero e serrata nella disposizione sull'esclusione di competenze.

Tornando alla questione generale, la esclusione di competenze, criticata come testimonianza della difficoltà del diritto sindacale di comunitarizzarsi[122], viene sempre più spesso valutata positivamente, come possibile baluardo rispetto ai rischi di una valorizzazione della contrattazione collettiva e dello sciopero con loro contestuale riconduzione nell'ambito della regolazione del mercato, esposte a limiti, che finiscono per essere intrusivi dell'autonomia collettiva e delle tradizioni nazionali[123]. Non si tratta di usare strumentalmente, a seconda degli esiti e, quindi, delle convenienze, l'ampliamento e la restrizione di competenze, ma di adottare cautela e di guardare alla

---

[118] Conclusioni presentate il 9 gennaio 2008, nella causa C-268/06, *Impact*, nell'ambito di una controversia sulla interpretazione dell'accordo quadro e della direttiva sul lavoro a tempo determinato. Rispettivamente p. 172 e 173.

[119] "Un catalogo dei diritti sociali rischia di essere retorico se non è inserito in un contesto che ne assicuri l'effettività; ed una condizione basilare di tale effettività è data dalla sussistenza di norme promozionali delle organizzazioni esponenziali degli interessi, cui quei diritti afferiscono" (A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali e sviluppo economico. I percorsi costituzionali*, Giappichelli, Torino, 2006, pp. 69 e s.).

[120] Già citato. I riferimenti, rispettivamente p. 48 e cons. S.

[121] Ritiene comunque che "lo *standard* di protezione emergente sia per molti aspetti deludente" G. Orlandini, *Sciopero e servizi pubblici essenziali nel processo d'integrazione europea. Uno studio di diritto comparato e comunitario*, Giappichelli, Torino, 2003, p. 231.

[122] L. Zoppoli, *Metodo comparativo e diritto comunitario del lavoro. Appunti per una lezione*, in *Studi in onore di Generoso Melillo*, *.

[123] A. Lyon-Caen, *Droit communautaire du marché v.s. Europe sociale*, secondo il quale questo impianto della disposizione del Trattato costituisce il suggello dell'impegno dell'Unione europea a rispettare l'emancipazione del diritto del lavoro dal diritto dei mercati.

normativa, sia di rango primario sia derivato, con una metodologia rigorosa. E' per questo che occorre affrontare in chiave di interpretazione sistematica la contemporanea presenza dell'esclusione di competenze in materia di relazioni sindacali nel Trattato di funzionamento con l'inclusione della contrattazione collettiva e dello sciopero tra i diritti fondamentali della Carta.

Finora ha catturato l'attenzione degli interpreti un grappolo di decisioni della Corte di giustizia, a partire dal dicembre 2006, che, prima ancora della definitiva consacrazione del valore vincolante delle disposizioni della Carta, ha riconosciuto la contrattazione e il conflitto collettivo come diritti fondamentali, proiettandoli nell'ordinamento dell'Unione con la conseguenza o al fine – la variante non è certo solo semantica – di applicare vincoli per evitare restrizioni alle libertà economiche.

6.a La giurisprudenza della Corte sui recinti allo sciopero e alla contrattazione collettiva. Dall'assenza di competenze al riconoscimento avvelenato.

La coppia di decisioni più dirompente degli ultimi anni ha modificato lo *status quo* e attratto le relazioni sindacali nel sistema giuridico dell'Unione, condizionandole: nel caso *Viking*[124] a confrontarsi con la libertà di stabilimento è stata una azione di boicottaggio volta a impedire il cambiamento di bandiera di una nave, da finlandese in estone, finalizzato ad applicare le minori condizioni normative ed economiche di protezione del lavoro di questo Paese, nel frattempo entrato nell'Unione; nel quasi coevo caso *Laval*[125], a confrontarsi con la libera prestazione di servizi nel distacco transnazionale in edilizia sono stati scioperi indetti da sindacati svedesi per far aderire l'impresa lettone al contratto collettivo di settore da applicare ai lavoratori distaccati.

Le due decisioni avrebbero dovuto portare 'buone nuove' per il sindacato e per l'Europa[126] e invece entrambe, con intere parti di argomentazioni transitate dall'una all'altra, superano l'assenza di competenze dell'Unione in materia di relazioni sindacali ritenendo che gli Stati membri, cui resta la competenza, debbano esercitarla nel rispetto del diritto comunitario. In altri termini, la rinuncia all'integrazione positiva non si estende a quella negativa[127].

Concordo con l'accorato richiamo di chi chiede di superare i pregiudizi e di non "trasporre meccanicamente talune nozioni radicate negli ordinamenti nazionali – ad esempio l'autotutela sindacale, intesa come sanzione interna al sistema nazionale dei rapporti collettivi – nell'interpretazione di fatti a dimensione transnazionale"[128]. Per quanto riguarda *Viking*, è da osservare come la decisione abbia provocato la risposta delle parti sociali europee: basandosi su una Convenzione OIL[129], è stato raggiunto un accordo di settore, trasposto in direttiva[130]. E' questo uno dei percorsi più virtuosi, sia per le caratteristiche del dialogo sociale europeo implicato, sia perché consente di uscire dalle contrapposizioni e di proiettarsi nel ruolo transnazionale della

---

[124] Sentenza dell'11 dicembre 2007, causa C-438/05. Il caso è noto con questo nome, ma si dovrebbe fare riferimento al sindacato ricorrente, cioè l'*International Transport Workers' Federation* e *Finnish Seamen's Union*.

[125] Sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-341/05.

[126] Così nel comunicato stampa emanato dalla Ces al momento in cui erano state rese note, lo stesso giorno (il 23 maggio), le opinioni degli avvocati generali, rispettivamente *Poiares Maduro* e *Mengozzi*, benché alcune differenze vi siano rispetto alle decisioni. Ed è ancor più da elogiare la prudenza che ha da subito contraddistinto gli esperti del sindacato nazionale.

[127] Così M. Roccella e D. Izzi, *Lavoro e diritto* …, cit., p. 73. Cfr., anche, C. Joerges e F. Rodl, *On the 'Social Deficit' of the European Integration Project and its Perpetuation through the ECJ Judgements in Viking and Laval*, in *RECON Online Working Paper*, 2008, n. 6.

[128] *Viking e Laval: diritti collettivi e mercato nel recente dibattito europeo*, in LD, 2008, n. 2, p. 245 e, ivi, 249.

[129] *Maritime Labour Convention*, MLC (C186), del 23 febbraio 2006.

[130] Direttiva 2009/13/CE del 16 febbraio 2009 del Consiglio, *recante attuazione dell'accordo concluso dall'Associazione armatori della Comunità europea (ECSA) e dalla Federazione europea dei lavoratori dei trasporti (ETF) sulla convenzione sul lavoro marittimo del 2006 e modifica della direttiva 1999/63/CE*.

contrattazione collettiva[131], a maggior ragione importante per un sindacato, come quello del caso sottoposto a giudizio, affiliato al livello internazionale della federazione stipulante, una delle cui attività principali consiste nella lotta contro le bandiere di convenienza[132].

Resta la pericolosità dell'impianto argomentativo e del disposto delle decisioni della Corte, con il rischio concreto che vengano ad assumere portata generale e diventino il metro su cui valutare non solo la dimensione transnazionale, ma anche quelle nazionali[133]; e questo proprio per quell'interferenza delle regole del mercato unico/interno, nell'accoppiata vincente, almeno finora, della concorrenza e delle libertà economiche, sugli ordinamenti nazionali, regole dell'autonomia collettiva comprese[134].

Ed, infatti, questa coppia di decisioni ne ha prodotto un'altra, nel campo dell'interpretazione della direttiva distacco: la prima in parziale accoglimento del ricorso della *Commissione* contro le scelte nazionali del *Granducato di Lussemburgo*[135] e la seconda nel caso *Ruffert*[136], in cui veniva messa in discussione, in un subappalto a impresa polacca, la normativa di un *Land* tedesco sull'obbligo agli aggiudicatari di appalti pubblici di lavoro di applicare la retribuzione minima prevista dal contratto collettivo di settore. L'interpretazione formalista della Corte si è basata su alcuni aspetti specifici, come la mancata dichiarazione di efficacia generale del contratto collettivo applicabile e la sua mancata estensione a tutte le imprese del territorio o del settore, trascurando di confrontarsi con la normativa sugli appalti e la legittimità delle 'clausole sociali'. E' da osservare quanto sia risalente nel tempo[137] e tuttora in atto[138] il tentativo della Germania di contenere il distacco di lavoratori polacchi per l'esecuzione di contratti di appalto.

---

[131] Cfr. S. Sciarra, *Transnational and European Ways Forward for Collective Bargaining*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-73/2009.

[132] Riguardano il settore marittimo, in riferimento alla normativa sugli aiuti di Stato, due decisioni della Corte, la prima delle quali tuttora costantemente richiamata come *leading case*. Si tratta della sentenza del 17 marzo 1993, cause C-72/91 e C-73/91, *Sloman Neptun* e della sentenza 9 luglio 2009, causa C-319/07, *3F*. Il registro di navigazione tedesco consente "di assoggettare i contratti di lavoro stipulati con marinai cittadini di paesi terzi, non domiciliati né stabilmente dimoranti in questo Stato membro, a condizioni di lavoro e di retribuzione diverse … e sensibilmente più sfavorevoli rispetto a quelle dei marinai cittadini" dello Stato membro (n. 13). Tale disciplina non è stata ritenuta aiuto di Stato, per mancanza dell'impiego di risorse statali. Siamo in una fase embrionale, in cui le finalità sociali dell'Unione sono ancora qualificate come meramente programmatiche. I registri marittimi danesi sono due, uno dei quali, quello internazionale, per contrastare il cambio di bandiera, consente di retribuire i marittimi di Stati terzi "conformemente a quanto disposto dal diritto nazionale di questi ultimi" (n. 5). Il sindacato ricorrente ha contestato non tanto la diversa retribuzione (memore del caso richiamato sopra), quanto la connessa esenzione dalle imposte sui redditi di questi marittimi, rilevando quanto questa incida sulla capacità dei suoi iscritti "a porsi in concorrenza con i marittimi extracomunitari nella ricerca di un'occupazione presso le compagnie di navigazione", con pregiudizio sulla "sua capacità concorrenziale sul mercato della fornitura di forza lavoro alle compagnie in parola e, pertanto, relativamente alla sua capacità di attirare aderenti" (n. 52). La decisione della Corte, su questo caso, è il rinvio al Tribunale.

[133] Cfr. U. Romagnoli, *La grande manipolazione*, in *Giuristi del lavoro. Percorsi italiani di politica del diritto*, Donzelli, Roma, 2009, p. 81.

[134] Tra le voci di dissenso, B. Caruso, *I diritti sociali nello spazio sociale sovranazionale e nazionale: indifferenza, conflitto o integrazione? (prime riflessioni a ridosso dei casi Laval e Viking)*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-61/2008, che contesta le posizioni critiche per il comune "esito di ridimensionare fortemente la dimensione sociale e costituzionale dell'ordinamento europeo, con un inusitato rilancio della sindrome nazionalista, per quel che concerne i diritti sociali" (p. 8).

[135] Sentenza del 19 giugno 2008, causa C-319/06.

[136] Sentenza del 3 aprile 2008, causa C-346/06.

[137] Una Convenzione stipulata il 31 gennaio 1990 con clausole di protezione del mercato del lavoro, nelle regioni ad alto tasso di disoccupazione.

[138] Una recentissima decisione della Corte di giustizia del 21 gennaio 2010, causa C-546/07, *Commissione* c. *Repubblica federale di Germania*, ha coordinato questa normativa con l'Atto di adesione della Polonia all'Unione europea, già comprensivo di una clausola di *standstill*, e confermato la sua legittimità, salvo per la parte della sua applicabilità limitata alle imprese tedesche e non anche a imprese di altri Stati membri che intendano realizzare appalti in Germania concludendo contratti con imprese polacche.

Al momento non è dato conoscere come la Corte si orienterà in futuro, a partire dagli ulteriori casi che le sono stati sottoposti e di cui al momento disponiamo solo delle conclusioni degli avvocati generali, dalla cui lettura traspare che il terreno è diventato sempre più insidioso, con un accreditamento dello schema argomentativo seguito nelle ultime decisioni anche oltre i confini immaginabili, arrivando, ad esempio, a controversie legate a quella che è conosciuta come la 'guerra delle banane'[139], e con una crescente attenzione alla contrattazione collettiva, in particolare in un caso che potrebbe essere destinato raccogliere il testimone, riguardando l'inedita veste del contrasto con la normativa sui bandi di gara a livello europeo (di cui ci occuperemo *infra*).

Ai nostri fini è opportuno soffermarsi su alcuni aspetti, a partire dalla ritrosia ad ammettere che esista il problema del *dumping* sociale infra-Unione europea. Se, come risulta dalla decisione di rinvio, nel caso *Viking*, la nave finlandese "ha operato in perdita a causa della concorrenza diretta delle navi estoni in grado di assicurare il medesimo collegamento con costi salariali inferiori" (p. 9), è quanto meno singolare che la Corte chieda al giudice nazionale di verificare se i posti o le condizioni di lavoro potessero essere "realmente compromessi o seriamente minacciati" dal cambiamento di bandiera della nave, oltre che "se l'azione collettiva intrapresa da tale sindacato sia adeguata per garantire la realizzazione dell'obiettivo perseguito e non vada al di là di ciò che è necessario per conseguirlo" (p. 84). Trasmigrando dall'ambito marittimo, viene in gioco la libertà di azioni sindacali per impedire delocalizzazioni da uno ad un altro Stato membro. E' evidente che questo è un punto nodale, forse il fulcro dei problemi concreti dell'Unione europea a più di mezzo secolo dalla sua costruzione, le delocalizzazioni interne essendo, da un lato, paventate (e contrastate, appunto con i mezzi di lotta sindacale) dai lavoratori e dalle organizzazioni sindacali nazionali, dall'altro fenomeno fisiologico dell'applicazione delle libertà di movimento.

Le questioni generali che vengono in evidenza sono: quella dell'utilizzo della mobilità nell'esercizio del diritto di stabilimento quale strategia di contenimento dei costi dell'impresa[140], nei confronti della quale sembrano finora mancare antidoti efficaci; e quella dell'intromissione per via giudiziaria nel merito delle scelte strategiche del sindacato, in assenza di immunità *antitrust* alle possibili restrizioni derivanti da azioni sindacali collettive (sciopero, boicottaggio[141]) alle libertà economiche, in particolare quella di stabilimento. Il riconoscimento di tali azioni come diritti fondamentali nella Carta di Nizza viene dato per acquisito, senza troppo interrogarsi sull'allora incerta vincolatività del testo, né soffermarsi sul contrasto con la disposizione del Trattato che tuttora esclude la competenza dell'Unione in materia di relazioni sindacali. Si opera un supposto bilanciamento, che maschera lo schema tradizionale della prevalenza delle libertà e della eventuale limitata ammissibilità delle restrizioni[142], e si subordina l'esercizio dell'attività sindacale alla conformità al diritto dell'Unione europea[143]. E' evidente la circolarità delle argomentazioni, aggravata dal riconoscimento della loro efficacia orizzontale diretta[144].

---

[139] Mi riferisco al richiamo interno effettuato nelle conclusioni presentate il 20 febbraio 2008, nelle cause C-120/06P e C-121/06P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio* (causa collegata alla c.d. 'guerra delle banane'), dall'avvocato generale *Poiares Maduro* che fa riferimento al metodo che aveva utilizzato in rapporto al diritto di sciopero, metodo "che mira a confrontare una soluzione adottata nei diritti nazionali con le esigenze proprie dell'ordinamento giuridico comunitario" (nota n. 60).

[140] Per U. Carabelli, *, si tratta di un uso distorto o fraudolento della libertà di stabilimento.

[141] Nella prospettiva della presenza sindacale sovranazionale, ricorda quanto il boicottaggio possa essere considerato il più efficace strumento di pressione A. Lassandari, *La tutela collettiva nell'età della competizione economica globale*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-25/2005, p. 54.

[142] F. Bano, *Diritto del lavoro e libera prestazione …*, cit., pp. 132 e ss.; U. Carabelli, *.

[143] Cfr. A. Lo Faro, *Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking*, in LD, 2008, n. 1, p. 63 e, ivi, pp. 84 e s.

[144] Condivisibili le critiche provenienti dalla maggior parte della dottrina. Per tutti, sul punto, M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval: la Corte di giustizia 'bilancia' il diritto di sciopero*, in LD, 2008, n. 2, p. 371 e, ivi, p. 379, e, in precedenza, *Europa dei mercati e promozione dei diritti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-55/2007.

Presenta, inoltre, particolare interesse il richiamo della Corte, sempre nel caso *Viking*, a precedenti giurisprudenziali[145] sulla soggezione delle clausole dei contratti collettivi alle "disposizioni del Trattato relative alla libera circolazione delle persone", che in realtà riguardano il contrasto con il divieto di discriminazione per nazionalità e che sono, tutto al contrario[146], utili basi per radicare la clausola di progresso sociale[147].

Non si può affrontare in questa sede la questione della qualificazione dell'autotutela collettiva così come emergente da questo groppo di decisioni della CGE e della logica funzionalista che rende servente alla contrattazione collettiva il conflitto collettivo[148]. La stessa contrattazione collettiva, del resto, trova a sua volta limiti derivanti dalla visione finalistica-funzionale[149].

La Corte su questi temi (se non manipola) balbetta[150], a disagio nell'inserire atti e comportamenti dell'autonomia collettiva nella logica binaria 'pubblico – privato', 'generale – individuale', con salti logici che portano al transito meccanico del pacchetto di ostacoli dalla normativa (nazionale) eteronoma a quella autonoma, discutibile sia come scelta metodologica, sia nelle sue ricadute, data la contestuale accettazione – ma, come vedremo, non sempre – che i divieti si ritirino qualora il datore di lavoro sottoscriva il contratto collettivo. Il che finisce per dimostrare come a subire limiti sia innanzitutto l'azione collettiva di protesta, in ognuna delle forme possibili: dallo sciopero economico a quello di solidarietà, al boicottaggio. Si tratta di un apriorismo o, ancora di più, di una pregiudiziale ideologica nei confronti del conflitto sindacale[151].

C'è, inoltre, una insanabile contraddizione logica tra l'affermare che il rispetto della libertà di prestazione di servizi (ma anche di stabilimento) "si impone anche alle normative di natura non pubblica", perché altrimenti si aggirerebbe l'obbligo di rimuovere gli ostacoli[152], e il ritenere che il

---

[145] Decisione del 15 gennaio 1998, causa C-15/96, *Kalliope Schoning-Kougebetopoulou*; del 24 settembre 1998, causa C-35/97, *Commissione* c. *Repubblica francese* e del 16 settembre 2004, causa C-400/02, *Merida*, le ultime due riguardanti lavoratori frontalieri. Riferimenti al p. 54.

[146] Sulla strumentalità dell'impostazioni della Corte valgano le osservazioni di B. Veneziani, *La Corte di giustizia* …, cit., secondo cui si tratta di "un esempio che prova troppo", sia perché "la parità di trattamento non è antitetica certo di per sé alla funzione che svolge il contratto collettivo e poi perché è ben possibile che la prima possa intervenire a mo' di correzione del secondo perché recuperi la propria 'vocazione alla solidarietà'" (p. *).

[147] Grazie alla equivalenza – anche nella formulazione – della clausola di progresso sociale e dei divieti di discriminazione. Per una interessante prospettiva di rilettura alla luce della applicazione di questi divieti, cfr. S. Borelli, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela dei lavoratori. I divieti di discriminazione*, in LD, 2008, n. 1, p. 126.

[148] Rinvio a B. Veneziani, *La Corte di giustizia e il trauma del cavallo di Troia*, in RGL, 2008, n. 2, II, p. 295 e in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, Cacucci, Bari, 2008, tomo II, p. 1281.

[149] Cfr. M. Peruzzi, *La contrattazione collettiva europea cd. autonoma. Funzioni attuali e possibili inquadramenti teorici*, in DLM, 2008, n. 3, p. 577.

[150] La Corte appare "disarmata rispetto a quelle condizioni di maggior favore dei lavoratori, delta aggiuntivo rispetto alla disciplina legislativa, intrinseche alla storia delle relazioni sindacali" (in *Diritti sociali dalla prospettiva del Parlamento europeo: alcune sfaccettature della mobilità*, in *Le scommesse dell'Europa. Diritti, istituzioni, politiche*, a cura di G. Bronzini, F. Guarriello, V. Picone, Ediesse, Roma, 2009, p. 321 e, ivi, p. 331). Ritiene al contrario che la Corte si sia "pronunciata con piena cognizione di causa" I. Ingravallo, *La Corte di giustizia tra diritto di sciopero e libertà economiche fondamentali. Quale bilanciamento?* in *Il conflitto sbilanciato. Libertà economiche e autonomia collettiva tra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, a cura di A. Vimercati, Cacucci, Bari, 2009, p. 35 e, ivi, pp. 36 e s. Ma essere consapevoli del rilievo che avrebbero assunto non significa conoscenza di un tema, come le relazioni industriali o sindacali, che la Corte aveva finora toccato solo di straforo.

[151] Così U. Carabelli, *Note critiche a margine delle sentenze della Corte di giustizia nei casi Laval e Viking*, in GDLRI, 2008, p. 147 e, ivi, p. 163, che più recentemente (in *Europa dei* mercati …, cit.) ha parlato "di una concezione che denota insensibilità culturale", p. 168, e G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche: alla ricerca dell'equilibrio perduto in un mercato aperto e in libera concorrenza*, in GDLRI, 2008, n. 2, p. 237 e, ivi, p. 262 (anche in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-66/2008).

[152] "Infatti, l'abolizione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera prestazione dei servizi sarebbe compromessa se l'abolizione delle barriere stabilite da norme statali potesse essere neutralizzata da ostacoli derivanti dall'esercizio dell'autonomia giuridica di associazioni" (p. 98, di *Laval*).

datore di lavoro non debba subire la pressione che lo costringa alla sottoscrizione di un contratto collettivo, ma nulla vieti una scelta volontaria in tal senso[153]. Il punto è che non si può considerare la normativa proveniente dall'autonomia collettiva come quella di fonte eteronoma, applicando il medesimo pacchetto di criteri di ammissibilità nella restrizione a una libertà economica: divieto di discriminazioni, scopo legittimo compatibile con il Trattato, giustificato da ragioni imperative di interesse generale o da ancor più stringenti ragioni di ordine pubblico, con garanzia di realizzare l'obiettivo perseguito senza andare oltre quanto necessario per raggiungerlo. Fino alle decisioni qui analizzate, l'azione collettiva non era considerata la destinataria del confronto, ma la leva per migliorare la base minima vincolante per legge, e le misure di tutela dei lavoratori erano fatte rientrare tra le ragioni imperative di interesse generale; mentre ora si assiste all'involuzione rappresentata dall'imposizione di minimi, come trattamento uniforme che non può subire miglioramenti – se non a determinate condizioni e per via volontaria – da parte della contrattazione collettiva.

Questo ci conduce a un ultimo aspetto, che riguarda la volontarietà dell'accordo contrattuale, sul quale torneremo anche *infra*. Qui va intanto segnalato che non abbiamo strumenti sufficienti a livello europeo per definire cosa intendiamo per volontaria sottoscrizione di un contratto collettivo. Riguardando l'autonomia collettiva, la scelta resta volontaria anche se preceduta da conflitto o comunque da pressioni dei lavoratori e dei loro rappresentanti sindacali. Nel linguaggio delle nostre relazioni sindacali il discrimine passa tra obbligo a trattare e obbligo a contrarre, di difficile proponibilità a livello di Unione.

6.b La necessità di inquadramento sistematico.

Per concludere su questa parte, sono consapevole di quanta resistenza permanga di fronte ai cambiamenti e di quanto si autoalimenti, anche dalle critiche, la concezione originaria che enfatizza la fiducia nel mercato[154].

Il quadro che ci troviamo di fronte, pur con le dovute differenziazioni, presenta aspetti di contiguità rispetto all'innescarsi di una competizione verso il basso o, comunque, verso il minimo comune denominatore, già segnalato dalla dottrina in riferimento all'affermarsi del principio del mutuo riconoscimento e al test dell'effetto equivalente[155]. Ancora più esplicitamente, era già stato segnalato come la Corte, "nonostante la direttiva" distacco, fosse orientata a restringere le tutele "al nucleo davvero minimo"[156]. Dovremmo ora dire che questo è avvenuto non tanto nonostante la direttiva, ma soprattutto alla luce della direttiva, così come interpretata dalla Corte[157].

---

[153] Così esplicitamente nel p. 81 di *Laval* e nel p. 34 di *Ruffert*.

[154] Come ci ricordava già dieci anni fa un attento conoscitore del tema, "le resistenze a superare questa impostazione sono lungi dall'essere superate e sono maggiori di quanto non indichi l'indubbio cambiamento di linguaggio riscontrabile nei documenti ufficiali nel corso degli anni" (T. Treu, 2000, p. 433).

[155] Per tutti, M. Barbera, *Dopo Amsterdam* …, cit., pp. 52 e ss.

[156] "Pur proteggendo i sistemi nazionali contro le forme più deteriori di *dumping* sociale, la direttiva non elimina … il diritto di competere sul territorio di un altro Stato membro sfruttando i maggiori margini di 'flessibilità' del proprio diritto del lavoro". Così S. Giubboni, *Diritti sociali e mercato* …, cit., p. 120.

[157] La posizione della Commissione sulla revisione della direttiva distacco rimane di blanda neutralità o, meglio, di sostanziale astensionismo. Nonostante le pressanti richieste di intervento anche da parte del Parlamento europeo, il massimo della concessione riguarda l'offerta di assistenza agli Stati membri, di discussione con le parti sociali, di organizzazione di un convegno e l'impegno a "garantire che non vi sia alcun contrasto tra le libertà fondamentali sancite dal Trattato e la protezione dei diritti fondamentali", garanzia da un lato retorica, dall'altro priva di contenuti. Così nella Comunicazione su *Agenda sociale rinnovata: opportunità, accesso e solidarietà nell'Europa del XXI secolo* (COM(2008) 412 def.), nella parte dedicata alla 'Mobilità' (p. 4.3). L'agenda sociale rinnovata è uno 'strano' documento con una 'strana' preparazione (raccontata da P. Pochet e C. Degryse, *Agenda sociale* …, cit.), apparendo piuttosto un *collage* di tutti i provvedimenti in materia sociale ancora da approvare e in stato avanzato di deliberazione,

La strada, allora, non può che essere quella di un *updating* dell'interpretazione sistematica, di una messa in discussione, in prospettiva dinamica, dell'impianto generale del sistema giuridico dell'Unione europea[158], mettendo a cardine la revisione impressa, sia sul lato della concorrenza, sia sul lato del progresso sociale, dai nuovi Trattati. In termini ancora più espliciti, occorre – prima che si radichi la circolarità sopra segnalata – esigere che le modifiche apportate ai Trattati diventino il parametro del 'nuovo' giudizio di conformità. Meno produttivo di effetti mi pare, invece, insistere sul valore assoluto dell'esclusione di competenze.

La disposizione sul primato del diritto dell'Unione europea sta assumendo le vesti di norma di chiusura[159]. Mi pare troppo poco indagata e acriticamente accettata la formula del giudizio di conformità – vera e propria tecnica di *drafting* legislativo – che si sta diffondendo in fonti diverse: nella Carta dei diritti fondamentali, in relazione alla negoziazione e azione collettiva (art. 28), come nella direttiva sulla liberalizzazione dei servizi, nella disposizione cardine sul riconoscimento della territorialità del diritto del lavoro del Paese ospite (art. 1.6); e questo senza diventare principio generale[160] e senza individuazione del parametro di confronto, genericamente consistente nel 'diritto dell'Unione europea'. Il diritto dell'Unione europea è un ordinamento normativo articolato e complesso, che non può più essere letto come governato dalle quattro libertà di movimento. Questo non avviene per effetto della (sola) approvazione e/o della assegnazione di valore vincolante alla Carta dei diritti fondamentali[161], quanto piuttosto per effetto del combinato disposto di modifiche rilevanti che hanno riguardato i Trattati, in tutte le forme possibili: inclusioni, esclusioni, sostituzioni, spostamenti di sede.

Non possiamo non condividere tuttavia anche dubbi e perplessità. Troppo spesso è stato difficile assegnare valore vincolante ai cambiamenti intervenuti, sapendo quanto l'evoluzione avvenga 'per compromesso' e sia, pertanto, inevitabilmente caratterizzata da molteplicità di approcci, talora, almeno apparentemente, casuali. Troppo spesso nell'ambito di uno stesso documento – nelle Risoluzioni del Parlamento e nelle Conclusioni dei Consigli europei – si rinvengono affermazioni ridondanti, versioni quasi identiche o versioni contraddittorie di una stessa presa di posizione. Questo talora riflette il succedersi di blocchi di alleanze, frutto delle scelte dei gruppi politici e, più spesso, dei governi nazionali e delle loro alternanze.

---

dell'ultimo anno della scorsa legislatura. Forse qualche cambiamento può arrivare dalla nuova Commissione, che ha inserito nel suo programma di lavoro per il 2010 (Comunicazione sul *Programma di lavoro per il 2010. Il momento di agire* [COM(2010) 135 def.] l'impegno a presentare proposte per chiarire l'applicazione della direttiva distacco (p. 3.1).

[158] Favorevole ma scettico F. Bano, *Diritto del lavoro e libera prestazione* …, cit. , p. 138, con riferimento solo alle novità apportate dal Trattato quanto al valore vincolante della Carta dei diritti fondamentali, ritenendo che questa resti comunque uno strumento debole "per conseguire un effettivo bilanciamento tra libertà economiche e diritti sociali, e sottrarre questi ultimi alla logica dell'integrazione negativa" (p. 139).

[159] E' da tempo che la dottrina segnala i timori per l'"influenza che la rielaborazione dei principi fondamentali e dei diritti inviolabili alla luce della struttura e degli obiettivi dell'Unione europea possa portare a introdurre limiti e restrizioni in ragione … degli obiettivi di coesione economica perseguiti dall'Unione" (M. V. Ballestrero, *Corte costituzionale e Corte di giustizia. Supponiamo che* …, nel numero monografico di LD, *Sul diritto sociale comunitario* …, cit., p. 485 e, ivi,503 e s.). In precedenza, M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Giuffrè, Milano, 1995 e F. Sorrentino, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Giappichelli, Torino, 1995.

[160] Il principio del primato del diritto comunitario era previsto nel Trattato costituzionale ed è stato rimosso e collocato nella dichiarazione allegata n. 17, in cui si fa riferimento alla giurisprudenza costante della Corte e si (ulteriormente) allega un parere del servizio giuridico del Consiglio in cui si afferma che "il fatto che il principio della preminenza non sarà incluso nel futuro trattato non altera in alcun modo l'esistenza del principio stesso e la giurisprudenza esistente della Corte di giustizia".

[161] Vero che sarebbe "chimerico pensare che l'assunzione di vincolatività giuridica della Carta possa addirittura trasformare dalle fondamenta l'ordinamento comunitario, rendendolo primariamente orientato verso il perseguimento di valori sociali e di tutela ed emancipazione della persona, assegnando a quelli economici rilievo secondario", come osserva U. Carabelli, *Europa dei mercati* …, cit., p. 156. Ma, appunto, questo risultato si può raggiungere guardando all'insieme delle variazioni intervenute nell'ordinamento dell'Unione europea.

L'evoluzione per compromesso significa anche difficoltà di individuare un unico filo conduttore. Chi ne è alla ricerca è destinato a incontrare ostacoli insormontabili e una impossibile coerenza logico-sistematica. Anche le nozioni come diritto fondamentale, libertà economiche e interesse generale hanno bisogno di essere specificate e affrontate con estrema cautela, soprattutto se la tentazione è quella di declinarle utilizzando metodi e strumenti giuridici nazionali.

7. La concorrenza e la liberalizzazione dei servizi.

Il tema delle liberalizzazioni e delle privatizzazioni, delle competenze degli Stati nazionali, dell'efficacia diretta della rimozione degli ostacoli e delle barriere è davanti a noi in tutta la sua estensione e complessità. Le liberalizzazioni, ci insegnano gli economisti, sono il passaggio alla concorrenza dei monopoli, la sopravvivenza dei quali è legata a motivazioni economiche, come la presenza di monopoli naturali, socio-politiche, come la necessità di garantire l'universalità del servizio a condizioni economiche accessibili, e giuridiche, come la competenza nazionale nei servizi di interesse generale. A livello di Unione europea lo smantellamento dei monopoli si è accompagnato inizialmente a normative di armonizzazione e, subito dopo, alla scelta di ridurre la regolazione al minimo[162], da far intervenire solo in mancanza di concorrenza effettiva e qualora le disposizioni sulla concorrenza non fossero in grado di risolvere il problema[163].

E' generalmente riconosciuto che un monopolista è meno orientato all'efficienza di una impresa in concorrenza, avendo minori incentivi a introdurre innovazioni di prodotto e di processo. Il punto critico restano i servizi di interesse generale[164], collegati ad un sistema di *Welfare* in decrescita, per scelta o per esigenze di bilancio, con parallelo incremento dell'integrazione di soggetti privati, anche come gestori, che producono crescenti infiltrazioni del diritto della concorrenza, secondo la ormai classica e anticipatoria indicazione di G. Lyon Caen.

Come garantire risultati favorevoli alle persone: consumatori, utenti, contribuenti, lavoratori?[165] L'obiettivo del superamento del monopolio pubblico è quello di garantire maggiore efficacia/efficienza o la riduzione dei costi?[166] In questa seconda ipotesi è particolarmente difficile che non si incida negativamente sulla qualità dei servizi, anche perché gli *standard* di qualità sono

---

[162] Una critica al tentativo, presente nelle direttive comunitarie, di rendere l'attività di controllo *ex ante* sempre meno intrusiva e limitata solamente laddove risulti necessario, in Gambini C. – Valletti T., *Concorrenza senza regolazione? Non ancora, grazie!*, in MCR, n. 2/2003, 385. Con riferimento alla situazione del nostro Paese, si rileva che "una regolazione 'leggera' è auspicabile quando le condizioni al contorno sono appropriate: queste, nell'attuale situazione italiana, fortemente asimmetrica e concentrata … non sembrano essere ancora verificate" (p. 395).

[163] Così, ad esempio, nel settore delle comunicazioni elettroniche. Cfr., E. Conte, *Regolazione e concorrenza nelle comunicazioni elettroniche*, ciclo di seminari, Università di Siena, 27 maggio 2009.

[164] Come dimostrano anche le analisi più recenti. Cfr. G. L. Tosato, *Il trattato di Lisbona: una riforma completata?* in *Le nuove istituzioni europee …*, cit., p. 479, che nel chiedersi se le modifiche sul versante della concorrenza porteranno "una stagione nuova nei rapporti tra politica ed economia, tra imperativi del mercato ed esigenze di carattere generale" (p. 483), rileva segnali contraddittori, in particolare in tema di servizi di interesse generale (p. 484).

[165] E' da rilevare l'utilizzo troppo spesso asintomatico dei termini, con una prevalenza assegnata ai consumatori o agli utenti, laddove l'interesse dovrebbe essere dei cittadini, come nei servizi di interesse generale, e una rarefazione nel ricorso al termine lavoratore (rilevato da P. Pochet e C. Degryse, *Agenda sociale: il ritorno della 'hard law'?*)*. Osserva, invece, che "lo spostamento d'ottica a favore del consumatore non può … essere letto come contrapposizione ai lavoratori della nuova classe dei consumatori", dato che "la persona è sempre la stessa, solo che viene colta sulla base di una differente circostanza di vita" (L. Nogler, *Diritto del lavoro e diritto contrattuale europeo: un confronto non più rinviabile*, in GDLRI, 2008, n. 2, p. 171 e, ivi, p. 194).

[166] Dovremmo prestare particolare attenzione ai fenomeni che conosciamo nel nostro Paese in cui le privatizzazioni senza mercato hanno trasformato in monopoli privati quelli pubblici, che almeno dovevano sottostare ai controlli di legge (D. Colafrancesco, *Ossessioni*, LAB, 2008), creando un paradossale corto circuito. Cfr., AA. VV., *Tutela della concorrenza e tutela dei consumatori. Due fini configgenti?*, in MCR, n. 2/2009, 381.

difficilmente contrattabili *ex ante* (prima della liberalizzazione o nel bando di gara) e difficilmente rilevabili *ex post*. Ne consegue che i risultati potrebbero essere opposti rispetto alle attese, in particolare sul versante dell'occupazione, a meno che non si acceda all'idea che i segmenti di lavoro precario e discontinuo spesso collegati alle esternalizzazioni siano comunque occupazione, benché non quella di cui parla la Strategia di Lisbona.

Se questo è noto nel campo dell'analisi economica, lo è meno nella comunicazione istituzionale dell'Unione europea. Nel portale *Web*, nel presentare la concorrenza come 'un buon affare per tutti', si afferma che "una vera concorrenza nella fornitura di beni e servizi consente di ridurre i prezzi, accrescere la qualità e offrire ai consumatori una scelta più ampia".

Nella prospettiva che ci siamo proposti dell'inquadramento sistematico e della rilevazione dei cambiamenti normativi, dobbiamo fare riferimento, in particolare, alla direttiva sulla liberalizzazione dei servizi nel mercato interno[167], adottata dopo un travagliato *iter* legislativo nel 2006, che declina l'attuazione concreta di questa libertà.

Il testo lascia molto a desiderare. I considerando incorrono spesso in retorica ripetitività, se non in contraddizioni, e la dichiarazione con cui si è sbloccata la seconda votazione del Parlamento europeo è ambigua. Si può affermare che si tratti di uno degli esempi più emblematici delle ricadute che possono avere i compromessi raggiunti, tra la prima e la seconda lettura e nel corso di tutte le attività di trilogo, sulla tenuta tecnico-giuridica dell'insieme delle disposizioni adottate

L'attenzione degli interpreti si è finora concentrata sulla *ratio* sottesa alla proposta iniziale della Commissione, associata al nome del Commissario al mercato interno *F. Bolkestein*[168], sul contrasto di posizioni assunte tra i codecisori istituzioni e sul superamento, per volontà del Parlamento europeo, del contestato principio del Paese d'origine[169].

Più sottotraccia, ma determinante, vi è quello delle esclusioni dal campo di applicazione: esclusioni di ambiti, a partire dai servizi di interesse generale (su cui *infra*), ed esclusioni di materie, come il diritto di negoziare e stipulare contratti collettivi, la compatibilità con altre politiche, come le iniziative comunitarie in ambito sociale, e il rispetto dei diritti fondamentali, tra cui, espressamente, il diritto di sciopero. Non è revocabile in dubbio che sia stata organizzata una rete di protezione[170] nei confronti del Diritto del lavoro, delle politiche occupazionali, della sicurezza sociale, delle relazioni sindacali, delle normative nazionali di trasposizione delle direttive.

L'impegno di rispettare il diritto del lavoro del luogo della prestazione viene talora declassato in legislazione del lavoro, declinato con riferimento a specifiche parti e subordinato alla conformità al diritto comunitario[171]. Il contemperamento tra libertà economiche e diritti

---

[167] Direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre 2006, finalmente trasposta nel nostro ordinamento con il d. lgs. 26 marzo 2010, n. 59, in un non molto onorevole testo.

[168] Per una lettura della storia della direttiva cfr. A. Heimler, *La direttiva Bolkestein*, in MCR n. 1/2006, 95.

[169] E' ampiamente nota la metafora dello spettro che si aggirava per l'Europa, cui sono state attribuite vittime eccellenti come l'affossamento del Trattato costituzionale, in particolare nel referendum francese. Grazie anche alla fortissima mobilitazione sindacale, il Parlamento europeo è riuscito a contenere il rischio di ulteriore *dumping* sociale interno. In dottrina, con una posizione intermedia, F. Bano, *Diritto del lavoro e libera prestazioni di servizi nell'Unione europea*, Il Mulino, Bologna, 2008, spec. pp. 90 e ss.

[170] "Potrebbe, in via interpretativa, divenire una sorta di armatura intorno ad una fonte verso cui si nutrono ancora troppi sospetti" (S. Sciarra, *Diritto del lavoro e diritto sociale europeo* …, cit., p. 34).

[171] Il principio è nel considerando 7. Le parti salvaguardate sono le "condizioni di lavoro e di occupazione", tra cui l'organizzazione del tempo di lavoro, le retribuzioni minime e la salute e sicurezza del lavoro) (cons. 14). Alla legislazione del lavoro (e di relazioni sindacali) fa riferimento la disposizione di apertura (art. 1.6 e 1.7), nel rispetto del principio di doppia conformità ("al diritto e alle prassi nazionali che rispettano il diritto comunitario"). Allo Stato membro "non può essere impedito di applicare … le proprie norme in materia di condizioni di occupazione, comprese le norme che figurano negli accordi collettivi", ma sempre "conformemente al diritto comunitario (art. 16,3). Valorizza questa clausola di salvaguardia S. Borelli, *Un possibile equilibrio tra concorrenza leale e tutela* …, cit., p. 132.

fondamentali viene evocato[172], ma senza alcuna indicazione su come effettuare questa operazione. La formula, utilizzata nella direttiva per escludere la sua incidenza dall'ambito delle relazioni sindacali adotta una tecnica di *drafting* infelice, perché separa l'esercizio dei diritti fondamentali da quelli di contrattazione e di sciopero, come se questi secondi non fossero tali[173].

Da ultimo ricordo che, nella disposizione dedicata alle definizioni, è precisato che "le norme stabilite dai contratti collettivi negoziati dalle parti sociali non sono considerate di per sé come requisiti" e, quindi, come obblighi, divieti, ostacoli[174]. Ovviamente la portata è limitata alla direttiva[175], che peraltro è normativa di ampio raggio e riverbera effetti di rafforzamento dello sbarramento per i servizi immuni o quasi-immuni, come i servizi di interesse generale. La sua importanza appare, quindi, determinante, nonostante la resistenza che continua a permanere in dottrina, che considera questo "inciso … nient'altro che l'ennesima precisazione della scelta di escludere il diritto del lavoro (e dunque anche il contenuto dei contratti collettivi) dall'ambito di applicazione della Direttiva"[176].

Tutto tranquillo? Non proprio. Sia per alcune formulazioni imprecise che rischiano di riaprire la discussione, sia per la pervicacia con cui la Commissione europea prosegue nei suoi orientamenti[177], sia, detto con lo sguardo rivolto all'interno, per il silenzio tombale nei confronti della trasposizione della direttiva nel nostro Paese. Aggiungo: per la micidiale concorrenza tra istituti giuridici derivante dalla possibilità di fuoriuscire dall'applicazione della normativa del paese ospitante ricorrendo ai minimi previsti dalla direttiva distacco, in assenza di indicazioni sui rispettivi campi di applicazione e tenendo conto della prevalenza a questa seconda assegnata[178]. Anche sulla base di testimonianze direttamente raccolte, posso affermare che "l'inviolabilità del terreno occupato dalla direttiva 96/71"[179] è frutto del timore che il trattamento in questa previsto, collocato quanto meno ai livelli minimi del paese ospitante, potesse essere travolto da quello del paese d'origine[180].

7.a I servizi di interesse generale.

La direttiva del 2006 esclude dal suo campo di applicazione i servizi di interesse generale (SIG) e prevede il 'non obbligo' alla liberalizzazione dei servizi di interesse economico generale (SIEG), così come alla privatizzazione degli enti pubblici e alla abolizione dei monopoli[181].

---

[172] Con una petizione di principio secondo cui la direttiva rispetta i diritti fondamentali armonizzandoli con le libertà (cons. 15).

[173] G. Orlandini, *I diritti dei lavoratori* …, cit., parla di norma "pleonastica e di dubbia portata precettiva" (p. 578).

[174] Articolo 4,7. Rileva l'importanza della disposizione e l'assenza di riferimento ad essa nella giurisprudenza della Corta, M. V. Ballestrero, *Le sentenze Viking e Laval* …, cit., p. 376.

[175] Cfr. G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche* …, cit., p. 285.

[176] G. Orlandini, *I diritti dei lavoratori* …, cit., p. 579.

[177] Come risulta dal Manuale per l'attuazione della direttiva servizi, messo a disposizione dalla Commissione europea.

[178] Merita osservare come, finora, gli stessi giuslavoristi che si sono occupati del tema abbiano privilegiato, direttamente o indirettamente, l'analisi della direttiva distacco rispetto a quella sulla liberalizzazione dei servizi. Gli esempi sono numerosissimi. Dalla affermazione di Orlandini (*I diritti dei lavoratori* …, cit.), secondo il quale "è nella direttiva 96/71 che sono dunque contenute le regole comunitarie relative alla circolazione dei lavoratori nell'ambito del mercato interno dei servizi" (p. 552) all'analisi di Bano, incentrata per la maggior parte proprio sulla direttiva distacco.

[179] S. Sciarra, *Servizi nel mercato interno europeo e nuove dimensioni della solidarietà*, in *Solidarietà, mercato e concorrenza nel welfare italiano. Profili di diritto interno e comunitario*, a cura della stessa A., Il Mulino, Bologna, 2007, p. 13 e, ivi, p. 21.

[180] Come ho ricordato in altra sede, "l'incombente iniziale rischio di dover applicare il principio del paese d'origine rendeva preferibile 'salvare' il trattamento del distacco, collocandolo quanto meno al livello minimo del paese ospitante" (*Diritti sindacali e libertà economiche al Parlamento europeo. I nodi del coordinamento sistematico*, in LD, 2008, n. 3, p. 555 e, ivi, p. 569).

[181] Rispettivamente: art. 2, 2, lett. a, considerando 8 e art. 17, 1.

Difficile non trarre alcuna conseguenza da questo impianto[182], ma anche individuare la linea di demarcazione tra i secondi, i soli ad essere nominati nel Trattato, e i primi, ritenuti di importanza strategica per gli Stati membri[183]. Il Trattato di Lisbona apporta modifiche significative[184], la principale delle quali porta finalmente a nominare i SIG, sia pure in allegato protocollo[185].

La richiesta di una direttiva quadro, sostenuta dal sindacato europeo e oggetto di accese discussioni al Parlamento europeo, è retrocessa a richiesta di chiarimenti, tra cui la distinzione tra le due nozioni, per quanto rimessa al livello nazionale[186], e la messa a punto di criteri operativi, finalizzati a definire i confini con il diritto della concorrenza[187].

---

[182] Come sembra fare E. Menichetti, *Servizi sociali e servizi economici di interesse generale*, in *Solidarietà, mercato …*, cit., p. 109 e, ivi, p 132. Sul tema, nello stesso volume anche A. Albanese, *Il sistema integrato dei servizi sociali: spunti di analisi in prospettiva europea*, p. 137.

[183] Il discrimine può essere costituito dalle attività che solo soggetti pubblici possono svolgere in quanto partecipano della sovranità statale oppure si può ricorrere al criterio dell'esistenza o meno di un mercato potenziale di riferimento e, quindi, della possibilità o meno che l'attività possa essere svolta da un ente a scopo di lucro. E' questo secondo il criterio più volte utilizzato dalla Corte di giustizia, pur appartenendo alla scelta sui confini del mercato, in assenza di indicazioni nei Trattati. La interpretazione più ricorrente porta a distinguere tra attività che sono pubbliche perché partecipano all'esercizio dei pubblici poteri (SIG) ed attività economiche che possono essere parzialmente sottratte al mercato una volta che lo Stato decida di considerarle di interesse generale (SIEG), nel rispetto di limiti e di condizioni. In un allegato al Libro bianco del 2004 i SIG sono ritenuti "un'espressione più ampia di SIEG (ch)e riguarda sia i servizi di mercato che quelli non di mercato che le autorità pubbliche considerano di interesse generale e assoggettano a specifici obblighi di servizio pubblico" e i SIEG una espressione più limitata in quanto riferita solo "a servizi di natura economica". Quanto alla giurisprudenza della Corte, in una risalente sentenza (19 maggio 1993, causa C-329/91, *Corbeau)*, un SIEG è tale se esiste un interesse pubblico ad ottenere una prestazione universale che il mercato non può garantire. Così per la Commissione, fin dalla Comunicazione su *I servizi di interesse generale in Europa* (COM (1996) 443 def.). In dottrina, cfr. G. Orlandini, *Sciopero e servizi pubblici …*, cit., spec. pp. 318 e ss.

[184] Una prima modifica consiste in una integrazione alla disposizione di carattere generale (art. 16 TCE, ora art. 14 TUE) con affidamento della competenza al Parlamento europeo e al Consiglio di stabilire, con procedura legislativa ordinaria, i principi di funzionamento dei servizi e di fissare le condizioni per l'assolvimento dei compiti. E' paradossalmente in forza di questo cambiamento e in attesa della sua definitiva consacrazione che la Commissione, nel 2007, anziché iniziare ad elaborare le linee progettuali di un intervento, ripropone una elaborazione che si ferma ancora a livello di indicazioni generali. Così la Comunicazione del 20 novembre 2007 [COM(2007) 725 def.], *che accompagna la comunicazione "Un mercato unico per l'Europa del XXI secolo". I servizi di interesse generale, compresi i servizi sociali di interesse generale: un nuovo impegno europeo*. In una lettera inviata al presidente della Commissione *Barroso* dal vicepresidente del gruppo socialista al Parlamento europeo e dai segretari generali della FSESP, CES e CEEP, dell'11 luglio 2007, si ritiene inaccettabile che il seguito del Libro bianco possa essere costituito "da un'altra Comunicazione".

[185] Protocollo n. 26, allegato ed espressamente dedicato ai 'servizi di interesse generale'. Nell'articolo 1 ci si occupa di SIEG e vengono indicati i valori della elevata qualità, sicurezza, accessibilità economica, parità di trattamento e promozione dell'accesso universale e dei diritti dell'utente, incorporando quelli finora elaborati nei documenti provenienti dalle istituzioni europee e nelle decisioni della Corte. L'articolo 2 del Protocollo lascia piena competenza agli Stati membri di "fornire, commissionare ed organizzare servizi di interesse generale non economico". Sul punto G. L. Tosato, *Il trattato di Lisbona: una riforma completata?*, in *Le nuove istituzioni europee …*, cit., p. 479 e, ivi, p. 484.

[186] Da ultimo, la Comunicazione del 20 novembre 2007, cit. Ma era già così nella Comunicazione del 2001 sui servizi di interesse generale in Europa: "la libertà di definizione [dei servizi di interesse economico generale] significa che spetta fondamentalmente agli Stati membri definire che cosa considerino [tali] servizi. … La competenza di decidere quale servizio debba essere considerato servizio d'interesse generale e come debba essere gestito pertiene in primo luogo al livello locale. Il ruolo della Commissione è di garantire che gli strumenti utilizzati siano compatibili con il diritto comunitario" (p. 22). Occorre, inoltre, certezza giuridica, trasparenza e rispetto del criterio di proporzionalità. Non ritengo sia da condividere l'affermazione secondo la quale questa libertà è tale "solo in linea di principio, visto che la stessa deve avvenire nel rispetto dell'art. 86 (ora 106) e della relativa interpretazione fornita dalla Corte di Giustizia" (Lottini, cit., 1567).

[187] Risoluzione del Parlamento europeo sul Libro bianco sui Servizi di interesse generale (comunicazione della Commissione COM(2004) 374 def.), rispettivamente: p. 10, 13 e 31.

Dal carattere economico dell'attività, in un documento del 2007, viene fatta discendere la sottoposizione alle regole del mercato interno e della concorrenza[188]. La scelta è solo apparentemente lineare, perché si presta a una circolarità di argomentazioni che porta a far derivare questo carattere dalle "effettive modalità di prestazione, organizzazione e finanziamento di un determinata attività", con la conseguenza che "in pratica, fatta eccezione per le attività relative all'esercizio di pubblici poteri", queste sole escluse dalle regole del mercato interno, "la stragrande maggioranza dei servizi può essere considerata attività economica". Certo. Infatti, la dottrina economica ci spiega che ogni attività è tale. Insomma, siamo ancora fermi a una affermazione lapalissiana (è economico quello che è economico e non economico quello che non è economico) e, insieme, a una totale discrezionalità, con verifica caso per caso. Non solo. Anche una volta qualificato come economico un servizio di interesse generale, resta da applicare l'immunità dalle regole della concorrenza qualora ostino "all'adempimento, in linea di diritto e di fatto, della specifica missione affidata"[189].

Ai nostri fini, l'ambito settoriale maggiormente interessante è quello dei servizi sociali[190], sia per connessione di materia[191], sia per prese di posizione interessanti, come quella che chiede di valorizzare la sinergia e non la contrapposizione tra regole del mercato interno e della concorrenza, da un lato, e lavoro e coesione sociale, dall'altro, rovesciando la prospettiva e facendo in modo che si dipani dalla compatibilità delle prime "con gli obblighi di servizio pubblico e non il contrario"[192]. Già qualche anno fa, e prima che si realizzasse la modifica dei Trattati, era stata rilevata un'inversione di tendenza: "non è più il mercato l'entità di riferimento le cui deroghe in nome di obiettivi sociali devono apparire giustificate e proporzionate, ma, al contrario, è l'obiettivo di valenza sociale che può subire delle motivate e limitate deroghe strumentali al perseguimento dell'interesse solidaristico"[193]. Se questo capovolgimento di prospettiva era allora collegato all'evoluzione della giurisprudenza della Corte di giustizia – e, quindi, con una base fragile e soggetta a revisione – ora trova fondamento nelle modifiche intervenute nei Trattati.

La direttiva esclude espressamente il sistema di sicurezza sociale nazionale – e, quindi, quello previdenziale – dalle liberalizzazioni[194], ma presenta, anche in questo ambito, aspetti di insoddisfazione, ancora una volta determinati dal mancato coordinamento tra i principi affermati nei considerando e la formulazione delle disposizioni. Nei considerando, nella nozione di motivi imperativi di interesse generale viene fatta rientrare (tutta) "la protezione sociale dei lavoratori",

---

[188] La Comunicazione del 20 novembre 2007, cit. Il non assoggettamento dei SIG alle norme del Trattato in materia di mercato interno e concorrenza trova ulteriore forza nella successiva indicazione che "alcuni aspetti dell'organizzazione di tali servizi possono essere assoggettati ad altre disposizioni del trattato, ad esempio, il principio di non discriminazione" (p. 2.1).

[189] Art. 106.2 TUE (ex art. 86.2 del TCE).

[190] Cfr., S. Civitarese Matteucci, *Servizi sanitari, mercato e 'modello sociale europeo'*, in MCR, n. 1/2009, 179.

[191] La Commissione nel 2006 ha adottato una comunicazione, suggerendo di distinguere i servizi sociali in senso stretto (sanità, istruzione, previdenza e assistenza sociale) dai servizi sociali in senso ampio [Comunicazione della Commissione del 26 aprile 2006, *Attuazione del programma comunitario di Lisbona: i servizi sociali d'interesse generale nell'Unione europea* (COM(2006) 177 def.)].

[192] Punto 5 della Risoluzione del Parlamento europeo sui servizi sociali di interesse generale del 14 marzo 2007 (2006/2134(INI). Segnala l'interesse per questa indicazione anche E. Menichetti, *Servizi sociali e* …, cit., p. 135.

[193] G. Ricci e L. Di Via, *Monopoli previdenziali* …, cit., p. 73, basandosi peraltro sull'analisi di decisioni della CGE orientate a far prevalere il test di solidarietà rispetto a quello di imprenditorialità.

[194] "La presente direttiva non incide sulla normativa degli Stati membri in materia di sicurezza sociale" (art. 1, n. 6, ultima parte, oltre che cons. 14). La direttiva inoltre richiama, per consentirne l'esclusione, solo alcuni servizi: alloggi popolari, assistenza all'infanzia, servizi alle famiglie o alle persone bisognose. Si è discusso su questo troppo ristretto (e soprattutto esaustivo e non esemplificativo) catalogo di servizi al momento della votazione in seconda lettura del Parlamento europeo. L'approvazione è stata condizionata alla presentazione di uno *Statement* da parte della Commissione, che, come spesso accade, non è diventato documento ufficiale, e che si occupava di meglio individuare l'area dei servizi sociali.

mentre nel testo della direttiva solo "il mantenimento dell'equilibrio finanziario del sistema di sicurezza sociale"[195], con un cortocircuito con la giurisprudenza della Corte che si sarebbe potuto evitare. E' giunto il momento di passare alla sua analisi, sia pure con riferimento limitato ad alcuni casi, a partire dai più noti.

7.b L'efficienza come limite dei monopoli pubblici nella giurisprudenza della Corte. I servizi di collocamento.

Le prime decisioni che riguardano i monopoli e i diritti esclusivi nell'area dei SIG/SIEG sono risalenti nel tempo. Alcune sono molto conosciute nel nostro Paese, avendo riguardo al nostro sistema di collocamento pubblico, come *Job Centre II*[196], e presentano interesse per: la riconduzione del servizio pubblico di collocamento nell'ambito delle imprese, l'ingresso nell'area delle eccezioni legittimate dalla missione perseguita, e soprattutto, il ruolo determinante costituito dalla valutazione dell'inefficienza come indice dell'abuso di posizione dominante[197], in evidente accoglimento della teoria economica secondo cui sono i mercati in concorrenza perfetta ad essere efficienti.

In dottrina, è quasi unanime il giudizio positivo[198], data l'assenza di contrapposizione, anzi, la compatibilità rinvenuta tra regole del mercato e interesse dei lavoratori. Concordo con l'interpretazione intermedia proposta da chi[199] ha deplorato l'assenza di discrezionalità lasciata allo Stato nel rielaborare le proprie politiche legislative: il giudizio negativo sull'efficienza avrebbe dovuto comportare la riscrittura della normativa nazionale, soprattutto in assenza di regole comunitarie specifiche. Un conto è bollare di inefficienza il servizio pubblico monopolista, un conto è ritenere che l'apertura ai privati sia in sé un modo per realizzare gli obiettivi[200], soprattutto quando si tratta di passare alle politiche attive del lavoro, come previsto nelle Linee guida dell'Unione europea.

Si consideri, inoltre, che, mentre i servizi pubblici di collocamento sono stati classificati come impresa, contrario è stato l'orientamento in riferimento agli enti previdenziali pubblici, come l'Inail[201], chiamato in causa per quanto riguarda l'obbligo di iscrizione degli artigiani autonomi; il

---

[195] Rispettivamente: considerando n. 40 e art. 4, n. 8.

[196] Sentenza dell'11 dicembre 1997, causa C-55/96, preceduta dalla sentenza *Merci convenzionali* (10 dicembre 1991, causa C-179/90), in cui veniva dichiarata incompatibile la riserva di manodopera garantita alle compagnie portuali italiane, e dalla sentenza *Hoefner* (23 aprile 1991, causa C-41/90, meglio nota come *Macroton*), in riferimento ai disoccupati dirigenti tedeschi, e seguita dalla sentenza *Carra e altri* (8 giugno 2000, causa C-258/98).

[197] G. Meliadò, *Concorrenza e* …, cit., p. 285.

[198] Fa eccezione M. Roccella, (anche) in fase di attesa della sentenza, in *La Corte di giustizia e il diritto del lavoro,* Giappichelli, Torino, 1997, pp. 105 e ss. e in *Il caso Job Centre II: sentenza sbagliata, risultato (quasi) giusto,* in RGL, 1998, II, p. 33.

[199] M. Barbera, *Dopo Amsterdam* …, cit., spec. pp. 60 e s. Inoltre, per disapplicare la normativa nazionale ritenuta restrittiva della concorrenza, si sarebbe potuto fare riferimento alle disposizioni, scarsamente considerate, che prevedono procedure volte al "ravvicinamento delle legislazioni", al fine di eliminare progressivamente e di prevenire le distorsioni alla concorrenza nel mercato unico/interno derivanti dall'esistenza di disparità tra disposizioni legislative, regolamentari o amministrative degli Stati membri (artt. 116 e 117 del TFUE, ex artt. 96 e 97 TCE).

[200] E si osservi come la dimensione del collocamento come servizio di interesse generale sia destinata a cedere rispetto all'esigenza originale di evitare forme di caporalato e discriminazioni nell'accesso, l'unico canale in grado di garantire l'imparziale distribuzione delle occasioni di lavoro sarebbe quello della chiamata numerica (Ghezzi – Romagnoli, 1987, p.62).

[201] Sentenza del 22 gennaio 2002, causa C-218/00, *Cisal*. Il Giudizio della Corte si apre con l'affermazione che "secondo una costante giurisprudenza, il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare i loro sistemi previdenziali". In dottrina, cfr. E. Ales, *L'integrazione europea tra diritti sociali e mercato: il caso degli infortuni sul lavoro*, in RDSS, 2004, 1.

sistema sanitario spagnolo[202], accusato di abuso di posizione dominante; le casse malattia tedesche[203], per le loro determinazioni uniformi dei massimali per i medicinali.

Una frontiera è stata di recente varcata dalla Corte[204], che ha invero confermato, in ambito previdenziale, l'esclusione della riconducibilità come impresa e ritenuto legittima la previsione nazionale, pur con dubbi sulle ricadute limitative del monopolio sulle prestazioni transfrontaliere dei servizi e l'accesso dei privati, ma ha ritenuto necessario sottoporre a scrutinio il sistema nazionale sotto il profilo della possibile limitazione della libera prestazione di servizi (anche prescindendo dalla natura non imprenditoriale del soggetto), 'salvandolo' solo in base alla valutazione economica, per l'esigenza di garantirne l'equilibrio finanziario[205].

Al di là della soluzione finale, tornano ad aprirsi le ferite, soprattutto di ordine metodologico e sistematico. Devo qui limitarmi a richiamare solo alcuni aspetti di maggior rilievo, che vanno da una interpretazione contraddittoria delle regole dei Trattati a una assenza di riferimenti alla normativa derivata nel frattempo intervenuta.

7.c Le ancore di sicurezza per la previdenza e i (primi) timori per la contrattazione collettiva.

Con riferimento agli strumenti dell'azione collettiva, dobbiamo risalire a circa una decina di anni fa, quando grande rilievo ha assunto una decisione della Corte, nel caso *Albany*[206], in cui è

---

[202] Sentenza del Tribunale, prima sezione ampliata, 4 marzo 2003, causa T-319/99, *FENIN (Federacion Nacional de Empresas de Instrumentacion Cientifica, Medica, Tecnica y Dental*.

[203] Sentenza CGE del 16 marzo 2004, cause riunite C-264/01, C-306/01, C-354/01 e C.355/01, *AOK Bundesverband* e altri.

[204] Con la sentenza *Kattner*, del 5 marzo 2009, causa C-250/07, commentata da M. Lottini, *La concezione 'statica' e la concezione 'dinamica' dell'attività economica: una recente sentenza della Corte di giustizia in materia di servizi sociali*, in Ri. It. Dir. pubbl. comunitario, 2009, n. 6, p. 1551. In questo caso, si trattava di verificare la compatibilità comunitaria dell'obbligo per tutte le imprese tedesche di iscriversi alle (venticinque) casse previdenziali pubbliche di categoria per l'assicurazione contro gli infortuni sul lavoro e le malattie professionali. In questa sede non interessa approfondire le differenze tra il sistema italiano e quello tedesco, per quanto costantemente messo a confronto nella decisione, richiamando il caso *Cisal* del 2002 (citato in precedenza), soprattutto per quanto riguarda l'assetto di monopolio (Inail per il nostro Paese) e di oligopolio (le 25 casse previdenziali di categoria della Germania, a loro volta suddivise in più rami). Per una ricostruzione della giurisprudenza della CGE a partire dal caso *Poucet et Pistre*, cfr. G. Ricci e L. Di Via, *Monopoli previdenziali e diritto comune antitrust*, in *Solidarietà, mercato* …, cit., p. 39 e spec. pp. 47 e ss., che ricostruiscono anche l'oscillazione nel tempo tra l'applicazione del test di imprenditorialità e quello di solidarietà.

[205] Non è certo la prima volta che l'attenzione all'equilibrio finanziario compare nella giurisprudenza della Corte riferita al sistema previdenziale pubblico. Già nella sentenza considerata capostipite (G. Ricci e L. Di Via, *Monopoli previdenziali* …, cit., pp. 50), la sentenza *Poucet et Pistre* del 17 febbraio 1993, cause C-159/91 e C-160/91, che ha escluso la configurabilità come impresa di regimi speciali ed obbligatori di assicurazione malattia e maternità e di assicurazione contro la vecchiaia di lavoratori autonomi, l'indagine sugli indici di solidarietà si saldava al vincolo dell'iscrizione obbligatoria indispensabile "per l'equilibrio finanziario dei regimi stessi". L'impresa tedesca ricorrente intendeva passare dal regime obbligatorio pubblico ad un regime privato, proposto da una "società di assicurazione danese che l'avrebbe egualmente assicurata contro il rischio di infortuni sul lavoro, malattie professionali e incidenti nei tragitti da e verso il luogo di lavoro, alle stesse condizioni praticate" dalla cassa previdenziale di categoria (p. 18). La Corte, da un lato, ricorda che, per costante giurisprudenza, "il diritto comunitario non menoma la competenza degli Stati membri ad organizzare il loro sistema previdenziale" (p. 37), ma, dall'altro, ritiene che questa competenza non sia illimitata, dovendo "rispettare il diritto comunitario" (p. 74). Ed ecco che la scelta del legislatore nazionale tedesco di un regime che può costituire ostacolo alla libera prestazione di servizi può essere giustificata. Le condizioni sono quelle note: ragioni imperative di interesse pubblico, idoneità allo scopo perseguito, senza eccedere quanto necessario. Per la Corte tutte e tre le condizioni sono soddisfatte dall'obiettivo di garantire l'equilibrio finanziario di questo settore della previdenza sociale e dalle modalità in cui si realizza.

[206] Sentenza del 21 settembre 1999, causa C-67/96, ampiamente commentata in dottrina. Il caso concreto, come spesso avviene, presenta aspetti particolari, come il soddisfacimento di condizioni – tra cui una temporale – per la concessione dell'esenzione richiesta dal datore di lavoro, che intendeva avvalersi di una compagnia assicurativa per il regime

stato respinto il tentativo di ricondurre nella sfera di azione delle regole della concorrenza la contrattazione collettiva. Il caso riguardava l'attività previdenziale svolta da un fondo pensionistico di categoria, creato mediante contrattazione collettiva (nel 1958) e reso obbligatorio ai sensi di legge (nel 1975), con modifiche di miglioramento del trattamento (nel 1989)[207].

E' sotto il profilo delle relazioni sindacali nazionali che questa decisione ha assunto dimensione di *leading case*. Il contrasto riguardava la prima delle disposizioni *antitrust*, quella sulla incompatibilità con il mercato interno degli accordi tra imprese e delle pratiche concordate che impediscano, restringano o falsino il gioco della concorrenza [208]. Ad avere un ruolo di primo piano era però, come abbiamo segnalato in precedenza, l'articolo 3, 1, lett. g), che la Corte ha potuto 'depotenziare' in quanto messo in rapporto di pari dignità con la successiva lettera j) e, quindi, con la politica nel settore sociale, letta in simbiosi con la promozione dello sviluppo armonioso ed equilibrato delle attività economiche assieme a un elevato livello di occupazione e di protezione sociale. E' grazie a questo iniziale contemperamento di strumenti e di obiettivi che la Corte ha concluso che la contrattazione collettiva, per la sua natura e per il suo oggetto, non rientra nell'ambito delle regole *antitrust*, pur accogliendo il rilievo circa l'inerenza di effetti restrittivi della concorrenza, suggerito nei quasi cinquecento punti delle argomentazioni dell'avvocato generale *Jacobs*, uno dei più pericolosi dei quali resta l'immunità solo se giustificata, il che comporta la individuazione dei contenuti essenziali della contrattazione collettiva[209]. Nella sentenza si restringe, quindi, l'area della contrattazione collettiva 'immune' a quella avente per oggetto il miglioramento delle condizioni di lavoro e di occupazione[210]. Su questo punto torneremo *infra*, non senza aver qui segnalato come sia proprio questo aspetto a portare la Corte a confermare la sua posizione l'anno successivo[211] e a trovarsi ora, ancora una volta, a dover decidere, a dieci anni esatti di distanza[212].

---

integrativo pensionistico dei propri dipendenti, in sostituzione di quello (reso) obbligatorio di categoria. I casi in realtà sono tre, perché si dovrebbe fare riferimento anche alle altre due decisioni della Corte con stessa data, stesso oggetto, stessa soluzione: causa da C-115/97 a 117/97, *Brentjens'Handelsonderneming BV* e causa C-219/97, *Maatschappij Drijvende Bokken BV*, come ricordato nelle cause successive, a mo' di consolidamento dell'orientamento.

[207] Per gli aspetti rilevanti sotto il profilo previdenziale, l'attività è stata qualificata come economica, in ragione del fatto che "è lo stesso fondo pensione di categoria a stabilire l'ammontare dei contribuiti e delle prestazioni e che esso funziona in base al principio della capitalizzazione", con la conseguenza che, a differenza di quanto avviene nei regimi previdenziali obbligatori, "l'importo delle prestazioni erogate dal fondo dipende dai risultati finanziari degli investimenti da esso effettuati" (p. 81 e 82). Il rischio di abuso di posizione dominante, conseguente all'attribuzione del diritto esclusivo di gestione di un SIEG (art. 90, 2, poi art. 86, 2 e, ora, art. 106, 2 TFUE), è stato considerato evitato: a differenza dei casi in materia di collocamento non si è in presenza di una manifesta incapacità di soddisfare la domanda esistente sul mercato per questa attività; inoltre, potrebbe essere in pericolo l'equilibrio finanziario, per fuoriuscita dei rischi 'buoni' e rimanenza dei soli rischi 'cattivi' (p. da 108 a 111).

[208] Allora art. 85, 1, poi art. 81, 1 e, ora, art. 101, 1 TFUE.

[209] Rispettivamente: p. 54, 59 e 60, 193.

[210] Cfr., L. Di Via, *Sindacati, contratti collettivi e antitrust*, in MCR, 2000, 2, 279, per il quale, al di fuori di quest'area, "non può negarsi l'applicazione delle regole della concorrenza quando la contrattazione collettiva divenga strumento per alterare la concorrenza sui mercati di beni e servizi finali" (p. 310).

[211] Sentenza del 21 settembre 2000, causa C-222/98, *van der Woude*, in un caso in cui il contratto collettivo disponeva in merito al pagamento dei contributi datoriali per l'assicurazione malattia arrivando ad individuare gli assicuratori e in cui alcuni governi e la stessa Commissione osservavano come l'accordo fosse "il risultato del dialogo sociale, sancito da un contratto collettivo e riguardante le condizioni di lavoro dei lavoratori" (n. 21).

[212] Causa C-271/08, cit., di cui disponiamo al momento solo delle conclusioni dell'avvocato generale *Trstenjak*. Il caso riguarda il ricorso per inadempimento presentato dalla Commissione nei confronti della Germania "per il fatto che molteplici grandi città hanno stipulato accordi quadro relativi alla previdenza integrativa aziendale dei propri dipendenti direttamente con enti esercenti funzioni previdenziali" (pubblici o casse di risparmio), "scelti sulla base del contratto collettivo, senza aver indetto un bando di gara a livello europeo" (n. 1). L'avvocato generale propone alla Corte di respingere il ricorso, ma solo perché la Commissione non ha sufficientemente accertato i fatti, ma ritenendo che "gli enti locali tedeschi, in sede di stipulazione degli accordi quadro", erano tenuti a osservare le disposizioni delle direttive in materia di appalti, sussistendo "i presupposti di applicazione *rationae personae* e *rationae materiae*" (nn. 235 e 236). Da segnalare il passaggio in cui viene contestato alla Corte, nel caso *Albany*, di aver esaminato i contenuti della

Nella sentenza *Albany* è dato rinvenire l'esigenza di una interpretazione sistematica, cioè della lettura "utile e coerente delle disposizioni del Trattato"[213]. Ne deriva, ragionando ora per allora, la necessità di tener conto del riassetto degli obiettivi posti nella prima parte degli attuali Trattati, a partire dalla scomparsa del riferimento alla concorrenza, che implica un ulteriore rafforzamento dell'interpretazione, coerente con le fonti primarie, della *antitrust immunity* dei contratti collettivi.

Tuttavia la Corte, come è stato rilevato, avrebbe potuto seguire un più lineare modello interpretativo, basato sull'assenza di competenze in materia di contrattazione collettiva, di cui ci siamo in precedenza occupati. Più che ascrivere a questa decisione l'apertura del varco, su cui si sono inserite le più recenti e pericolose sentenze della Corte per dettare vincoli all'azione collettiva[214], a mio avviso ci troviamo di fronte, in relazione alla disposizione del Trattato, al medesimo approccio. In altri termini, sembrano altri i percorsi interpretativi che hanno portato la Corte sia ad escludere, sia a includere, accantonando come irrilevante questo tassello normativo.

Se ragionassimo guardando alle elaborazioni nel nostro Paese il collegamento andrebbe effettuato con il principio della libertà sindacale negativa[215], con particolare riferimento alle controversie insorte negli enti bilaterali, a partire da quelli nel settore dell'artigianato.

Dobbiamo anche riprendere un aspetto che avevamo iniziato ad affrontare quando ci siamo occupati delle decisioni della Corte di giustizia che hanno proiettato le relazioni sindacali nell'alveo di influenza dell'ordinamento dell'Unione europea. E' stato osservato in dottrina che "il contratto che scaturisce da una trattativa … non è riconducibile agli accordi tra imprese che limitano la concorrenza", perché non si può ritenere che la libertà di mercato sia comprimibile "per effetto di un atto di volontaria disposizione". La disposizione del Trattato non solo avrebbe un'efficacia diretta orizzontale, ma "acquisterebbe valore di 'norma imperativa' di carattere inderogabile, tale da configurare diritti 'indisponibili'"[216]. Questa osservazione ci consente di sollevare il velo. In questione non mi pare vi sia la conseguenza di una tutela dell'impresa dai propri atti di disposizione, che la renderebbero contraente debole nel rapporto con la controparte, capovolgendo il principio che è alla base del Diritto del lavoro, dato che l'intrusione nella sfera dell'autonomia contrattuale del datore di lavoro potrebbe continuare a giustificarsi alla luce della teoria degli ostacoli; in questione mi pare vi sia proprio il tema della libertà sindacale, positiva e negativa.

7.d Gli accordi associativi. La rilevanza della unilateralità.

Pochi mesi dopo la sentenza *Albany*, la Corte è intervenuta su un caso dalle caratteristiche simili (*Pavlov*[217]), riguardante lo stesso oggetto (la previdenza complementare) e la normativa dello stesso Paese, con alcune profonde differenze.

Se è vero, infatti, che intere parti della decisione sono riportate integralmente, va segnalato come in questo caso l'accordo, alla base del pilastro previdenziale, non aveva natura di contratto

---

contrattazione collettiva "in modo molto timido" (n. 60). Del resto, anche le decisioni nei casi *Laval* e *Viking* sono criticate, ma più formalmente che sostanzialmente.

[213] Cfr., C. Barnard, *The Social Partners and the Governane Agenda*, in ELJ, 2002, n. 1, p. 80 e, ivi, p. 82.

[214] Cfr. U. Carabelli, *Europa dei mercati* …, cit., p. 149.

[215] Cfr. G. Fontana, *Libertà sindacale in Italia e in Europa. Dai principi ai conflitti*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-78/2010.

[216] Così G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche* …, cit. , p. 261, che peraltro introduce anche il riferimento, assieme agli accordi tra imprese, "ai contratti collettivi che ostacolano l'accesso al mercato nazionale", che non condivido perché non omogeneo rispetto alla disposizione del TFUE in materia.

[217] Sentenza del 12 settembre 2000, cause C-180/98 e C-184/98.

collettivo, essendo stato raggiunto all'interno (tra i membri) di una professione liberale[218]. Mancando la bilateralità dell'intesa, la legittimazione del fondo pensionistico viene fatta valere non al di fuori ma all'interno della regole della concorrenza, escludendo di essere in presenza di una 'restrizione sensibile' del "gioco della concorrenza all'interno del mercato comune" (p. 97). L'approccio sembra ignorare del tutto la riflessione, già a quel tempo iniziata, sul lavoro economicamente dipendente, così come la debolezza della tipologia contrattuale[219].

Sono numerosi i casi sottoposti alla Corte di giustizia in cui ci troviamo di fronte ad associazioni rappresentative di lavoratori autonomi o liberi professionisti o in rappresentanza di settori di imprese. Si va dai produttori, associati alla Confederazione di vini liquorosi, che, per esercitare pressione sul proprio Governo, avevano organizzato uno 'sciopero delle accise' della durata di un anno, ottenendo indennità per compensare la differenza di tassazione[220], a una confederazione, come la Confservizi, che ha contestato la dichiarazione di incompatibilità degli aiuti di Stato in favore di alcune imprese di servizio pubblico sotto forma esenzione fiscale[221].

Le Federazioni agricole francesi sono state ritenute associazioni di imprese e il loro accordo sui prezzi minimi, raggiunto durante la crisi di settore derivante dalla c.d. 'malattia della mucca pazza' e comprensivo di un "impegno provvisorio di sospensione delle importazioni", è stato dichiarato lesivo della concorrenza[222]. Una delle argomentazioni delle associazioni ricorrenti si basava sulla natura di sindacato professionale, sulla finalità di "organizzare tra i suoi membri azioni concordate per la difesa dei loro interessi collettivi" e sulla illegittima limitazione imposta all'esercizio della loro libertà sindacale, in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali[223]. Il Tribunale, richiamando il precedente di *Albany*, ritiene che l'accordo in discussione rientri nel campo di applicazione delle regole della concorrenza in quanto mancante della 'bilateralità'[224].

Anche quando si è trattato di verificare la legittimità delle tariffe minime – ad esempio, nei servizi legali – sotto il profilo della violazione delle regole della concorrenza, il discrimine rispetto alle tabelle retributive dei contratti collettivi è stato identificato proprio nella determinazione per via

---

[218] Per la Corte, l'Associazione nazionale degli specialisti (lavoratori autonomi) della regia società olandese per la promozione della medicina (in sigla LSV) è una associazione di imprese (p. 89).

[219] Tra l'altro, nel caso specifico, il rifiuto di aderire e contribuire al fondo era motivato dal passaggio dei ricorrenti alla condizione di medici con rapporto di lavoro subordinato alle dipendenze di un ospedale. Sarebbe del resto interessante indagare su quanto questa associazione possa essere considerata sindacale. Da ultimo S. Ferrario, *Rappresentanza, organizzazione e azione sindacale di tutela del lavoro autonomo caratterizzato da debolezza contrattuale ed economica*, in RGL, 2009, n. 1, p. I, 47, che evoca "una rappresentanza degli interessi assai simile a quella delle origini, in cui la fornitura di servizi affiancava l'azione di *labour cartel*" (p. 69). Cfr. L. Castelvetri, *Il diritto del lavoro delle origini*, Giuffrè, Milano, 1995.

[220] In una controversia relativa alla impugnazione da parte di Spagna e Portogallo di una decisione della Commissione europea favorevole agli aiuti di Stato in favore dei produttori di vini liquorosi e di acquaviti francesi, che ha portato al suo annullamento (sentenza della Corte del 3 maggio 2001, causa C-204/97), per violazione delle regole del Trattato sull'avvio del procedimento e sull'obbligo di motivazione.

[221] Sentenza del Tribunale dell'11 giugno 2009, causa T-292/02, n. 57, in cui è stata negata la legittimazione ad agire, avendo "partecipato semplicemente al procedimento normalmente avviato per l'adozione di una disciplina nazionale, in qualità di parte ascoltata e consultata" ed essendo stato ritenuto irrilevante il suo "ruolo di negoziatrice del contratto collettivo nazionale dei dirigenti dei servizi pubblici".

[222] Sentenza del Tribunale del 13 dicembre 2006, causa T-217/03 e T-245/03, *FNCBV* e altri c. *Commissione*, nn. 8 e 9.

[223] Per la Commissione, "il fatto che le ricorrenti abbiano forma di sindacati professionali ai sensi del codice del lavoro francese non toglie nulla alla loro qualità di associazioni di imprese", così come il fatto che svolgano "attività sindacale non conferisce loro il diritto di ignorare le regole di concorrenza" (p. 58). In un passaggio ancora più esplicito la Commissione afferma "che il fatto che le ricorrenti siano sindacati non le esonera dall'applicazione delle regole di concorrenza, che sono norme di ordine pubblico" (p. 96). L'unica perplessità della Commissione riguarda l'inclusione tra i soci dei "coniugi di imprenditori agricoli" (p. 55).

[224] La tutela degli interessi dei membri di un sindacato agricolo non può avvalersi delle deroghe alle regole della concorrenza basate sul principio della libertà sindacale. "L'accordo controverso costituisce un accordo interprofessionale concluso tra due anelli della catena di produzione del settore della carne bovina"; inoltre "l'accordo non prevede misure volte a migliorare le condizioni di occupazione e di lavoro" (p. 100).

unilaterale. Mi devo qui limitare a ricordare che il divieto di derogare convenzionalmente agli onorari minimi determinati dalla tariffa è stato considerato, dalla Corte di giustizia, ostacolo alla libera prestazione di servizi: questo divieto priva gli avvocati stabiliti in altri Stati europei "della possibilità di fornire, chiedendo onorari inferiori a quelli tariffari, una concorrenza più efficace nei confronti degli avvocati stabiliti" nel nostro Paese[225]. Nella Risoluzione del Parlamento europeo in tema di concorrenza e servizi professionali, la timida posizione espressa sul punto[226] è frutto di un compromesso tra forze parlamentari e dei dubbi del gruppo socialista, preoccupato di aprire il varco alla messa in discussione della determinazione tabellare delle retribuzioni nei contratti collettivi.

8. Aiuti di Stato, difesa e incremento dell'occupazione, politiche di emersione, contrattazione.

I casi sopra richiamati ci hanno proiettato nell'ambito della normativa sugli aiuti di Stato[227], che "investe la legislazione di ausilio alle imprese, che in molti punti (dalla disciplina delle crisi aziendali agli incentivi all'occupazione) entra in contatto con il diritto del lavoro"[228]. Si tratta dell'aspetto troppo spesso sottaciuto e al contrario sempre più rilevante delle politiche occupazionali, soprattutto in difesa dell'occupazione (di settori[229] o di aree territoriali[230]), compresa la stabilizzazione di lavoratori precari e discontinui.

Nella sovrabbondante giurisprudenza della Corte di giustizia, il riferimento ad atti dell'autonomia collettiva avviene prevalentemente nelle pieghe, nella illustrazione dei fatti, dato che sono pochi i casi trattati espressamente. Tra questi, quello di un'impresa siderurgica situata in Vallonia, il cui piano di riduzione di personale era stato modificato da un accordo collettivo che prevedeva la riduzione generalizzata di orario, compensata, parzialmente e transitoriamente, da sovvenzione statale, versata agli impiegati, ritenuta incompatibile: "il carattere sociale degli interventi statali non è sufficiente per sottrarli *ipso facto* alla qualifica di aiuti"[231]. In precedenza, la

---

[225] p. 59 della decisione della CGE del 5 dicembre 2006, cause C-94/04 e C-202/04, *Cipolla* e *Macrino* in riferimento alla nostra normativa nazionale. La Corte rinvia al giudice nazionale la verifica della rispondenza della normativa "agli obiettivi della tutela dei consumatori e della buona amministrazione della giustizia, che possono giustificarla" e della proporzionalità delle restrizioni rispetto a questi obiettivi.

[226] Risoluzione del 12 ottobre 2006 *sul seguito alla relazione sulla concorrenza nei servizi professionali* [2006/2137(INI)]: "considera che l'obbligatorietà di tariffe fisse o minime e il divieto di contrattare compensi legati al risultato raggiunto potrebbero essere di ostacolo alla qualità del servizio per i cittadini e alla concorrenza" (p. 5).

[227] Cfr., M. Tiraboschi, *Incentivi alla occupazione, aiuti di Stato, diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2002.

[228] M. D'Antona, *Sistema giuridico comunitario*, cit., in *Dizionario*, cit., p. 3 e, ivi, p. 23 e, ora, in *Opere*, cit., p. 377.

[229] Per quanto riguarda il nostro Paese un precedente lontanissimo è la sentenza del 2 luglio 1974, causa 173-73, *Governo della Repubblica italiana* c. *Commissione*, riguardante il parziale sgravio degli oneri sociali in favore delle imprese del settore tessile (art. 20, l. n. 1101 del 1971), quale riduzione del costo della manodopera di quel settore e alterazione della concorrenza. Per gli orientamenti sul punto cfr. T. Ballarino – L. Bellodi, *Gli aiuti di Stato nel diritto comunitario*, Editoriale scientifica, 1997). Uno degli ultimi casi riguarda la Romania, con la decisione della Commissione in cui si ingiunge il recupero di 27 milioni di euro di aiuti illegittimi riguardanti la privatizzazione di *Automobile Craiova*, venduta a condizioni volte a garantire un determinato livello di produzione e di occupazione in cambio di un prezzo di vendita inferiore (Caso C 46/2007, GU C239 del 6 settembre 2008).

[230] "L'effetto di eventuali pronunce di illegittimità sarebbe … quello di limitare – attraverso il diritto comunitario della concorrenza – le politiche legislative nazionali di differenziazione, su base settoriale o geografica, delle condizioni di lavoro". Così A. Alaimo, *Deroghe alle tutele del lavoro e diritto comunitario della concorrenza*, in DML, 1999, n. 1, p. 126 e, ivi, p. 139.

[231] Decisione della Corte del 12 dicembre 2002, causa C-5/01, *Regno del Belgio* c. *Commissione*, n. 46.

Corte aveva respinto – confermando la dichiarazione di irricevibilità del Tribunale[232] – un ricorso presentato da sindacati del settore radiotelevisivo contro la decisione della Commissione di ritenere illegittimi gli aiuti versati dalle autorità francesi[233], per il "tenue nesso" costituito dal loro ruolo di "negoziatori degli aspetti sociali in seno alla società".

Per quanto riguarda lo sciopero, questo entra come causa di forza maggiore per giustificare ritardi, come nel caso dell'accesso a finanziamenti agricoli comunitari in Grecia[234], o in relazione alla situazione sociale, come nel sostegno alla ricapitalizzazione dell'Alitalia da parte delle nostre autorità[235], o per equiparare situazioni eccezionali, come nell'aiuto di Stato italiano in favore della costruzione di una nave petrolchimica[236].

In riferimento al nostro Paese, riveste interesse una decisione riguardante una disposizione del 2003 destinata a "fronteggiare la grave crisi occupazionale" di imprese sottoposte a procedure di amministrazione straordinaria, difesa dal nostro Governo per la finalità di promozione dell'occupazione e negata dal giudice sostenendo che le misure legislative nazionali vanno valutate in funzione dei loro effetti e non in funzione delle loro cause e dei loro scopi[237]. Più nota e discutibile è la decisione della Corte che ha condannato il nostro Paese in riferimento ad una clausola della nuova disciplina di liberalizzazione dei servizi aeroportuali che imponeva l'obbligo di riassumere il personale precedentemente impiegato[238].

Si tratta ora di comprendere quanto il regolamento n. 800/2008 e, in particolare, le modifiche apportate alle regole sulla individuazione delle categorie di 'lavoratore svantaggiato' siano orientate ad ampliare la nozione di aiuto destinato alla promozione dell'occupazione, senza limitarsi al calcolo dei nuovi posti di lavoro creati e includendo il passaggio dall'occupazione precaria a quella stabile. Un elemento che va in questa direzione si trova nella inclusione tra i

---

[232] Per il Tribunale, "una cessazione dell'applicazione effettiva dei vantaggi sociali di cui beneficiano i lavoratori dipendenti della SFP non presenta alcun carattere ineluttabile", irrilevante essendo la messa in discussione, con l'interruzione del sostegno finanziario, del contratto collettivo (n. 24).

[233] Sentenza della CGE del 23 maggio 2000, causa C-106/98, *Comité d'entreprise de la Société francaise de production* (n. 53). La decisione è illustrata nella XXX Relazione sulla politica della concorrenza del 2000, a differenza di quanto avvenga nelle recenti relazioni della Commissione, come segnalato in precedenza.

[234] Sentenza del Tribunale del 12 settembre 2007, causa T-243/05, nell'*audit* finanziario dell'aiuto per ettaro del riso, il ritardo di una delle tre prefetture viene attribuito dalla Grecia "ad uno sciopero scoppiato in seno ad un'associazione di cooperative agricole".

[235] Sentenza del Tribunale del 9 luglio 2008, causa T-301/01, *Alitalia*, in cui la nostra compagnia mette a confronto la diversa situazione rispetto all'Iberia, segnalando di aver raggiunto "accordi sindacali per migliorare il livello dei costi unitari", compreso "un accordo innovativo e a lungo termine che prevede(va) anche l'azionariato dei dipendenti per garantire un maggior coinvolgimento degli stessi", mentre la situazione sociale dell'Iberia sarebbe stata molto diversa, "oggetto di continue azioni di sciopero" (p. 181).

[236] Sentenza del Tribunale del 12 novembre 2008, causa T-70/07, *Cantieri navali Termoli*, che chiedevano una proroga dei termini per eventi eccezionali come gli effetti degli attentati dell'11 settembre 2001 e di due calamità naturali (un terremoto e delle alluvioni) che avevano colpito la Regione Molise, chiedendo l'equiparazione al trattamento accordato dalla Commissione nel coevo finanziamento di altre tre navi al Cantiere navale De Poli in riferimento a scioperi (decisione pubblicata sulla GU 2005, C42, in relazione ai casi N586/2003, N587/2003 e N589/2003).

[237] Tribunale 12 settembre 2007, causa T-323/04, *Repubblica italiana* e *Brandt Italia* c. *Commissione* (p. 69). Impressionante il livello di dettaglio cui arriva la Commissione per dimostrare la selettività e, quindi, l'assenza del requisito della generalità della disposizione, in effetti utilizzata da una sola impresa acquirente. La Commissione è risalita agli "stenogrammi dei dibattiti parlamentari precedenti all'adozione di tale misura", che "indicano espressamente che la cessione" di quella specifica azienda "è all'origine dell'adozione della misura in questione" ed ha calcolato in 2 mesi e 17 giorni il tempo disponibile dalla sua adozione con decreto legge al termine entro il quale andava concluso presso il Ministero del lavoro apposito contratto collettivo (p. 66). A questo va aggiunto che, più che di incremento occupazionale, si trattava di mantenimento dell'occupazione con una procedura speciale, valida solo per imprese con più di mille dipendenti, nel trasferimento di impresa realizzata mediante cessione-acquisizione.

[238] Sentenza della CGE 9 dicembre 2004, causa C-460/02, *Commissione* c. *Repubblica italiana*, in riferimento alla disposizione posta all'art. 14 del d. lgs. n. 18 del 1999, ritenuto in contrasto con la direttiva 1996/67/CE del 15 ottobre 1996.

lavoratori svantaggiati di "chi non ha un impiego regolarmente retribuito da almeno sei mesi" (art. 2, 18, lett. a, sottolineatura mia). Anche il Rapporto della Commissione sugli aiuti di Stato erogati nel corso del 2008[239] ribadisce in più punti l'importanza di destinare il sostegno alla realizzazione di obiettivi orizzontali di interesse europeo, come l'occupazione, ricollegandosi alle parole chiave della Strategia di Lisbona fin dalla sua formulazione originaria[240]. E' in questo stesso Rapporto che si trova l'ammissione che la crisi non solo ha messo fine brutalmente alla crescita del PIL, ma ha provocato una inversione di tendenza rispetto al progressivo e costante restringimento dei trasferimenti statali, quintuplicando gli aiuti di Stato nel 2008 rispetto al 2007 e destinandoli quasi esclusivamente al settore finanziario.

Più indirettamente presenta rilevanza ai nostri fini la giurisprudenza della Corte in riferimento ad interventi normativi degli Stati membri che incidono sulla legislazione applicabile, esonerando da vincoli particolari categorie di imprese[241] o singoli enti[242] e che tende a rispettare le scelte nazionali in materia sociale. In questo ambito è da rilevare una evoluzione che porta la Corte a superare la visione in base alla quale la nozione di aiuto di Stato integra solo prestazioni positive e, quindi, trasferimenti, diretti o indiretti, di risorse statali[243], per passare a una verifica di carattere sistematico[244]. Forse questa è l'impostazione preferibile, anche se deve essere chiaro che la valutazione che entra nel contesto normativo si deve accompagnare a scelte precise, più di carattere sostanziale che formale, restando latente l'enorme potere discrezionale a disposizione.

La questione di fondo resta la supposta prevalenza del principio della concorrenza non distorta sull'obiettivo della promozione dell'occupazione. E' stato segnalato che non si tratta di "contrapposizione assiologia", quanto piuttosto del rischio che il limite agli aiuti di Stato non sia il contrasto alla disoccupazione, "bensì lo spostamento della disoccupazione"[245].

8.a Aiuti di Stato e contratti di inserimento. Si può demandare alla contrattazione collettiva quanto vietato alla legislazione nazionale?

---

[239] Rapporto *sugli aiuti di Stato accordati dagli Stati membri dell'Unione europea*. Aggiornato all'autunno 2009. [COM(2009) 661].

[240] Trova ulteriore contributo in questa direzione dai documenti recenti delle istituzioni europee sul lavoro sommerso L. Zoppoli, *Unione europea e lavoro sommerso:nuove attenzioni e vecchie contraddizioni*, in *Questioni su lavoro sommerso e politiche di sviluppo locale*, a cura di A. Viscomi, Rubbettino, Soveria Mannelli, 2008, p. 35 e, ivi, pp. 45 e ss.

[241] La risalente decisione della CGE del 30 novembre 1993, causa C-189/91, *Kirsammer-Hack*, in riferimento all'esclusione delle piccole imprese tedesche dal regime nazionale di tutela dei lavoratori contro il licenziamento illegittimo. La Corte ha escluso si trattasse di aiuto di Stato basandosi sull'assenza di trasferimento diretto o indiretto di risorse statali. L'argomentazione principale consisteva nel rilievo che tale disciplina "costituisce solo il frutto di una scelta legislativa volta a prevedere una specifica disciplina giuridica dei rapporti fra datori di lavoro e lavoratori nelle piccole imprese e ad evitare che queste ultime siano gravate da oneri finanziari tali da ostacolarne lo sviluppo" (p. 17).

[242] L'ente poste italiane nella sentenza del 7 maggio 1998, cause riunite C-52/97, C-53/97 e C-54/97, *Viscido e al.*, la cui esclusione *ad hoc* dall'osservanza della normativa di applicazione generale in materia di contratti di lavoro a tempo determinato non è stata ritenuta aiuto di Stato sulla base della assenza di trasferimento diretto o indiretto di risorse statali.

[243] Così nella più recente decisione del 23 marzo 2006, causa C-237/04, *Enirisorse*, che ha tuttavia escluso rientri tra gli aiuti di Stato la normativa nazionale italiana che accorda ai soci di una società controllata dallo Stato una facoltà, derogatoria rispetto al diritto comune, di recesso da tale società a condizione di rinunciare a qualsiasi diritto sul patrimonio della stessa.

[244] "Ogni misura di carattere specifico va analizzata in relazione al contesto normativo in cui si colloca". Così F. De Cecco, *Politiche sociali e …*, cit., p. 91, nel commentare l'insieme di queste decisioni.

[245] Per G. G. Balandi, *La Constitucion Europea …*, cit., "è evidente infatti che in un sistema a mercato unico concorrenziale – dato strutturale dal quale non si può prescindere e che mi pare nessuno metta in discussione – un intervento che determini selettivamente un abbassamento del costo del lavoro a fini di incremento – o mantenimento – occupazionale, è in grado di determinare – attualmente o potenzialmente – un rimbalzo di segno contrario in situazioni concorrenti".

Una attenzione specifica merita la vicenda legata al contratto di inserimento, introdotto nel nostro Paese dalla legge delega n. 30 e dal decreto delegato n. 276 del 2003, anche con l'intento di superare, almeno per il lavoro privato, l'esperienza dei contratti di formazione e lavoro, incappati, come ben noto, nelle maglie degli aiuti di Stato ritenuti, almeno parzialmente, incompatibili[246].

Il profilo di possibile contrasto con le regole dell'Unione europea stava per transitare dai giovani, nel contratto di formazione e lavoro, alle donne, nel contratto di inserimento. Nel 2004, quando si è trattato di identificare le aree geografiche interessate[247], si è scoperto che il divario previsto nel decreto legislativo, sulla base di indicatori diversi da quelli della normativa dell'Unione europea sugli aiuti di Stato, avrebbe riguardato ogni regione e ogni provincia, con la conseguenza di una generalizzata applicazione per tutte le lavoratrici, di qualsiasi età, professionalità, formazione, esperienza ed area del Paese, del sotto-inquadramento e, pertanto, della sotto-retribuzione fino a due livelli[248]. Questo esito avrebbe costituito un vero e proprio paradosso all'interno del paradigma dell'uguaglianza: le donne in quanto tali sarebbero state inserite nella categoria dello svantaggio sociale e, al fine di innalzare il tasso di occupazione femminile, sarebbero state destinatarie di una tipologia contrattuale di basso profilo formativo, di durata determinata e senza parità retributiva. In altri termini, la disparità nel tasso di occupazione tra donne e uomini sarebbe diventata fonte di autorizzazione per trattamenti normativi ed economici peggiorativi, in aperta violazione dei principi costituzionali, tra cui quello alla parità retributiva. Il contrasto era talmente evidente che il decreto interministeriale è stato ritirato, non senza iniziali stupori e resistenze, con una reazione[249] basata sull'accusa di fermarsi al dato formale e di non voler vedere la situazione reale dell'occupazione femminile[250].

Si è cercato di ovviare al problema con una disposizione, inserita nella legge n. 80 del 2005 (di conversione del c.d. 'decreto competitività'), che ha dato mandato alla contrattazione collettiva di introdurre il sotto-inquadramento sino a due livelli contrattuali per le lavoratrici. E' già stato rilevato che "in questo modo tuttavia il problema non è risolto spostandosi solo l'asse di riferimento dalla legge al contratto collettivo"[251]. Va qui segnalato come si riapra così il tema dei limiti

---

[246] Sentenza della Corte del 7 marzo 2002, causa C-310/99, *Commissione* c. *Repubblica italiana*. Per una attenta ricostruzione, a partire dalla decisione della direzione generale per la concorrenza della Commissione del 1999, cfr. M. Barbera, *Dopo Amsterdam* …, cit., pp. 67 e ss. e, più recentemente, S. Borelli, *La moltiplicazione degli svantaggi nelle lacune del sistema di protezione sociale*, in *I lavoratori svantaggiati tra eguaglianza e diritto diseguale*, a cura di M. V. Ballestrero e G. G. Balandi, Il Mulino, Bologna, 2005, p. 195 e, ivi, pp. 198 e ss. Cfr., S. Sciarra, *Aiuti di Stato e contratti a contenuto formativo*, in *Scritti in onore di Edoardo Ghera*, cit., p. 1137, anche per la ricostruzione della vicenda fino ai giorni nostri. Una tardiva coda, riguardante gli incentivi erogati dalla Regione siciliana, ha trovato soluzione con la sentenza della Corte del 20 maggio 2010, causa C-138/09, in riferimento a richieste di sovvenzione nel periodo compreso tra il 1996 e il 1999.

[247] Lo schema di decreto interministeriale 22 ottobre 2004, sulla base dei dati Istat 2003, doveva individuare, per le donne "di qualsiasi età", le aree geografiche "in cui il tasso di occupazione femminile … sia inferiore almeno del 20% di quello maschile o in cui il tasso di disoccupazione femminile superi del 10% quello maschile" (art. 54, lett. e).

[248] Una attenta ricognizione in M. Garattoni, *Misure per il sostegno dell'inserimento di lavoratori svantaggiati, contratto di inserimento e contratti di apprendistato*, in LD, 2006, nn. 2-3, p. 311 e, ivi, pp. 325 e s.

[249] M. Tiraboschi, *Donne e lavoro: la sottile linea tra discriminazioni e pari opportunità*, in *Bollettino Adapt*, 2005, n. 7, anche in risposta a un mio intervento, *Donne precarie a vita*, sul quotidiano l'*Unità* del 19 novembre 2004.

[250] Richiami al tema in M. Roccella, *Le fonti e l'interpretazione nel diritto del lavoro: l'incidenza del diritto comunitario*, in DLM, 2006, n. 1, p. 109 e, ivi, pp. 113 e s. Parla giustamente di "illegittimità del diritto diseguale ablativo" G. De Simone, *Obiettivi e tecniche del diritto diseguale nei confronti dei lavoratori svantaggiati*, in *I lavoratori svantaggiati* …, cit., p. 43 e, ivi, pp. 58 e ss.

[251] P. Saracini, *Lo spazio della contrattazione collettiva nella disciplina del contratto di inserimento: scelte guidate e nuove conquiste*, in *Istituzioni e regole del lavoro flessibile*, a cura di M. Rusciano, C. Zoli e L. Zoppoli, Editoriale scientifica, Napoli, 2006, p. 505 e, ivi, 507. G. De Simone, *Obiettivi e tecniche* …, cit., parla di "ingenuità (vera o falsa)", dato che "la nullità per violazione del divieto di discriminazione colpisc(e) i contratti collettivi al pari delle disposizioni del legislatore" (p. 62).

all'autonomia negoziale, in questo caso derivanti dai principi fondamentali in materia di parità e di divieti di discriminazione, anche in riferimento alla clausola orizzontale sul *gender mainstreaming*, che è stata ora affiancata da quella sulla dimensione sociale.

Il cambiamento avrebbe, invece, dovuto riguardare gli indicatori della situazione di difficoltà occupazionale, dato che nel frattempo è stato adottato il nuovo Regolamento della Commissione[252], in cui non si fa più riferimento ai giovani e si detta un diverso criterio per l'inserimento delle donne nell'area dello svantaggio sociale, che passa dalla residenza in aree geografiche squilibrate in termini occupazionali alla sotto-rappresentazione di genere[253]. Queste modifiche, proprio in riferimento al contratto di inserimento, sono criticate nel Piano ministeriale 'Italia 2020' sull'inclusione delle donne nel mercato del lavoro, annunciando, a quanto sembra, una azione per la loro revisione[254].

Prima di chiudere è importante richiamare, sia pure solo a titolo di segnalazione, due temi: la tendenziale indifferenza rispetto alla natura stabile o precaria del supporto all'incremento occupazionale e l'ulteriore linea della concorrenza tra lavoratori, costituita dalla concorrenza tra i generi.

9. Concentrazioni.

Dedichiamo, da ultimo, attenzione alle regole in materia di concentrazioni di imprese. Il loro controllo era previsto nel Trattato CECA, mentre era stata accantonata la proposta di inserire una disposizione simile nel Trattato di Roma. Solo molto più tardi si è arrivati a introdurre una specifica disciplina, con il regolamento n. 4064/90, che prevede la comunicazione preventiva e la possibilità da parte della Commissione di sospendere, in tutto o in parte, l'operazione qualora comporti la costituzione o il rafforzamento di una posizione dominante che elimini o riduca in maniera sostanziale e durevole la concorrenza. Il regolamento sulle concentrazioni prevede la dichiarazione di incompatibilità qualora si sia in presenza di un ostacolo significativo alla concorrenza effettiva nel mercato unico/interno, determinato soprattutto dalla creazione o dal rafforzamento di una posizione dominante[255].

---

[252] Regolamento n. 800/2008 della Commissione del 6 agosto 2008 *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune in applicazione degli articoli 87 e 88 del trattato (regolamento generale di esenzione per categoria)* ha incorporato i regolamenti precedenti, compreso quello dedicato alla formazione professionale (reg. 68/01) e quello a favore dell'occupazione (reg. 2204/02).

[253] "Lavoratori occupati in professioni o settori caratterizzati da un tasso di disparità uomo-donna che supera almeno del 25% la disparità media uomo-donna in tutti i settori economici dello Stato membro interessato se il lavoratore interessato appartiene al genere sottorappresentato" (art. 2, 18, lett.e). Cfr. D. Garofalo, *La nozione di svantaggio occupazionale*, in DLM, 2009, n. 3, p. 569, secondo il quale si otterrà probabilmente un "ribaltamento della collocazione geografica delle donne svantaggiate" (p. 578).

[254] *Italia 2020, Programma di azioni per l'inclusione delle donne nel mercato del lavoro*, 1° dicembre 2009. "Applicando la nuova normativa europea non potranno pertanto più essere incentivati i contratti di inserimento in settori tradizionali, come il tessile, il commercio, gli alberghi o i ristoranti, la sanità e l'assistenza sociale, dove le donne vengono più facilmente assunte, perché la disparità in questi settori non supera il 25 per cento. Donne e donne del Sud risultano così gravemente penalizzate da questa nuova normativa, approvata nel corso della passata Legislatura, per cui è nostra intenzione rilanciare con forza l'attenzione delle istituzioni comunitarie verso il Mezzogiorno e il problema della occupazione femminile in queste aree attraverso misure temporanee ed eccezionali di sostegno alla occupazione – e non solo di aiuti a finalità regionale – che devono poter operare senza il rischio di interventi di censura da parte della Commissione e della Corte di Giustizia".

[255] Il Tribunale di prima istanza con alcune decisioni ha smentito la Commissione che aveva bloccato alcune operazioni di concentrazione, in settori diversi, da quello dei pacchetti vacanze in Gran Bretagna (*Airtours/Firsst Choice*), alla produzione di apparecchiature elettriche in Francia (*Schneider/Legrand*), ai sistemi di packaging (*Tetra Laval/Sidel*). In particolare, in quest'ultimo caso ha ritenuto necessario fermarsi alla valutazione attuale delle ricadute sulle condizioni concorrenziali e non estendere la valutazione agli effetti del rafforzamento della posizione dominante attraverso

Impostate così, le regole non sembrano in grado di incidere né di avere strumenti nei confronti della tutela dell'occupazione, e questo sia nel momento in cui si procede all'acquisizione o alla fusione, sia nelle fasi successive. Eppure le conseguenze ci sono e sono talora di estrema rilevanza.

Alcuni esempi concreti, in riferimento al nostro Paese, possono essere di chiarimento. Una multinazionale svedese di beni di consumo e carta, la SCA, presente in 40 Paesi e con più di 50.000 dipendenti, ha acquisito nel 2001 una cartiera toscana che produce per i marchi privati delle maggiori catene distributive italiane. La SCA, per parte sua, ha adottato un codice etico, e lo stabilimento italiano è all'avanguardia in materia ambientale, con certificazioni di prodotto e di processo e raggiungimento di innovativi accordi sindacali di flessibilità dell'orario di lavoro e delle mansioni. La capogruppo dopo pochi anni decide la chiusura della cartiera, avvia la procedura di licenziamento collettivo di tutti i dipendenti per cessazione di attività e si oppone alla vendita ad altri imprenditori. Non sembra peregrino dubitare che uno dei modi per distorcere la concorrenza passi anche attraverso l'acquisizione di una realtà di eccellenza per sopprimerla. La Commissione, interrogata sul caso, ha tuttavia risposto che la decisione di SCA sembra "conforme alla sua libertà di disporre, secondo criteri propri, nel migliore dei modi dei suoi mezzi di produzione" e che, sebbene il rifiuto di vendere possa essere un abuso di posizione dominante, "la giurisprudenza degli organi giurisdizionali europei limita la pronuncia in tal senso a situazioni molto specifiche e richiede a tal fine un livello molto elevato di elementi probatori"[256].

Agli inizi di quest'anno, grande clamore ha suscitato la vicenda della volontà di chiusura in Sardegna di uno stabilimento di Alcoa, multinazionale statunitense le cui scelte in materia di acquisizioni è da lungo tempo oggetto di attenzione da parte della Commissione[257], proprio in conseguenza delle decisioni della Commissione europea sulla incompatibilità delle sovvenzioni sui prezzi dell'elettricità che le erano stati concessi[258].

Gli esempi potrebbero continuare, alcuni dei quali, come la vicenda Alstom, sembrano aver costituito una delle spinte a rivedere le disposizioni dei Trattati in tema di concorrenza da parte del presidente francese. Non sembra si possa dubitare di quanto quest'area di regolamentazione rivesta importanza strategica sulla politica industriale e abbia conseguenze determinanti, ma sottovalutate, sull'occupazione nei territori dell'Unione europea, nonché affievolimento del consenso alla dimensione sovra-nazionale.

10. Alcuni fili da annodare: il ruolo della Corte di giustizia.

---

condotte che possono nel tempo essere poste in essere. In altri termini il futuro comportamento dell'impresa non può essere presunto (G. Colangelo, *Ricomincio da tre: il merger enforcement comunitario dopo Tetra Laval*, in Il dir. industr., 2003, n. 4, p. 337).

[256] Risposta di *Neelie Kroes*, a norme della Commissione del 12 giugno 2009 (E-3531/09IT) in risposta a una interrogazione che avevo presentato.

[257] A dicembre 1995 la Commissione ha autorizzato (IP/95/1471) l'acquisizione di Alumix, l'impresa collocata in Sardegna, che aveva ricevuto negli anni precedenti ricevuto notevoli aiuti di Stato, ritenuti compatibili (IP/96/268), in previsione della sua privatizzazione; nell'agosto del 1997 ha autorizzato l'assunzione di controllo di un'impresa norvegese nel campo della produzione di leghe di ferro; nel dicembre del 1999 ha avviato una procedura per verificare il progetto di fusione con Reynolds, altra impresa americana operante nel campo dell'alluminio, autorizzata parzialmente (con cessioni a terzi) a maggio del 2000 (IP/00/424); nell'ottobre del 2002 ha approvato l'acquisizione di Fairchild, altra impresa statunitense nel settore dei sistemi di fissaggio (IP/02/1469).

[258] Una prima indagine, in riferimento alla situazione in Sardegna (ma altre riguardano imprese in Umbria e in Veneto), viene avviata a luglio del 2006 (IP/06/541) per la compensazione statale ricevuta quale tariffa preferenziale per l'elettricità, senza notificazione della misura da parte del nostro Paese, e prosegue nel novembre 2009 (IP/09/1750), con richiesta di interrompere le sovvenzioni illegali di recuperare una parte degli aiuti già versati.

Abbiamo avuto modo di verificare quanto sia complessa l'analisi, soprattutto se condotta sul filo delle decisioni della Corte di giustizia[259], arrivando a costruire opposti giudizi. A seconda dei casi e, quindi, a seconda della normativa coinvolta – a livello sia di Unione, sia di singoli Stati membri – in riferimento a specifici istituti, si trova chi paventa un eccesso di salvaguardia delle politiche sociali[260] e chi ritiene che l'impatto delle libertà economiche stia strangolando le relazioni di lavoro, nella valenza individuale e collettiva. Nel campo della nostra indagine, dedicata alle interconnessioni tra concorrenza e normativa di tutela dei lavoratori, una delusione crescente si sta diffondendo in larga parte della dottrina[261], soprattutto negli autori che più hanno incardinato sulla Corte di giustizia il diritto comunitario[262].

Sotto il profilo del ruolo, sta rallentando l'attività creatrice della Corte, fenomeno che ritengo sia speculare e da mettere in relazione diretta all'incremento della normativa dell'Unione europea[263]. E', infatti, da condividere la riflessione di chi ha segnalato che "il ruolo della Corte di giustizia è adatto a una elaborazione che cresce negli interstizi degli ordinamenti"[264]. Si spiega anche così la giurisprudenza recente sul distacco, la discontinuità rispetto agli orientamenti antecedenti l'emanazione della direttiva e la sua attuale interpretazione occhiuta, determinata peraltro da disposizioni normative non chiare né coordinate, a partire dalla base giuridica utilizzata. Pur nella varietà di valutazioni nel dettaglio, la dottrina era concorde nell'attribuire importanza fondamentale alla giurisprudenza della Corte nel suo ruolo di "allargamento della dimensione sociale dell'integrazione economica"[265], ed è significativo che questo giudizio riguardasse proprio l'area sulla quale si registra ora il massimo scostamento: appunto, il distacco transnazionale.

Questo fenomeno si salda con l'atteggiamento di ostilità delle istituzioni dotate di potere legislativo dell'Unione europea[266], con la conseguenza che l'esigenza di regolamentare un fenomeno sembra essere tanto più condivisa quanto più il vuoto normativo è colmato dalle sentenze della Corte. Per rimanere in uno degli ambiti di cui ci siamo occupati in precedenza, un esempio del *sentiment* dei parlamentari europei nei confronti della Corte lo si rinviene nella relazione iniziale del parlamentare tedesco *Rapkay* al Libro bianco sui Servizi di interesse generale, in cui si "deplora che la Corte di giustizia, con la sua giurisprudenza, e la Commissione, con la sua interpretazione in casi singoli, definiscano le regole applicabili" e questo, si noti, anche in assenza di normativa specifica[267].

---

[259] Si rileggano le riflessioni di G. F. Mancini, *La Corte di giustizia: uno strumento per la democrazia nella Comunità europea*, ora in *Democrazia e costituzionalismo…*, cit., p. 81.

[260] Per F. De Cecco, *Politiche sociali e …*, cit., la sentenza *Altmark* "pare ispirata ad una logica che combina criteri di razionalità economica propri della concorrenza e criteri derivanti da principi di solidarietà" (p.100), ma opera una sorta di sbilanciamento verso la solidarietà a scapito della concorrenza. L'A. peraltro, nelle sue conclusioni, rileva quanto sia impossibile cercare una coerenza sistematica complessiva nella giurisprudenza della Corte (p. 105).

[261] Parla di "organo 'politicamente irresponsabile'" U. Carabelli, *Europa dei mercati …*, cit., p. 189.

[262] M. Roccella, *Diritto comunitario, ordinamenti nazionali, diritto del lavoro*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona". INT-23/2004: "non può esistere diritto comunitario altro da quello interpretato dalla Corte di giustizia" (nota 33, p. 11).

[263] Cfr. gli esiti del dibattito nel numero monografico di LD, *Sul diritto sociale comunitario …*, cit., e, in particolare, L. Calafà, *Considerazioni sul contenzioso sociale della Corte di giustizia*, p. 419, che ricostruisce il "parallelismo tra creatività del giudice e dinamiche politico-istituzionali" (p. 439).

[264] T. Treu, *Diritti sociali europei: dove siamo*, in LD, 2000, n. 3, p. 429 e, ivi, p. 434.

[265] Così G. Meliadò, *Concorrenza e …*, cit. p. 284.

[266] Non aiutano a superare la diffidenza posizioni che enfatizzano "la costruzione in larga misura pretoria del sistema dei diritti fondamentali nell'ordinamento sovranazionale", secondo cui "è il giudice – e non il riconoscimento legale dei diritti come nelle esperienze costituzionali nazionali – al centro dell'operazione di bilanciamento tra interessi, più che principi diversi" (Caruso, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento costituzionale europeo*, in Trattato, cit., p. 708 e, ivi, p. 733).

[267] Nel testo finale, votato il 27 settembre 2006, si è scelto un approccio più *soft*, limitandosi a un "rammenta che le norme in vigore nel settore sono definite dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dall'interpretazione di casi individuali da parte della Commissione, e che di conseguenza non si è finora acquisita la necessaria certezza giuridica né l'adeguata trasparenza" (p. 12).

Piuttosto, a mio avviso, sarebbe da interrogarsi con maggiore determinazione su quanto il preponderante ruolo della giurisprudenza della Corte nelle analisi della dottrina rivolte all'ordinamento dell'Unione europea sia parte del processo in atto che vede la dominanza del modello giuridico anglosassone di *common law*[268]. E' già stato segnalato che questa prevalenza di ruolo nello spazio giuridico a scapito della legislazione esprima "l'atteggiamento competitivo" che caratterizza le relazioni tra istituzioni[269].

Sotto il profilo del metodo, non va dimenticato quanto la Corte di giustizia si trovi ad operare in uno scenario molto più incerto e dinamico di quanto non avvenga normalmente alle Corti costituzionali nazionali. La stabilità di una Carta costituzionale nel tempo è senza dubbio incomparabilmente maggiore di quanto non avvenga per i Trattati. Troppo spesso, una decisione viene corredata dalla giurisprudenza risalente, senza tener conto dell'evoluzione impressa nei Trattati e nelle fonti di diritto derivato.

E' per questo che ho limitato al minimo i riferimenti alla giurisprudenza su casi precedenti al Trattato di Amsterdam e ho messo in evidenza l'importanza rivestita dall'articolo 3, 1, lett. g), del TCE. Si tratta, ovviamente, non tanto di comprendere se e in che modo la Corte avrebbe diversamente disposto in assenza – come è ora nel TFUE – di quella disposizione, quanto di attribuire la necessaria rilevanza alla eliminazione nell'ordinamento dell'Unione di quello che è stato unanimemente ritenuto vero e proprio principio fondamentale[270]. E che molti stanno continuando a considerare tale, ancorché assente dalla Carta di Nizza a questi principi espressamente intitolata, e ora soppresso dalla stessa prima parte dei Trattati.

Anche sollecitare la contestualizzazione, sul duplice binario della normativa nazionale e della fattispecie concreta, si scontra peraltro, da un lato, con una frequente sfasatura temporale, risolta spesso artificialmente, evitando di citare le disposizioni non più riprodotte nei Trattati vigenti – e in questo è emblematico il destino proprio della disposizione sopra richiamata che, da quando il suo contenuto è stato soppresso, viene sostituita dal richiamo diretto alle disposizioni del Capo sulle regole di concorrenza –, dall'altro lato, con una tendenza alla meccanica trasposizione di schemi o al rinvio a scelte politico-istituzionali, che invece vengono direttamente esercitate[271]. Gli approdi recenti della giurisprudenza della Corte (e del Tribunale) sembrano il risultato di una operazione a cui non siamo abituati e che ci costringe ad interrogarci. Cosa sta avvenendo? E' nota nei suoi contenuti e nelle sue applicazioni concrete la teoria o dottrina degli ostacoli. Si tratta di quel groppo di ostacoli che è stato enucleato al fine di stabilire l'area di legittimità all'interno della quale può muoversi la legislazione nazionale di ordine sociale qualora sia considerata restrizione a una delle quattro libertà economiche: applicarsi in modo non discriminatorio, essere giustificati da motivi imperativi di interesse pubblico, essere idonei a garantire il conseguimento dello scopo perseguito e non andare oltre quanto necessario per il suo raggiungimento[272].

---

[268] M. C. Ponthoreau, *L'internationalisation du droit public. Effets et interpretations*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 2005, n. 6, p. 1523.

[269] M. R. Ferrarese, *Dalla concorrenza tra ordinamenti alla competizione giuridica diffusa*, in A. Zoppini, a cura di, *La concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Laterza, Bari, 2004, p. *.

[270] Così F. Denozza, *La concorrenza come mezzo o come fine*, cit., p. 166.

[271] Emblematica la risposta del giudice della Corte *Murray* nel Forum *Riflessioni di Melchior Wathelet, Gunther Hirsch, John L. Murray, Giuseppe Tesauro, G. Federico Mancini* raccolte da L. Calafà e V. Di Bucci, nel numero monografico di LD, *Sul diritto sociale comunitario …*, cit., p. 658, sulla importanza rivestita dalle modificazioni del Trattato decise ad Amsterdam: "una valutazione di quali disposizioni o modifiche contenute in quel Trattato siano da considerarsi importanti in campo sociale è un compito politico che esula dal ruolo del giudice" (p. 667).

[272] Ricorrente nella giurisprudenza della CGE, almeno a partire dalla sentenza del 30 novembre 1995, causa C-55/94, *Gebhard*, passando per quella del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros*, per arrivare a quella del 13 dicembre 2007, causa C-465/05, *Commissione* c. *Repubblica italiana*.

La trasposizione automatica significa applicare questo medesimo schema anche alla contrattazione collettiva e al conflitto collettivo[273]. Del resto, è il non detto del ragionamento della Corte, se queste limitazioni valgono per la normativa di fonte eteronoma, perché non dovrebbero applicarsi anche a quella di fonte autonoma[274]? In questo modo, si è osservato, il contratto e il conflitto collettivo sono attratti nell'ordinamento statuale[275], nonostante quanto strida "introdurre il principio di proporzionalità all'azione sindacale – contrattuale e conflittuale – soprattutto quando non sono predeterminati i criteri di confronto così come i gruppi di lavoratori coinvolti"[276].

In questo senso, ogni anche piccola o marginale incrinatura che si verifica in un caso specifico contiene in sé la potenzialità di aprire successivamente un varco di dimensioni inaudite. Risulta illuminante la rilettura, a distanza di tempo, di decisioni che erano parse relativamente innocue. Un esempio lo si può rinvenire in quella con cui è stato censurato il Governo francese per non aver assunto iniziative volte ad evitare gli ostacoli alla circolazione di prodotti agricoli derivanti da una forma di conflitto messa in atto da gruppi di agricoltori (c.d. 'sentenza fragole')[277]. Emblematico l'allora condivisibile giudizio tranquillizzante di chi ha osservato che "si esagera probabilmente nel rintracciare indizi di un orientamento" volto a limitare la legittimità del conflitto collettivo qualora di ostacolo alla libertà di circolazione delle merci, dato che, nella specie non si trattava di esercizio del diritto di sciopero, ma di "atti di violenza e minacce"[278], da parte di soggetti che non rivestono la qualifica di lavoratori subordinati. Col senno di poi, il giudizio appare corretto (vedi anche *supra*, in riferimento agli atti unilaterali), ma di sottovalutazione della tendenza alla acritica trasposizione di schemi.

Un ultimo elemento di riflessione riguarda l'anomalia che si è venuta a creare nel sistema delle fonti delle relazioni sindacali. Abbiamo rilevato in precedenza l'esclusione, nel capitolo dedicato alle politiche sociali e che permane con il Trattato di Lisbona, dalle competenze dell'Unione europea dei diritti di associazione, di contrattazione collettiva e di sciopero. Abbiamo dato conto anche delle critiche rispetto alla volontà di conservare sulle tre aree a rilevanza collettiva le specificità nazionali, nonché delle attese rispetto al riconoscimento, ad opera della Carta di Nizza, della costituzionalizzazione di questi diritti. Le (ormai non più) recenti decisioni della Corte hanno adottato una linea paradossale, di inclusione con limitazioni. Proprio dal riconoscimento del diritto di sciopero e della contrattazione collettiva come diritti fondamentali ha fatto derivare la possibilità di individuare gli spazi di operatività per i sistemi di relazioni sindacali nazionali. Non ha cercato di risolvere la contraddizione tra l'articolo 6 del TUE, che riconosce, per almeno venticinque Stati membri, i diritti fondamentali della Carta, e l'articolo 153,5 del TFUE, che mantiene l'esclusione dall'area di competenza dell'Unione dei tre diritti a rilevanza collettiva. Con disinvoltura ha scelto

---

[273] Come è stato rilevato, il test di proporzionalità produce contraddizioni se applicato da un giudice nazionale italiano, "in un ordinamento in cui il diritto di sciopero si esercita entro limiti calibrati su altri diritti fondamentali e non sulle libertà economiche" (S. Sciarra, *Servizi nel mercato interno* …, cit., p. 33).

[274] Se è senz'altro vero e opportuno sottolineare che "le relazioni industriali non sono 'diritti sociali'", ma sono "diritti collettivi per la produzione di diritti", il che porta ad affermare che siamo in presenza di un "meta-principio dell'ordine giuridico comunitario", temo non basti a ottenere l'immunità se non all'interno di una complessiva rivisitazione sistematica delle pietre miliari su cui questo ordinamento è oggi fondato (V. Bavaro, *Tre questioni su quattro sentenze* …, cit., pp. 192 e ss.).

[275] Così anche G. Orlandini, *Autonomia collettiva e libertà economiche* …, cit., che segnala come si arrivi così al riconoscimento "della supremazia dello Stato sull'autonomia contrattuale e normativa dei privati" (p. 268).

[276] E' l'interrogativo con cui chiude Lord Wedderburn of Charlton, *Relazioni di lavoro e nuovo capitalismo*, in LD, 2008, n. 2, p. 347: "proporzionato a cosa?". Sia consentito rinviare, anche, al mio *Diritti sindacali e libertà economiche* …, cit., p. 560.

[277] Sentenza dela Corte del 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *Commissione* c. *Repubblica francese*, ampiamente commentata e criticata da G. Orlandini, *Sciopero e servizi pubblici* …, cit., pp. 249 e ss., che ricostruisce il percorso delle istituzioni che ha portato al regolamento n. 2679/98.

[278] M. Roccella, *La Carta dei diritti fondamentali: un passo aventi verso l'unione politica*, in *Globalizzazione* …, cit., p. 145 e, ivi, 153.

di superare, ignorandolo, l'ostacolo delle competenze, riconoscere i diritti e disegnarne l'operatività. La violazione della regola della sussidiarietà appare eclatante[279].

E' stato buon profeta chi ha avvertito dei pericoli insiti nel seguire come scorciatoia la costituzionalizzazione dei diritti sociali per superare "la sfasatura fra gli obiettivi riconosciuti nel modello sociale europeo e le competenze istituzionali dell'Unione"[280]. Il problema ormai ha assunto una connotazione incontrovertibile, che può condurre ad un unico risultato, a meno che non lo si affronti in una diversa e più ampia prospettiva. Concordo, infatti, sulla scarsa rilevanza in sé dell'avvenuto superamento dei dilemmi sulla portata vincolante o meno della Carta dei diritti fondamentali[281]. I casi che tante critiche hanno e stanno tuttora sollevando – in particolare V*iking* e *Laval* – non avrebbero ora un esito diverso sotto questo profilo, dato che già la contrattazione collettiva e lo sciopero sono stati elevati dalla Corte, in anticipo sull'approdo formalmente raggiunto, al rango di diritti fondamentali di portata precettiva. La vincolatività della Carta non avrà effetti, se considerata singolarmente e non in una visione sistematica, "sulle operazioni di bilanciamento con altri principi e libertà fondamentali riconosciuti nel trattato, per esempio, le libertà economiche di circolazione"[282].

Non concordo, quindi, sullo scetticismo nei confronti delle altre e contemporanee modificazioni contenute nei Trattati, come il richiamo all'economia sociale di mercato[283] e alla clausola del progresso sociale, soprattutto se letti alla luce della de-rubricazione delle regole sulla concorrenza. Così come ritengo che, inserita in questo contesto istituzionale di cambiamento, la costituzionalizzazione dei diritti fondamentali, anziché essere irrilevante, costituisca un vero e proprio perno per far ruotare l'approccio e invertire la tendenza.

Vedremo se la Corte seguirà questa prospettiva. Al momento, i suggerimenti che le arrivano dagli avvocati generali, soprattutto quelli provenienti dai Paesi dell'allargamento, sono di tutt'altro segno, per quanto siamo ancora fuori dall'applicabilità del Trattato di Lisbona *ratione temporis*. Abbiamo in precedenza fatto cenno alle conclusioni della slovena *Trstenjak*[284] in un caso relativo alla presunta violazione delle regole sugli appalti pubblici di servizi da parte di contratti collettivi tedeschi che individuano gli enti gestori di contributi della previdenza integrativa[285]. Non posso qui entrare nel merito. Mi limito a segnalare alcune questioni che considero estremamente rilevanti, oltre al collegamento esplicito con quella che viene definita "eccezione-*Albany*" a *Viking* e *Laval*, sottoponendole tutte a critica. Comparando queste conclusioni con quelle rese solo qualche mese

---

[279] Così anche B. Veneziani, *La Corte di giustizia* …, cit.

[280] T. Treu, *Diritti sociali europei* …, cit., p. 441, che prosegue: "occorre avere ben presente la gravità della forzatura. Seguendo tali strade si affiderebbe alla Corte il compito di forzare gli ordinamenti nazionali su questioni delicatissime, che gli organismi comunitari deputati alla costruzione comunitaria, hanno voluto riservare agli stessi Stati, proprio per la loro complessità e per le radicate diversità storiche" (p. 442). Il rischio è quello "di caricare impropriamente di fiducia e di compiti politici i diritti costituzionali e le Corti che li devono applicare" (p. 450).

[281] Così M. Roccella e D. Izzi, *Lavoro e diritto* …, cit., p. 50.

[282] Diversamente da B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali* …, cit., p. 736.

[283] Il termine, a quanto mi risulta, è stato utilizzato una sola volta, dall'avvocato generale *Colomer* nell'apertura delle sue conclusioni in una controversia della *Commissione* contro *Repubblica federale di Germania* (causa C-112/05), in riferimento all'impresa Volkswagen, che "rappresenta l'esempio più visibile del successo dell'economia sociale di mercato, modello di sviluppo introdotto nella Repubblica Federale di Germania dopo la seconda guerra mondiale dal ministro *Ludwig Erhard*, in ossequio ai principi della cosiddetta Scuola di Friburgo" (n. 1).

[284] Sempre la stessa *Trstenjak* e sempre in un caso di supposta violazione della normativa sugli appalti nel settore del servizio pubblico, riguardante il servizio di soccorso tedesco, afferma che i risalenti precedenti della metà degli anni '90 vanno ripensati alla luce dei "recenti sviluppi giurisprudenziali della Corte" (leggi *Viking*), in base ai quali anche quando "un'attività, in considerazione del suo concreto atteggiarsi, esuli dall'ambito applicativo delle disposizioni in materia di concorrenza, non comporta necessariamente che essa sia altresì esclusa dal campo di applicazione delle disposizioni sulla libera circolazione" (conclusioni presentate l'11 febbraio 2010, nella causa C-160/08, *Commissione* c. *Repubblica federale di Germania*, p. 73).

[285] Conclusioni presentate il 14 aprile 2010, nella causa C-271/08, *Commissione* c. *Repubblica federale di Germania*.

prima[286], si osserva la traslazione del metodo, con la difesa del consumatore-contraente debole nel conflitto con l'autonomia privata e la difesa delle libertà nel contrasto con l'autonomia collettiva. E si noti che questo termine – autonomia collettiva – compare per la prima volta in atti della giurisprudenza europea, su preciso *input* proveniente dal Paese che subisce la contestazione delle regole. Non è casuale, dato che parliamo di contrattazione collettiva, ma si tratta di quella parte che si collega alla condivisione delle scelte e, quindi, alla partecipazione, sulla scia delle esperienze cogestionali. E in questo, si badi bene, nulla rileva il conflitto.

10.a Il diverso *enforcement*.

Dovrebbe essere altrettanto evidente quanto sia insufficiente analizzare le decisioni della Corte (e del Tribunale) che hanno risolto casi in cui disposizioni nell'ambito della regolazione sociale e in quella del lavoro sono state valutate sotto il profilo delle regole sulla concorrenza. Si dovrebbe dedicare almeno altrettanta attenzione alle decisioni della Commissione, per verificare, ad esempio, in quali e quante occasioni la concentrazione contestata abbia avuto impatto sull'occupazione, in quali e quante occasioni gli aiuti di Stato siano stati frutto di concertazione tra le parti sociali e il Governo o le autorità locali, in quali e quante occasioni la liberalizzazione e/o la privatizzazione abbia avuto un corollario di esternalizzazione, che ha implicato modifica delle condizioni di lavoro se non addirittura perdita dell'occupazione da parte di un gruppo e occasioni di occupazione da parte di un altro, a protezione e costi più limitati.

In particolare nell'ambito degli aiuti di Stato, spesso l'*iter* è estremamente lungo e le decisioni possono arrivare dopo quasi un decennio dalla richiesta di informazioni da parte della Commissione e dalla apertura del procedimento in relazione a provvedimenti a loro volta altrettanto risalenti nel tempo[287]. Non solo. E' da registrate una forte interrelazione tra orientamenti della Corte (e del Tribunale) e modifiche intervenute nella regolamentazione, così come modifiche nei comportamenti degli attori. Casi che venivano inizialmente portati in giudizio (come gli aiuti settoriali e regionali) sono ora sempre più rarefatti, sia per la più diffusa conoscenza da parte degli Stati membri degli aiuti ammessi, sia, in ogni caso, in quanto fermati a livello di direzione competente della Commissione. Ed è da ricordare che le sentenze della Corte (e del Tribunale) appartengono all'area dei ricorsi contro le decisioni della Commissione, sia di quelle che dichiarano l'incompatibilità, sia di quelle che autorizzano gli aiuti, su impugnazione degli altri Stati membri. Ma la "notevole discrezionalità sulle valutazioni di merito" resta soprattutto alla Commissione, dato che "le Corti comunitarie possono solo operare un mero controllo di legittimità sulle decisioni della Commissione"[288].

Questo ci porta a segnalare l'asimmetria di poteri. Nel campo della concorrenza, compresi gli aiuti di Stato, la Commissione ha poteri di intervento diretto nei confronti dei singoli Stati e delle singole imprese; in altri termini, ha il potere di applicare direttamente le regole comunitarie. Nel campo di altre politiche, comprese quelle occupazionali, si dispone solo della procedura di infrazione: rilevazione dell'infrazione, messa in mora dello Stato, eventuale deferimento alla Corte di giustizia per la dichiarazione di inadempimento. Dal Trattato di Amsterdam in poi, la

---

[286] Conclusioni dell'avvocato generale *Trstenjak* del 29 novembre 2009, nella causa C-484/08, *Caja de Ahorros*, in tema di tutela dei consumatori e valutazione del carattere abusivo di clausole contrattuali in un caso in cui si contestava la 'clausola di arrotondamento' inserita in ogni contratto di mutuo destinato all'acquisto di immobili.

[287] Un esempio si trova nella sentenza del Tribunale del 24 settembre 2008, causa T-20/03, *Kahla/Thuringen Porzellan* e *Repubblica federale di Germania* c. *Commissione*, in riferimento a interventi risalenti agli anni 1993-1994 in un caso di successione e trasformazione d'azienda, comprendenti misure (sovvenzioni) per la salvaguardia di posti di lavoro nella transizione della Germania dell'est "verso l'economia di mercato" (p. 101). La decisione è stata impugnata il 3 dicembre 2008, causa C-537/08P.

[288] Van Bael&Bellis, *Il diritto comunitario della concorrenza*, Giappichelli, Torino, 2009, p. 25.

convergenza con la SEO si realizza mediante orientamenti, piani, valutazioni, raccomandazioni, che producono scarse conseguenze sanzionatorie[289].

Questo lo si verifica comunque anche sul versante della giurisprudenza. Nel campo della difesa delle libertà economiche e della rimozione degli ostacoli alla concorrenza, il meccanismo di controllo sulle normative e sulle politiche nazionali consente "ai giudici comunitari un sindacato di merito particolarmente penetrante", dato che lo *standard* di s*trict scrutiny* utilizzato richiede che il fine sociale perseguito risponda a criteri di necessità e non siano applicabili "misure alternative di minore ostacolo agli scambi"[290].

Eppure la Commissione non è ancora sazia e ha lanciato proposte per facilitare il ricorso ad azioni civili per danno *antitrust*[291], sulla premessa di un *enforcement* tuttora inadeguato, provocando la reazione di un economista che, nell'interrogarsi se "c'è davvero poca deterrenza", confuta l'assunto di base[292] e contesta la premessa da cui parte l'istituzione europea, oltre che la possibilità che venga riconosciuto carattere di precedente vincolante a qualsiasi decisione presa da una autorità nazionale per la concorrenza di un Paese membro.

10.b Le aggettivazioni della concorrenza, i confini con la competitività, la valutazione di impatto.

Nella sua accezione più basilare, concorrenza implica pluralità dal lato dell'offerta e possibilità di scelta dal lato della domanda. Si tratta allora di comprendere i confini tra concorrenza nel mercato e concorrenza per il mercato, nella convinzione di quanto finora siamo rimasti nella prima prospettiva anziché proiettarci nella seconda. E come ci viene efficacemente ricordato, la pervasività della tutela della concorrenza come principio ordinatore "dell'intera materia dei rapporti economici"[293], "determina nella materia del diritto dei contratti una singolare contraddizione e più d'un paradosso, atteso che la libertà di concorrere nel mercato non s'identifica con la tutela della concorrenza, mentre la promozione e la tutela della concorrenza sacrifica proprio la libertà che chi opera nel mercato invece rivendica"[294].

Nell'analisi fin qui svolta, abbiamo trovato una serie di aggettivazioni che richiedono approfondimento, pur nella consapevolezza di quanto il linguaggio giuridico, già diventato approssimativo nel nostro ordinamento, sia ancora di più esposto all'imprecisione a livello europeo.

---

[289] Cfr., M. Barbera, *Nuovi processi deliberativi e principio di legalità nell'ordinamento europeo*, in *Nuove forme di regolazione* …, cit., a cura della stessa, p. 299. Si rinvia, inoltre, alle riflessioni, e alla dottrina richiamata, sulla "giustiziabilità degli atti inerenti la SEO e la tutela del diritto al lavoro" di A. Alaimo, *Il diritto sociale al lavoro nei mercati integrati. I servizi per l'impiego tra regolazione comunitaria e nazionale*, Giappichelli, Torino, 2009, in cui si qualifica come astrattamente possibile il ricorso ai rimedi, quali il ricorso di legittimità e il ricorso alla procedura di infrazione, per gli orientamenti in materia occupazionale (p. 69). Ancora più netto il giudizio di M. Roccella e D. Izzi, *Lavoro e diritto* …, cit., secondo cui "l'eventuale scostamento, rispetto al *soft law* comunitario, delle scelte normative e delle prassi amministrative nazionali non legittima l'attivazione di una procedura d'infrazione nei confronti dello Stato membro inadempiente, né tanto meno può porsi all'origine di azioni risarcitorie" (pp. 61 e s.). Cfr. anche S. Sciarra, *Fundamental Labour Rights after the Lisbon Agenda*, in *Social Rightss in Europe*, Grainne de Burca and Bruno de Witte (eds.), Oxford, 2005, 199 e in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-36/2005.

[290] M. Barbera, *Dopo Amsterdam* …, cit., p. 54.

[291] Prima con il Libro verde del 2005 [COM(2005) 672] e ora con il Libro bianco del 2008, *in materia di azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme antitrust comunitarie* [COM(2008) 165 def.].

[292] L. Prosperetti, *Il Libro bianco della Commissione europea sul danno antitrust: qualche osservazione da un punto di vista economico*, in Riv. It. Dir. pubbl. comunitario, 2009, nn. 3-4, p. 633.

[293] N. Irti, *L'ordine giuridico del mercato*, Laterza, Bari, 2004.

[294] A. Zoppini, *Il contratto asimmetrico tra parte generale, contratti di impresa e disciplina della concorrenza*, in *Studi in onore di Nicolò Lipari*, *.

Nell'ordine in cui le abbiamo incontrate, sono state: concorrenza vigorosa, leale[295], non falsata, libera[296], efficace. Spesso, tuttavia, manca l'indicazione di quale sia l'aggettivo scelto per accompagnare il termine concorrenza, così come non pare sufficientemente chiarita la relazione intercorrente tra il contrasto delle distorsioni della concorrenza e la libertà di concorrenza. Un esempio può essere prezioso. Nelle lunghe e articolate conclusioni dell'avvocato generale *Jacobs* in *Albany* (cit.) viene messo in rilievo quanto la contrattazione collettiva restringa la concorrenza, sia tra i lavoratori sia tra i datori di lavoro; in altri termini, quanto l'armonizzazione delle condizioni di lavoro produca o, meglio, possa produrre effetti restrittivi della concorrenza. L'affermazione ci riporta alla notte dei tempi, al contrasto, negli ordinamenti nazionali, di qualsiasi forma di pressione (di coalizione) che alteri l'equilibrio contrattuale delle parti individuali, e non può che essere vista in chiave di quella progressione evolutiva (emancipazione) che conduce alla liceità e si spinge fino alla promozione dell'autonomia collettiva. A livello comunitario, quando la priorità sociale di un'armonizzazione minima delle condizioni di lavoro compare nei programmi comunitari, viene collegata all'obiettivo di "evitare distorsioni nella realizzazione di un grande mercato caratterizzato da efficienza"[297]. Come si può notare, l'armonizzazione può restringere la concorrenza così come evitare distorsioni nel mercato unico/interno, cioè evitare il *dumping* sociale. E la contrattazione collettiva nazionale, assicurando trattamenti uniformi[298], evita le distorsioni basate sulla rincorsa al ribasso e, quindi, più che restringere la concorrenza, offre base per la concorrenza leale[299].

Vorrei ricordare come esista, a mio avviso, solo un ambito, quello della concorrenza fiscale, in cui si contrappone l'armonizzazione[300] alla concorrenza e si arriva a definirla come feconda (*fruitful competition*), come frutto di diverse ed esplicite posizioni politiche[301].

Spesso, inoltre, si rischia di fare riferimento alla concorrenza come fosse sinonimo di competitività. Anche su questo dobbiamo fare chiarezza e chiedere un impiego rigoroso dei termini, proprio perché evocano precisi fenomeni sociali ed economici, di rilevanza giuridica. Un mercato competitivo non necessariamente equivale a un mercato privo di ostacoli alla concorrenza, che a sua volta non equivale a un mercato in cui la concorrenza è libera. Il rischio di creare assiomi impropri

---

[295] Da aggiungere qui la qualificazione, utilizzata dall'avvocato generale *Bot*, della concorrenza come 'leale', da leggersi in collegamento con l'affermazione che "la concorrenza nell'ordinamento giuridico comunitario non costituisce un fine in sé" (entrambi nel p. 58). Conclusioni presentate il 17 dicembre 2009, nella causa C-203/08, *The Sporting Exchange Ltd*, e causa C-258/08, *Ladbrokes Betting & Gaming*.

[296] Individua "le due vie seguite dalle politiche della concorrenza" in "concorrenza libera" e in "concorrenza equa" S. Nadalet, *Diritto del lavoro e diritto della concorrenza: articolazioni possibili. Qualche proposta scomoda in tema di 'globalizzazione'*, in LD, 2002, n. 1, p. 99 e, i vi, p. 100.

[297] F. Guarriello, *Ordinamento comunitario e autonomia …*, cit., p. 39.

[298] Modello di monopsonio, come ci ricorda P. Ichino, *I giuslavoristi e la scienza economica: istruzioni per l'uso*, in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-40/2005, p. 4.

[299] Come ci ha ricordato R. Del Punta, *L'economia e le ragioni …*, cit., per il modello base della teoria economica neo-classica, invece, la rigidità salariale limita la concorrenza nell'offerta di lavoro, impedisce ai salari di diminuire nelle fasi discendenti del ciclo e non consente il naturale assestamento sui tassi di occupazione (p. *).

[300] In ambito fiscale l'armonizzazione è arrivata a un livello elevato in relazione all'IVA. Proprio recentemente, in un caso che riguarda l'applicazione di un'aliquota ridotta dell'IVA alle prestazioni rese da avvocati in Francia, l'avvocato generale (Niilo Jaaskinen, conclusioni dell'11 febbraio 2010, causa C-492/08, *Commissione europea* contro *Repubblica francese*) suggerisce alla Corte di decidere per la violazione della direttiva del 2006 sul sistema comune in materia, osservando come i vincoli della direttiva non rispondano all'esigenza di evitare distorsioni della concorrenza, quanto piuttosto di "favorire un'armonizzazione progressiva delle legislazioni degli Stati membri, allineando le aliquote Iva applicate e limitando le operazioni che possono essere oggetto di aliquote ridotte" (p. 37). La Francia applica l'aliquota ridotta alle prestazioni rese dagli avvocati, dagli avvocati presso il Consiglio di Stato e presso la Corte di Cassazione e dai procuratori legali, per le quali ricevono un indennizzo totale o parziale dallo Stato nell'ambito dell'assistenza legale.

[301] Nel documento di Parigi della Ces del 2009, nel paragrafo dedicato alla 'solidarietà europea in funzione di protezione contro gli eccessi del capitalismo finanziario' si fa riferimento alla lotta contro la concorrenza fiscale che, assieme ai paradisi fiscali, "minaccia la base fiscale degli stati e l'Europa sociale", proponendo, in particolare, una "armonizzazione delle imposte sulle società".

è elevatissimo e la dimostrazione è sotto i nostri occhi, in tanta parte, purtroppo, della dottrina, soprattutto di diritto commerciale, e della giurisprudenza.

Questo porta anche a rilevare come non possa essere separata la concorrenza come competizione tra imprese e la concorrenza tra ordinamenti. Già la normativa presente nel capo del Trattato dedicato alla concorrenza distingue, come abbiamo visto, tra comportamenti delle imprese e comportamenti degli Stati, ma questa separazione non può far velo sulle strette interconnessioni presenti. Se la prima non sempre coinvolge gli Stati, la seconda si riverbera sempre sugli attori coinvolti. E questo avviene anche quando si passa alla 'concorrenza regolativa' o 'regolazione concorrenziale'[302]. Che questa concorrenza possa condurre a situazioni di equilibrio, ma anche a un "progressivo appiattimento della regolazione su un minimo comune denominatore"[303] è opinione da condividere. In questo senso, ma solo in questo senso, la concorrenza può essere vista come prolegomeni alla deregolamentazione. Ma, torno a ribadire, si tratta di avere a mente a quale concorrenza ci riferiamo, se a quella libera che evoca quel *far west* del mercato che si è dimostrato inidoneo a contrastare l'esplosione della crisi, oppure a quella virtuosa che è funzionale agli obiettivi declinati nei Trattati.

Uno dei temi più ricorrenti nell'attuale dibattito presso le istituzioni dell'Unione europea riguarda la c.d. *better regulation* o, come più di recente definita, la *smart regulation*[304]. La connessione con il tema qui trattato si può far risalire alla già citata relazione *Kok*, nella parte in cui ha sottolineato l'importanza di liberalizzare i mercati e sopprimere o rivedere la regolamentazione, verificando che non intralci l'attività economica oltre il necessario, in modo da promuovere una maggiore concorrenza[305]. Si tratta dello stesso rapporto preso a riferimento nel Libro verde sulla Modernizzazione del diritto del lavoro per proporre una riduzione della regolamentazione in materia di lavoro al fine di sviluppare maggiori opportunità occupazionali.

Tra gli strumenti considerati fondamentali per 'Legiferare meglio'[306] vi è la valutazione di impatto. A mio avviso desta perplessità proporre una estensione ampia al punto da avere per oggetto l'intero spettro degli "effetti sul piano economico, sociale e ambientale", soprattutto in assenza di parametri di riferimento e di raccordi interni. La Commissione europea, in una comunicazione del 2005[307], propone questo approccio integrato, anche se nel contempo continua a sottolineare l'importanza di rafforzare la valutazione dell'impatto economico: "approfondendo l'analisi economica, compresi gli aspetti relativi alla concorrenza, si dovrebbe migliorare la qualità della valutazione del vero impatto di tutte le proposte, apportando un contributo significativo al rafforzamento della concorrenzialità e di una concorrenza vera, pur continuando a valutare correttamente le conseguenze sociali e ambientali delle misure proposte".

---

[302] S. Froza, *, che la definisce come regolazione veloce ed efficace.

[303] F. De Cecco, *Politiche sociali e divieto di aiuti di Stato*, in *Solidarietà, mercato …*, cit., p. 75 e, ivi, p. 79.

[304] Comunicazione sul *Programma di lavoro per il 2010 …*, cit., p. 5.1.

[305] Nelle conclusioni del Consiglio europeo del 22-23 marzo 2005 si sono invitati gli Stati membri "a verificare la compatibilità delle normative nazionali con la normativa comunitaria al fine di eliminare gli ostacoli al mercato e di aprire maggiormente il mercato interno alla concorrenza" (riportato nella Comunicazione della Commissione, *I servizi professionali, Proseguire la riforma*, COM (2005) 405 def.).

[306] Sui condizionamenti al dialogo sociale derivanti dall'Accordo interistituzionale 'Legiferare meglio' nella sua prima versione risalente al 2003, cfr. B. Veneziani, *Il ruolo delle parti sociali nella Costituzione europea*, in RGL, 2006, p. 471*.

[307] *Una migliore regolamentazione per la crescita e l'occupazione nell'Unione europea*, COM (2005) 97 def., documento inserito nel pacchetto *Better regulation*. Il Parlamento europeo ha adottato una Risoluzione *sull'attuazione, le conseguenze e l'impatto della legislazione vigente nel settore del Mercato interno* (2004/2224(INI) in cui ha ribadito la richiesta di conoscere la "valutazione del fallimento o del successo" di meccanismi di regolamentazione alternativi, incluse "le relative incidenze sulla situazione concreta, con specifico riferimento ai diritti dei lavoratori e dei consumatori, alla coesione sociale, alla concorrenza leale, all'incentivazione della crescita".

E' rimasta al momento isolata la posizione del Parlamento europeo secondo cui occorrerebbe valutare l'impatto anche sui diritti fondamentali della Carta[308]. Questo non significa negare importanza alla scelta delle istituzioni europee nella sede del Parlamento di Strasburgo di firmare solennemente la Carta, il 12 dicembre 2007, in quello che è stato uno dei momenti più emozionanti dell'assemblea, guastato solo marginalmente dalle proteste degli oltranzisti di destra (compresi i nostri leghisti). Significa però non accontentarsi della declinazione di quello che è stato definito 'autobbligo'[309] e consistente nella prassi, da subito instaurata, della continua citazione della Carta e dei suoi principi nei 'visti' di apertura delle direttive in ambito sociale. E questo, più che sul versante del valore anticipatamente vincolante della Carta – problema che fortunatamente ci lasciamo alle spalle – proprio sotto il profilo di una valutazione di impatto che non è mai avvenuta.

Quelli che sono i vincoli di proporzionalità imposti anche dalla giurisprudenza e che abbiamo visto sopra essere stati estesi alle azioni collettive si connettono più di quanto si pensi alla valutazione d'impatto.

10.c Quale bilanciamento possibile nell'ambito dell'interpretazione sistematica.

Ai nostri fini, si tratta di verificare se e come bilanciare i principi della concorrenza e i diritti sociali legati al lavoro, nella dimensione individuale e collettiva[310]. Non mi pare revocabile in dubbio che i valori del progresso sociale svolgano funzione di contrappeso rispetto agli obiettivi economici. Eviterei di parlare di prevalenza degli uni sugli altri, ma anche di ripercorrere schemi che vedono, nell'ordinamento dell'Unione europea, l'accettazione della posizione di primazia delle libertà economiche di movimento, e, tutto all'opposto[311], nel nostro ordinamento, "una tradizione costituzionale d'ispirazione solidarista dove la libertà dell'iniziativa economica privata non è un valore assoluto: subisce limiti e controlli"[312], come quello all'utilità sociale[313]. Del resto è innegabile che, nel nostro Paese, il bilanciamento avvenga e sia avvenuto – anche ad opera delle sentenze della Corte Costituzionale[314] – tra diritti sociali e diritto di iniziativa economica, secondo uno schema esattamente capovolto rispetto a quello seguito a livello di Unione europea[315], basato sulla concorrenza e sulle quattro libertà.

Occorre fornire un quadro sistematico e un approccio globale, che, ad esempio, ripulisca dalle incrostazioni e consenta di affermare alcuni punti fermi. Tra questi la prevalenza dei diritti

---

[308] Risoluzione del Parlamento europeo del 15 marzo 2007, *sul rispetto della Carta dei diritti fondamentali nelle proposte legislative della Commissione: metodologia per un controllo sistematico e rigoroso* [2005/2169(INI)], citata anche da B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali* …, cit., pp. 723 e 728.

[309] B. Caruso, *I diritti sociali fondamentali* …, cit., p. 728.

[310] Cfr., U. Carabelli –V. Leccese, *Libertà di concorrenza e protezione sociale a confronto. Le clausole di favor e di non regresso nelle direttive sociali*, in GDLRI, 2005, 539 e in WP C.S.D.L.E. "Massimo D'Antona".INT-35/2005, e S. Giubboni, *Solidarietà e concorrenza: 'conflitto' o 'concorso'?*, in MCR, n. 1/2004, 75.

[311] V. Bavaro, *Tre questioni su quattro sentenze della Corte di giustizia: a proposito di geo-dirito del lavoro, meta-diritto all'impresa e all'autonomia collettiva*, in *Il conflitto sbilanciato*, cit., p. 177 e, ivi, 187.

[312] U. Romagnoli, *Diritto del lavoro e principio di sussidiarietà*, in *Globalizzazione* …, cit., p. 133 e, ivi, p. 138.

[313] Cfr., L. Calafà, *Dialogo sociale e responsabilità sociale dell'impresa nella Governance europea*, in LD, 2006, n. 1, p. 99.

[314] Vedi l'analisi accurata di A. Andreoni, *Lavoro, diritti sociali* …, cit..

[315] Così espressamente A. La Pergola, *Quale Europa-Artikel per l'Italia?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, vol. II, Diritto dell'Unione europea, Giuffrè, Milano, 1998, p. 537: nel nostro Paese, "il mercato è legittimato dalla sua utilità sociale, piuttosto che come espressione di libertà, dell'iniziativa economica garantita all'individuo. Guardiamo, invece, al trattato. La libertà di concorrenza è primaria e centrale ai fini dell'integrazione europea, ancorata al principio secondo cui il mercato soddisfa, solo che esso funzioni correttamente, anche le istanze di utilità sociale, e le assorbe nel suo sistema" (p. 547).

fondamentali rispetto alle politiche[316], senza peraltro che questa prevalenza possa diventare astrazione[317].

Più in generale, dopo il Trattato di Lisbona, mi pare difficile continuare a sostenere che nell'ordinamento dell'Unione europea la garanzia delle libertà economiche sia incontrastata e rivesta – da sola – le caratteristiche di vero e proprio principio ordinatore del mercato[318]. Occorre superare questa visione restrittiva, cui contribuisce peraltro il dibattito recente sul conflitto tra le libertà del mercato e i diritti fondamentali (dei lavoratori) animato soprattutto dalla direttiva distacco. E' stato così al Parlamento europeo, la cui Risoluzione del 2008 *sulle sfide per gli accordi collettivi nell'Unione europea*[319] è stata determinata proprio dall'esigenza di intervenire per interrompere la restrittiva giurisprudenza della Corte sopra analizzata mediante la revisione della direttiva stessa[320]. E' così nella dichiarazione di Parigi della CES del 2009, già citata, in cui si chiede il rafforzamento della direttiva sul distacco dei lavoratori fondata sulla parità di trattamento e il rispetto del diritto applicato nel luogo di lavoro[321]. E' così nel rapporto di Mario Monti al Presidente della Commissione, che affronta il tema della costruzione del consenso al mercato unico partendo proprio dalla conciliazione tra libertà economiche e diritti dei lavoratori dopo il pacchetto di sentenze della Corte e in riferimento alla revisione della direttiva distacco, peraltro richiesta in termini *soft* [322].

Sarebbe un grave errore continuare nella accettazione della posizione di primazia delle libertà economiche, con deroghe ammesse solo all'interno dello schema 'regola-eccezioni', sulla base di filtri stringenti: indagine dei fini perseguibili e degli strumenti utilizzabili sulla base di principi ermeneutici quali la stretta necessità, la proporzionalità, la non discriminazione, l'interpretazione restrittiva. E' questo un punto determinante, che va risolto preliminarmente ad ogni operazione – oggi – di contemperamento tra diritti e libertà. L'operazione di contemperamento è diversa dal tentativo di accreditare aree sovra e sotto-ordinate. Non credo, in altri termini, che sia necessario graduare i diritti e le libertà che entrano in conflitto. Solo se se ne riconosce la parità, si può procedere al contemperamento[323].

Per quanto ci riguarda, dobbiamo tener conto di alcuni corollari di assoluto rilievo. Si deve prestare specifica attenzione all'autonomia collettiva (nazionale), per evitare il rischio, come abbiamo verificato in precedenza, di finire per snaturarla, oltre che per violare il riparto di

---

[316] M.V. Ballestrero, *La costituzionalizzazione dei diritti sociali*, in *Globalizzazione e diritto del lavoro. Il ruolo degli ordinamenti sovranazionali*, a cura di S. Scarponi, Giuffrè, Milano, 2001, p. 87 e, ivi, p. 90.

[317] In questo senso il richiamo di T. Treu, *Diritti sociali europei* …, cit.: "tutti questi diritti richiedono la predisposizione delle risorse e dell'organizzazione necessarie alla loro implementazione; in una parola presuppongono politiche pubbliche adeguate, nazionali, europee e ora in misura crescente regionali" (p. 442).

[318] E' interessante la ben diversa prospettiva vista da chi osserva dall'esterno. J. Rifkin, ad esempio, trova che al libero mercato e al libero scambio si faccia "solo un riferimento passeggero", a fronte di precisi impegni per lo sviluppo sostenibile, la crescita economica equilibrata e l'economia sociale di mercato (*Il sogno europeo*, Milano, Mondadori, 2004, p.215).

[319] Risoluzione del 22 ottobre 2008 [2008/2085(INI)].

[320] In questa Risoluzione è dato trovare il richiamo alla necessità di esercitare in maniera equilibrata il contemperamento tra la libertà di fornire servizi e i diritti fondamentali, senza che sia possibile affermare la supremazia della prima sui secondi (pp. 3 e 5).

[321] "Per mettere fine alle disuguaglianze crescenti, bisogna disporre di diritti più forti, in particolare a livello transnazionale". La CES, come abbiamo ricordato in precedenza, domanda un Protocollo di progresso sociale che dia la priorità ai diritti sociali e all'azione collettiva.

[322] Tra le raccomandazioni chiave compare quella di "*clarify the implementation of the Posting of Workers Directive*".

[323] E' quanto richiesto dalla *Dichiarazione in occasione del ventesimo anniversario dell'adozione della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali*, Bruxelles, 30 novembre 2009, elaborata dal CESE e firmata da numerosi giuristi: "Per un migliore controllo della globalizzazione, per far sì che i cittadini dell'Unione europea ritrovino fiducia nel progetto europeo, per trarre i dovuti insegnamenti dalla crisi finanziaria, economica e sociale, chiediamo alla Commissione europea di proporre un Programma di azione sociale che garantisca che i diritti sociali fondamentali dei lavoratori vengano trattati su un piede di parità con le regole di concorrenza e le libertà economiche".

competenze; così come all'autonomia collettiva (transnazionale), finora lasciata in disparte. Non stiamo, infatti, ancora affrontando la questione al pari livello, tra libertà transnazionali e contrattazione transnazionale[324], come invece richiederebbe la nuova disposizione introdotta dal Trattato di Lisbona, in cui si afferma che "l'Unione riconosce e promuove il ruolo delle parti sociali al suo livello, tenendo conto della diversità dei sistemi nazionali"[325].

Inoltre, la normativa dell'Unione europea sulla concorrenza va considerata uno strumento[326], in quanto interviene contro l'abuso e per la creazione del mercato unico/interno[327]. Il divieto di concorrenza falsata è (diventata) una delle politiche dell'Unione, alla pari con le politiche occupazionali e sociali, con l'ulteriore rafforzamento derivante dalla presenza (inserimento) della 'clausola di progresso sociale' e dall'assenza (soppressione) del richiamo alla concorrenza nella prima parte del Trattato. Anche in precedenza si era ritenuto che le disposizioni del Trattato sulla concorrenza non avessero "affatto la priorità su quelle relative alla politica sociale, essendo tali gruppi di norme, almeno in linea di principio, di pari rango"[328]. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si sono modificati entrambi i versanti di cui ci stiamo occupando, rafforzando ulteriormente questa prospettiva.

Per quanto riguarda la concorrenza, non sembri una forzatura affermare che le politiche che ne vietano la distorsione possono essere considerate funzionali a sviluppare (concorrere, verrebbe da dire) il progresso sociale. La concorrenza non è necessariamente contrapposta, ma può essere essa stessa garanzia dei diritti sociali fondamentali. In questa prospettiva, non si tratta nemmeno di una operazione di bilanciamento, ma della finalizzazione di quello che non è più un obiettivo ma uno strumento al nuovo catalogo di obiettivi.

L'impostazione assunta dal diritto dell'Unione europea, basata sulla tutela del mercato e sui principi della concorrenza, rispetto ai quali individuare settori e attività ai quali è consentito essere esonerati dall'applicazione delle loro regole, non solo non compare nel progetto originario, come osservato in precedenza, ma è inadeguata e sempre meno fondata. E solleva reazioni speculari: quella che abbiamo chiamato apologia della concorrenza che finisce per saldarsi con la sua demonizzazione[329]. Una prospettiva del tutto improduttiva. I cambiamenti dei Trattati consentono di superare la contrapposizione e di valorizzare le sinergie[330]. Se gli obiettivi da conseguire sono basati sulla clausola di progresso sociale per una economia sociale di mercato, ecco che la concorrenza diventa strumento per realizzare il mercato unico/interno e per il perseguimento delle finalità sociali.

Si ricava l'impressione, leggendo larga parte della dottrina giuslavoristica che, al contrario, vi sia una sorta di compiacimento, accorato e pessimista, che porta all'accettazione della primazia delle libertà economiche e delle regole sulla concorrenza rispetto all'ambito sociale e del lavoro[331].

---

[324] Cfr. G. Orlandini, *Diritto di sciopero, azioni collettive* …, cit., spec. p. 44 e U. Carabelli, *Europa dei mercati* …, cit., p. 184, nt. 143.

[325] Art. 136 bis, ora art. 152 TFUE. Segnala l'importanza della disposizione G. Arrigo, *I diritti sociali fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in DLM, 2005, n. 2, p. 275 e, ivi, p. 296.

[326] E' stata utilizzata l'espressione di 'concorrenza-mezzo' (Bonassies P.. *Le fondements di droit communautaiere de la concurrence: la théorie de la concorrenze-moyen*, in *Mélanges Weil*, p. 51, riportato da Frignani – Waelbroeck, nota n. 33, p. 10).

[327] È da notare che nel documento della Commissione sulla Strategia post-Lisbona ("UE 2020", cit.) è la conoscenza (e non più la concorrenza) ad essere considerata il motore dello sviluppo durevole.

[328] Cfr.. F. Ferraro, 2005. In giurisprudenza, cfr. le conclusioni dell'avvocato generale *Jean Mischo*, del 13 luglio 2000, in *Finalarte*: "non emerge tuttavia da dette norme che il diritto comunitario attribuisca un valore superiore al principio della libera concorrenza rispetto a quello riconosciuto ad altri principi. La realtà è che i Trattati europei perseguono contemporaneamente più obiettivi che occorre conciliare fra loro" (p. 46).

[329] Cfr. M. Pallini, *Le pretese ed i diritti della concorrenza di mercato*, in atti del convegno della Fondazione Malagugini su *I diritti del lavoro e le pretese dell'economia*.

[330] A. Alaimo, *Il diritto sociale al lavoro* …, cit., pp. 114 e ss.

[331] Cfr., U. Carabelli, *Europa dei mercati* …, cit., spec. p. 191.

I giuslavoristi non hanno finora sufficientemente cercato di depotenziare la portata delle regole della concorrenza. E' stato affermato, ad esempio, che quelli che siamo abituati a considerare diritti fondamentali non sono più "inviolabili e dunque indisponibili, tanto per i privati quanto per i poteri pubblici, sia nazionali sia sovranazionali"[332], a differenza di quanto continua ad avvenire per le regole della concorrenza. E' una sorta di doppia miopia, che non vede i cambiamenti sul lato della concorrenza e sottovaluta quelli sul lato dei diritti fondamentali.

L'occasione, con le modifiche nelle fonti primarie, è diventata indilazionabile, anche se rimane il dubbio su chi sia in grado o, meglio, intenda effettuare, sulla base dei nuovi presupposti e finalità, questa torsione dello schema giuridico interpretativo ed applicativo. Al momento disponiamo solo di indizi. Ma sono indizi che fanno ben sperare[333]. Nel programma di lavoro della nuova Commissione[334] il primo asse su cui ci si è impegnati ad articolare i lavori è quello della "adozione di misure per lottare contro la crisi e sostenere l'economia sociale di mercato europea".

11. Considerazioni conclusive o, meglio, nuove prospettive.

Il sentimento prevalente di malinconia, secondo l'ormai nota dichiarazione di un profondo conoscitore dell'Unione europea[335], suscita forte attrazione in ciascuno di noi che abbiamo a cuore la crescita dell'ordinamento sovranazionale, ma va limitato, appunto, al piano emotivo. Seguendo profili di razionalità forse la preoccupazione sarebbe anche maggiore, a partire dai rischi di decostruzione dei diritti sociali nazionali ad opera della nuova generazione di giudici entrata alla Corte di giustizia a seguito dell'allargamento[336], se non fosse che a prevalere è l'eterogeneità dei segnali, delle direzioni, delle scelte e delle politiche. Tutte coabitano. La felice torre di babele dei linguaggi è anche un sistema giuridico poliedrico e polimorfico, che somma difficoltà a forza propulsiva.

Il *deficit* sociale è sempre esistito, con livelli che rispecchiano un andamento non lineare, ed è ora in via di riduzione, almeno a livello di Trattati, di cui non va sottovalutata l'importanza dei cambiamenti, sia pure nella consapevolezza che la condizione di efficacia sta diventando sempre più politica e meno istituzionale[337].

Si può arrivare, pertanto, fondatamente a ritenere che sia invertito, a livello di fonti primarie, il rapporto tra politiche e normative orientate al progresso sociale e regole della concorrenza; in altri termini che sia invertita "l'antica *ratio* della politica sociale europea come strumento *anti-dumpig* di regolazione/parificazione delle condizioni di concorrenza nel mercato unico"[338]. Occorre però governare il processo ed evitare surrettizi slittamenti, il più significativo dei quali, nel campo che qui interessa, riguarda la progressiva sostituzione della concorrenza, come fondamento

---

[332] G. Azzariti, *Brevi notazioni sulle trasformazioni* …, cit., p. 145.

[333] Cfr. anche le riflessioni di M. Ferrera – S. Sacchi, *A more Sociale Eu: Issues of where and how*, in *The European Union in the 21st* …, cit., p. 31.

[334] Comunicazione sul *Programma di lavoro per il 2010* ..., cit. In questo testo il termine concorrenza compare una sola volta come *fair competition* per lo sviluppo anche occupazionale delle zone rurali.

[335] T. Padoa Schioppa, *L'Europa della malinconia*, prolusione all'inaugurazione dell'a.a. 2005-2006 all'Università Bocconi di Milano.

[336] *Fermare la decostruzione dell'Europa* è il significativo titolo dato da A. Supiot al suo intervento svolto in occasione del convegno "Europa e America: quale risposta alla crisi globale?", in memoria di Bruno Trentin, in www.insightweb.it, e in cui ritiene che la Corte vada considerata 'osservato speciale'.

[337] Già preconizzato da W. Daubler, *Verso un diritto del lavoro europeo?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, cit., vol. I, Diritto del lavoro, p. 201, che ascrive soprattutto a cause politiche, prima ancora che economiche, l'anomalia di una polarizzazione su alcuni settori e non su quello legato al lavoro e al sociale, benché fin dall'origine destinatario di "un capitolo a sé stante (artt. 117 ss.)", indipendentemente, quindi, dalle "disposizioni contenute nel Trattato" (p. 211).

[338] S. Giubboni, *Diritti e politiche sociali* …, cit., p. 6.

‘costituzionalizzato’ del mercato, con le quattro libertà. Pare a me sia in atto, in altri termini, una sorta di reazione, non dichiarata, al depotenziamento della concorrenza nei Trattati e alla crisi economica e finanziaria, che rende ‘impopolare’ il libero mercato e ‘presentabile’ solo l’obiettivo costituito dal mercato unico/interno[339].

Il rafforzamento del significato della clausola di progresso sociale può trovare alleati nel parallelo incremento di ruolo della tutela ambientale e nella conseguente necessità di complessiva ricomposizione del quadro giuridico e delle modalità del bilanciamento tra principi e valori. Anche la tutela ambientale si trova a confrontarsi col sistema delle libertà economiche e con le regole della concorrenza[340]. Anche nel campo ambientale si è assistito ad un’opera creatrice della giurisprudenza comunitaria che ha portato a giuridificare l’interesse ambientale, “qualificandolo, ancor prima delle successive codificazioni, come ‘uno degli scopi essenziali della Comunità’”, ma nel contempo inquadrandolo “nel ‘sistema’ delle libertà economiche”[341]. Questa impostazione sta sempre più stretta a quanti chiedono di aprire il varco e di riconoscere la superiorità del bene costituito dalla protezione dell’ambiente, anche in omaggio ad una ormai imponente legislazione derivata. E per far questo la dottrina si basa sulle modifiche al catalogo degli obiettivi previsti nei Trattati (“un elevato livello di tutela e di miglioramento della qualità dell’ambiente”, ora articolo 3.3 TFUE, di seguito alla clausola sul progresso sociale), così come sul ventaglio sempre più esteso delle deroghe previste, dalle nuove regole sugli aiuti di Stato[342] alle clausole sociali negli appalti[343].

L’alleanza tra progresso sociale e tutela ambientale esiste già all’interno della prospettiva della Responsabilità sociale delle imprese, iniziata quasi un decennio fa, con quel Libro verde in cui si è cominciato a chiedere alle imprese di ‘andare oltre’ il rispetto delle regole e di farsi carico delle preoccupazioni sociali e ambientali, superando la pura logica dell’interesse economico.

L’alleanza può trovare ulteriore linfa nella strategia post-Lisbona che, come ricordato in precedenza, congiunge le parole chiave scritte nel 2000 (maggiore occupazione di qualità per una Europa competitiva e innovativa) alla *green economy*. E forse il passaggio del commissario europeo *Joaquin Almunia* dagli affari economici e monetari alla concorrenza può contribuire ulteriormente. In uno dei suoi primi interventi pubblici ha affermato che la sua priorità resta la medesima che aveva nel mandato precedente: superare crisi finanziaria ed economica per una crescita equilibrata che favorisca la competitività e la creazione di posti di lavoro; e che la concorrenza è uno strumento per realizzare questi obiettivi, non un obiettivo in sè[344].

---

[339] E’ il tentativo sotteso all’intero rapporto commissionato dal Presidente della Commissione *Barroso* a Mario Monti, cit., sintetizzato nella affermazione ripresa dai *media*: “*the single market today is less popular than ever, while Europe needs it more than ever*”.

[340] Considerato da M. Mazzamuto, *Diritto dell’ambiente e sistema comunitario delle libertà economiche*, in Riv. It. Dir. pubbl. comunitario, 2009, n. 6, p. 1570, “il più formidabile avversario della tutela ambientale” (p. 1573).

[341] Ancora Mazzamuto, cit., pp. 1576 e s. Non dimentichiamo che uno dei *leading case* della Corte di giustizia sul bilanciamento tra i diritti fondamentali costituiti dalla libertà di espressione e di riunione e la libera circolazione delle merci (sentenza del 12 giugno 2003, causa C-112/00, *Schmidberger*, che ha respinto il ricorso dell’impresa di trasporti) riguardava l’autorizzazione concessa dall’Austria a una manifestazione che ha bloccato l’autostrada del Brennero per trenta ore organizzata da una associazione ambientalista per “richiamare l’attenzione del pubblico sulla minaccia per l’ambiente e la sanità pubblica costituita dall’aumento costante della circolazione degli automezzi pesanti” (n. 65).

[342] *Disciplina comunitaria degli aiuti di Stato per la tutela ambientale*, in GU C82 del 1° aprile 2008 e artt. 17 e ss. del nuovo regolamento CE n. 800/2008 del 6 agosto 2008 *che dichiara alcune categorie di aiuti compatibili con il mercato comune*.

[343] Commissione europea, *Acquistare verde! Un manuale sugli appalti pubblici eco-compatibili*, 2005.

[344] *La politique de la Concurrence de l’UE en 2010 et au-delà*, prima conferenza annuale della rivista *Concurrences*, “*New Frontiers of Antitrust*”.

E si potrebbe affiancare alla clausola di progresso sociale quel principio di precauzione, sviluppato dalle Corti europee e insediato nelle direttive in materia di prevenzione dal danno ambientale[345], da mettere in campo per impedire il peggioramento della situazione sociale.

Quello che sembrava uno degli ostacoli più insormontabili, può tramutarsi in una possibilità. L'accompagnamento del riconoscimento dei diritti alla conformità al diritto comunitario costringe a una presa d'atto delle variazioni intervenute nel rapporto tra le fonti. Tra queste variazioni, possiamo ora includere quella che potremmo definire la 'de-costituzionalizzazione' delle regole sulla concorrenza.

Per quanto più direttamente ci riguarda, è come se l'evoluzione della normativa e delle politiche procedesse a ritroso sia nell'ordinamento nazionale sia in quello dell'Unione europea, con la conseguenza di determinare un avvicinamento sempre più forte verso un punto intermedio in via di definizione. La iniziale barriera posta dagli Stati – dai primi Stati membri dell'Unione, perché anche questa dimensione ha subito una evoluzione imponente – nella difesa delle competenze in materia sociale, con particolare rafforzamento per l'area delle relazioni sindacali, trovava il contraltare nella crescente tendenza da parte delle istituzioni comunitarie a focalizzarsi sull'obiettivo del mercato unico/interno, con una visione fondata sugli interessi economici e le libertà di movimento. La preminenza delle regole della concorrenza, per lungo tempo incontrastata, ha giocato un ruolo fondamentale contagiando tutti i livelli ordinamentali. Se potessimo costruire un diagramma delle decisioni della giurisprudenza comunitaria sui tanti profili dell'accoppiamento tra regole della concorrenza e protezione sociale e del lavoro, ci troveremmo di fronte a un quadro complesso ed etogeneo, difficilmente riconducibile ad unità, se non eventualmente nella forma di linee rette spezzate, le prime diventando tanto più stringenti e vincolanti tanto più nascevano e crescevano competenze sulle seconde.

Questa tendenza si sta invertendo e trova suggello nell'ultima revisione dei Trattati. Forse negli anni scorsi abbiamo raggiunto il punto di non ritorno, la contaminazione essendosi estesa all'area delle relazioni collettive di lavoro, sia sul versante della contrattazione collettiva sia su quello del conflitto. Forse oggi è in atto la presa di coscienza della gravità dei fenomeni in atto, che vanno dalla ripresa delle pulsioni nazionalistiche, alla esplosione della crisi economica e finanziaria, alla crescente disaffezione verso istituzioni sentite come troppo lontane dai problemi concreti.

[345] Nella elaborazione della Corte di giustizia, anche il principio di precauzione è soggetto alla teoria degli ostacoli: *strict scrutiny*, legittimità e proporzionalità delle misure.